Referentenentwurf

des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014)

(Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergModG)

A. Problem und Ziel

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). Diese Richtlinien sind bis zum 18. April 2016 in deutsches Recht umzusetzen.

Die EU-Vergaberechtsmodernisierung zielt darauf ab, das Regelwerk für die Vergaben entsprechend den aktuellen Bedürfnissen des Binnenmarktes weiter zu entwickeln und innerhalb der Europäischen Union stärker zu vereinheitlichen. Mit den neuen Richtlinien werden den Mitgliedsstaaten zugleich neue Handlungsspielräume eingeräumt. Die Vergabeverfahren sollen effizienter, einfacher und flexibler gestaltet und die Teilnahme kleiner und mittlerer Unternehmen an Vergabeverfahren erleichtert werden. Gleichzeitig ermöglicht es der neue Rechtsrahmen den Vergabestellen, die öffentliche Auftragsvergabe stärker zur Unterstützung strategischer Ziele zu nutzen. Dazu gehören vor allem soziale, umweltbezogene und innovative Aspekte. Das neue Regelwerk ermöglicht es ferner, den Anliegen von Menschen mit Behinderung besser Rechnung zu tragen. Weiter präzisieren die neuen EU-Richtlinien den Anwendungsbereich des Vergaberechts und legen grundlegende Ausnahmen fest. Dies bietet gerade Kommunen mehr Rechtssicherheit bei der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge. Schließlich sind erstmals Vorschriften zur Auftragsänderung während der Vertragslaufzeit und zur Kündigung von Aufträgen vorgesehen.

Elektronische Kommunikationsmittel können Vergabeverfahren vereinfachen und die Effizienz und Transparenz der Verfahren steigern. Eine medienbruchfreie öffentliche Auftragsvergabe bietet zugleich erhebliche Einsparpotenziale für Unternehmen und öffentliche Auftraggeber. Die Richtlinien sehen daher vor, dass die elektronische Kommunikation im Vergabeverfahren zur Regel wird.

Um das öffentlichen Auftragswesen künftig weiter optimieren zu können, sehen die Richtlinien statistische Berichte der Mitgliedstaaten über Beschaffungen vor. Derzeit existiert allerdings keine belastbare Statistik zum öffentlichen Auftragswesen in Deutschland. Aufgrund der fehlenden Daten sind zurzeit weder grundsätzliche Aussagen zum Volumen des öffentlichen Einkaufs noch zur Anzahl der durchgeführten Vergabeverfahren möglich.

B. Lösung

Mit diesem Gesetz werden die wesentlichen Regelungen der neuen EU-Vergaberichtlinien in deutsches Recht umgesetzt. Die Umsetzung der neuen EU-

Vergaberichtlinien in deutsches Recht erfolgt – auf gesetzlicher Ebene – im Gesetz gegen Wettbeschränkungen (GWB). Die Umsetzung wird zum Anlass genommen, den bisherigen Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbeschränkungen (GWB) umfassend zu überarbeiten und neu zu strukturieren.

Im Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte soll die Struktur des deutschen Vergaberechts einfacher und anwenderfreundlicher werden, der bürokratische Aufwand soll verringert und kommunale Handlungsspielräume sollen ausgebaut werden. Zudem werden die Möglichkeiten erweitert, strategische Ziele und mittelständische Interessen im Vergabeverfahren zu berücksichtigen. Die Kommunikation im Vergabeverfahren soll in Zukunft grundsätzlich vollständig elektronisch erfolgen. Wirtschaftskriminalität soll wirksamer bekämpft werden.

Im Zuge der Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien ist es erforderlich, 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.

Der überarbeitete Teil 4 des GWB umfasst künftig die wesentlichen Vorgaben zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen und von Konzessionen. Die wesentlichen Vorgaben schließen insbesondere die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts, den Anwendungsbereich, die Vergabearten, die grundsätzlichen Anforderungen an Eignung und Zuschlag, Ausführungsbedingungen, die Gründe für den Ausschluss von einem Vergabeverfahren, die Anforderungen an die Selbstreinigung von Unternehmen und die neuen Vorgaben der EU-Vergaberichtlinien für die Kündigung sowie die Änderungen von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen während der Laufzeit ein. Um die praktische Anwendung des Gesetzes 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. Die elektronische Kommunikation wird nach den Vorgaben der neuen EU-Vergaberichtlinien zum Grundsatz im Vergabeverfahren.

Zur Erfüllung der Berichtspflichten sowie der Pflicht, qualitativ hochwertige und vollständige Daten zu verschiedenen Aspekten der öffentlichen Auftragsvergabe an die Europäische Kommission zu übermitteln, ist es außerdem erforderlich, dass alle Auftraggeber entsprechende Daten zu Auftragsvergaben erheben und an die statistikführende Stelle übermitteln.

Mit der Neuregelung soll dem Rechtsanwender ein möglichst übersichtliches und leicht handhabbares Regelwerk zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen zur Hand stehen. Durch eine stärkere Gliederung und Strukturierung der gesetzlichen Vorschriften soll es künftig einfacher möglich sein, die für die konkrete Vergabe anzuwendenden Vorschriften zu ermitteln.

C. Alternativen

Keine.

D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Die Digitalisierung der Beschaffungsprozesse für Vergaben oberhalb der geltenden Schwellenwerte (E-Vergabe) und die Erfüllung der Statistikpflichten aus diesem Gesetz haben keine Auswirkungen auf die Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand.

E. Erfüllungsaufwand

Soweit der Erfüllungsaufwand aus der Vergabe eines Auftrages resultiert, sind hiervon die Wirtschaft (Unternehmen als Bieter im Vergabeverfahren und Unternehmen als Sektorenauftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste) und die Verwaltung (öffentlicher Einkauf als fiskalische Tätigkeit) betroffen. Eine belastbare Datengrundlage für die genaue Darstellung des Erfüllungsaufwandes für die Wirtschaft und für die Verwaltung aufgrund der Digitalisierung der Beschaffungsprozesse für Vergaben (E-Vergabe) oberhalb der geltenden Schwellenwerte und aufgrund der Erfüllung von Statistikpflichten ist nicht vorhanden. Der diesbezügliche Erfüllungsaufwand wird daher auf Basis qualifizierter Schätzungen ausgewiesen. Etwaiger Mehrbedarf an Sach- und Personalmitteln beim Bund soll finanziell und stellenmäßig im jeweiligen Einzelplan ausgeglichen werden.

E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Bürgerinnen und Bürger sind durch das Vergaberecht nicht betroffen. Für die Bürgerinnen und Bürger ergibt sich durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz kein zusätzlicher Erfüllungsaufwand.

E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

1. Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft aufgrund der Pflicht zur Umstellung auf die elektronische Vergabe (E-Vergabe)

Das Statistische Bundesamt hat für Wirtschaftsteilnehmer, die als Bieter an einem Vergabeverfahren teilnehmen, einen infolge der Umstellung auf die E-Vergabe ersparten Erfüllungsaufwand in Höhe von rund 272 Millionen Euro errechnet. Die Sachkosten für die Anforderung der Vergabeunterlagen sowie für das Einreichen der Bewerbungsunterlagen per Post entfallen zukünftig, und sämtlicher Datenaustausch erfolgt elektronisch.

Der Erfüllungsaufwand für die Anpassung oder Anschaffung der erforderlichen Geräte und Programme, für den Betrieb der erforderlichen Server sowie für die Schulung der mit der Angebotserstellung und -einreichung befassten Beschäftigten kann aufgrund der jeweils unterschiedlichen Gestaltung der Abläufe und Verfahren sowie aufgrund der Vielfalt der eingesetzten IKT nicht exakt beziffert werden. Außerdem existiert keine belastbare Datengrundlage für die Ausstattung der Wirtschaft mit der erforderlichen IKT.

2. Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft aufgrund der Erfüllung von Statistikpflichten

Für Unternehmen, die als Bieter an Vergabeverfahren teilnehmen, entsteht ein geschätzter jährlicher Erfüllungsaufwand in Höhe von 22,04 Millionen Euro. Die Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU verlangen von bietenden Unternehmen, dass sie den Auftraggebern mitteilen, ob es sich bei ihnen jeweils um ein Kleinst- oder um ein kleines oder mittleres Unternehmen (KMU) laut „Empfehlung 2003/361/EG der Kommissi-

on vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen“ (EU-KMU-Definition, verfügbar unter http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003H0361&from=DE) handelt. Außerdem müssen die regelmäßigen Berichte der Mitgliedstaaten über ihre Auftragsvergaben an die Europäische Kommission Informationen dazu enthalten, wie viele der jeweils in einem Vergabeverfahren eingereichten Angebote von KMU abgegeben wurden. Daher müssen die bietenden Unternehmen Maßnahmen ergreifen, um entscheiden zu können, ob sie ein KMU sind oder nicht, und die entsprechende Information den Auftraggebern übermitteln.

Davon Bürokratiekosten aus Informationspflichten

Durch die Einführung der E-Vergabe spart die Wirtschaft nach Berechnungen des Statistischen Bundesamts rund 49 Millionen Euro an Bürokratiekosten aus Informationspflichten ein. Die durch die Erfüllung der Statistikpflicht anfallenden Kosten in Höhe von 22,04 Millionen Euro für die Ermittlung, ob es sich bei einem Unternehmen um ein kleines oder mittleres Unternehmen handelt, entfallen vollständig auf Bürokratiekosten für die Erfüllung von Informationspflichten.

E.3 Erfüllungsaufwand der Verwaltung

1. Erfüllungsaufwand der Verwaltung aufgrund der Pflicht zur Umstellung auf die elektronische Vergabe (E-Vergabe)

Das Statistische Bundesamt hat für die Verwaltung aufgrund der Umstellung auf die E-Vergabe einen ersparten Erfüllungsaufwand in Höhe von rund 164 Millionen Euro errechnet, wobei der Anteil, der auf Vergaben oberhalb der geltenden Schwellenwerte entfällt, nicht abgrenzbar ist von dem Anteil, der auf Vergaben unterhalb der geltenden Schwellenwerte entfällt. Bei der Berechnung wurde dem Umstand Rechnung getragen, dass bereits in den Vorjahren schrittweise Teilprozesse des Vergabeverfahrens von einer ursprünglich ausschließlich postalischen und papierabhängigen Vorgehensweise auf IKT-basierte Verfahren umgestellt werden.

Dem steht ein vom Statistischen Bundesamt angenommener Erfüllungsaufwand in Höhe von rund 20 Millionen Euro infolge der Notwendigkeit des Erwerbs von Softwarelizenzen gegenüber.

Daraus resultiert ein ersparter Erfüllungsaufwand in Höhe von rund 144 Millionen Euro.

Etwaiger Mehrbedarf an Sach- und Personalmitteln beim Bund soll finanziell und stellenmäßig beim jeweiligen Einzelplan ausgeglichen werden.

2. Erfüllungsaufwand der Verwaltung aufgrund der Erfüllung von Statistikpflichten

Der Verwaltung in Bund, Ländern und Kommunen entsteht ein geschätzter Erfüllungsaufwand in Höhe von 36,72 Millionen Euro. Dieser resultiert aus der Erhebung und Übermittlung statistischer Daten sowie aus dem personellen und finanziellen Aufwand für den laufenden Betrieb der Vergabestatistik. Etwaiger Mehrbedarf an Sach- und Personalmitteln beim Bund soll finanziell und stellenmäßig im jeweiligen Einzelplan ausgeglichen werden.

Für die Erstellung des Statistikprogramms sowie für notwendige Schulungen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ist außerdem einmaliger Erfüllungsaufwand in Höhe von rund 1,1 Mio. € zu veranschlagen. Erfüllungsaufwand für Geräte und Programme der IKT fällt aufgrund der verpflichtenden Einführung der E-Vergabe ausschließlich bei den Haushal-

ten von Bund, Ländern und Kommunen an, deren Vergabestellen ausnahmslos Vergaben unterhalb der geltenden EU-Schwellenwerte durchführen und demzufolge nicht verpflichtet sind, auf E-Vergabe umzustellen, und die zugleich nicht über die erforderliche Ausstattung an Geräten und Programmen der IKT verfügen. Diese Ausgaben lassen sich aber im Einzelnen nicht verlässlich abschätzen.

Die Verwaltung in Bund, Ländern und Kommunen spart Erfüllungsaufwand in nicht verlässlich abschätzbarer Höhe. Denn bereits nach geltendem Recht sind statistische Daten zu Auftragsvergaben zu erheben und an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zu übermitteln. Zurzeit erfolgt dies mittels aufwändiger, papierbasierter Verfahren. Diese Einsparung resultiert

1. aus den Maßnahmen zur Umstellung der bisherigen Prozesse der Berichterstattung der Vergabestellen in Bund, Ländern und Kommunen gegenüber dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Reduzierung der Arbeitsbelastung zur Erhebung, Meldung und Auswertung von statistischen Daten durch Prozessvereinfachungen) sowie

2. aus den Maßnahmen zur Umstellung des Verfahrens zur Meldung statistischer Daten über Auftragsvergaben durch die Bundesrepublik Deutschland an die Europäische Kommission.

Ob der ersparte Erfüllungsaufwand den entstehenden Erfüllungsaufwand kompensiert oder ihn übersteigt, kann mangels verlässlicher Daten, insbesondere von Daten der Länder und Kommunen zu den nach bisheriger Rechtslage entstehenden Erfüllungsaufwänden für die Erfüllung von Berichtspflichten der Vergabestellen gegenüber dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, nicht zuverlässig abgeschätzt werden.

F. Weitere Kosten

Unmittelbar durch dieses Gesetz werden die Kosten für Unternehmen und Verbraucher nicht berührt. Auswirkungen auf Einzelpreise und das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind daher nicht zu erwarten.

Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014)

(Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergModG)[1)]

Vom ...

Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Der vierte bis sechste Teil der Inhaltsübersicht wird wie folgt gefasst:

„Teil 4
Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen

Kapitel 1
Vergabeverfahren

Abschnitt 1
Grundsätze, Definitionen und Anwendungsbereich

§ 97 Grundsätze der Vergabe

§ 98 Auftraggeber

§ 99 Öffentliche Auftraggeber

§ 100 Sektorenauftraggeber

§ 101 Konzessionsauftraggeber

§ 102 Sektorentätigkeiten

§ 103 Öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen und Wettbewerbe

§ 104 Verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge

§ 105 Konzessionen

§ 106 Schwellenwerte

[1)] Artikel dieses Gesetzes / Dieses Gesetz dient der Umsetzung

§ 107 Allgemeine Ausnahmen

§ 108 Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit

§ 109 Ausnahme für Auftragsvergaben auf der Grundlage internationaler Verfahrensregeln

§ 110 Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen, die verschiedene Leistungen zum Gegenstand haben

§ 111 Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, deren Teile unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterliegen

§ 112 Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, die verschiedene Tätigkeiten umfassen

§ 113 Verordnungsermächtigung

§ 114 Monitoring und Statistikpflichten

Abschnitt 2

Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber

Unterabschnitt 1

Anwendungsbereich

§ 115 Anwendungsbereich

§ 116 Besondere Ausnahmen

§ 117 Besondere Ausnahmen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfassen

§ 118 Bestimmten Auftragnehmern vorbehaltene öffentliche Aufträge

Unterabschnitt 2

Vergabeverfahren und Auftragsausführung

§ 119 Verfahrensarten

§ 120 Besondere Methoden und Instrumente im Vergabeverfahren

§ 121 Leistungsbeschreibung

§ 122 Eignung

§ 123 Zwingende Ausschlussgründe

§ 124 Fakultative Ausschlussgründe

§ 125 Selbstreinigung

§ 126 Höchstdauer eines Ausschlusses

§ 127 Zuschlag

§ 128 Auftragsausführung

§ 129 Zwingend zu berücksichtigende Ausführungsbedingungen

§ 130 Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen

§ 131 Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Personenverkehrsleistungen im Eisenbahnverkehr

§ 132 Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit

§ 133 Kündigung von öffentlichen Aufträgen

§ 134 Informations- und Wartepflicht

§ 135 Unwirksamkeit

Abschnitt 3

Vergabe von öffentlichen Aufträgen in besonderen Bereichen und von Konzessionen

Unterabschnitt 1

Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber

§ 136 Anwendungsbereich

§ 137 Besondere Ausnahmen

§ 138 Besondere Ausnahme für die Vergabe an verbundene Unternehmen

§ 139 Besondere Ausnahme für die Vergaben durch oder an ein Gemeinschaftsunternehmen

§ 140 Besondere Ausnahme für unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzte Tätigkeiten

§ 141 Verfahrensarten

§ 142 Sonstige anwendbare Vorschriften

§ 143 Regelung für Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz

Unterabschnitt 2

Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen

§ 144 Anwendungsbereich

§ 145 Besondere Ausnahmen für verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge

§ 146 Verfahrensarten

§ 147 Sonstige anwendbare Vorschriften

Unterabschnitt 3

Vergabe von Konzessionen

§ 148 Anwendungsbereich

§ 149 Besondere Ausnahmen

§ 150 Besondere Ausnahmen für die Vergabe von Konzessionen im Bereich Verteidigung und Sicherheit

§ 151 Verfahren

§ 152 Anforderungen im Konzessionsvergabeverfahren

§ 153 Vergabe von Konzessionen über soziale und andere besondere Dienstleistungen

§ 154 Sonstige anwendbare Vorschriften

Kapitel 2

Nachprüfungsverfahren

Abschnitt 1

Nachprüfungsbehörden

§ 155 Grundsatz

§ 156 Vergabekammern

§ 157 Besetzung, Unabhängigkeit

§ 158 Einrichtung, Organisation

§ 159 Abgrenzung der Zuständigkeit der Vergabekammern

Abschnitt 2

Verfahren vor der Vergabekammer

§ 160 Einleitung, Antrag

§ 161 Form

§ 162 Verfahrensbeteiligte, Beiladung

§ 163 Untersuchungsgrundsatz

§ 164 Aufbewahrung vertraulicher Unterlagen

§ 165 Akteneinsicht

§ 166 Mündliche Verhandlung

§ 167 Beschleunigung

§ 168 Entscheidung der Vergabekammer

§ 169 Aussetzung des Vergabeverfahrens

§ 170 Ausschluss von abweichendem Landesrecht

Abschnitt 3

Sofortige Beschwerde

§ 171 Zulässigkeit, Zuständigkeit

§ 172 Frist, Form

§ 173 Wirkung

§ 174 Beteiligte am Beschwerdeverfahren

§ 175 Verfahrensvorschriften

§ 176 Vorabentscheidung über den Zuschlag

§ 177 Ende des Vergabeverfahrens nach Entscheidung des Beschwerdegerichts

§ 178 Beschwerdeentscheidung

§ 179 Bindungswirkung und Vorlagepflicht

§ 180 Schadensersatz bei Rechtsmissbrauch

§ 181 Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens

§ 182 Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer

§ 183 Korrekturmechanismus der Kommission

§ 184 Unterrichtungspflichten der Nachprüfungsinstanzen

Teil 5

Anwendungsbereich des Ersten bis Dritten Teils dieses Gesetzes

§ 185 Unternehmen der öffentlichen Hand, Geltungsbereich

Teil 6

Übergangs- und Schlussbestimmungen

§ 186 Übergangsbestimmungen“.

2. Der vierte Teil wird wie folgt gefasst:

„Teil 4

Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen

Kapitel 1

Vergabeverfahren

Abschnitt 1

Grundsätze, Definitionen und Anwendungsbereich

§ 97

Grundsätze der Vergabe

(1) Öffentliche Aufträge und Konzessionen werden im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben. Dabei werden die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt.

(2) Die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind gleich zu behandeln, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund eines Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet.

(3) Bei der Vergabe werden soziale und umweltbezogene Aspekte sowie Aspekte der Qualität und der Innovation nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt.

(4) Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Wird ein Unternehmen, das nicht öffentlicher Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber ist, mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut, verpflichtet der öffentliche Auftraggeber das Unternehmen, sofern es Unteraufträge vergibt, nach den Sätzen 1 bis 3 zu verfahren.

(5) Für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren verwenden Auftraggeber und Unternehmen grundsätzlich elektronische Mittel.

(6) Unternehmen haben Anspruch darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden.

§ 98

Auftraggeber

Auftraggeber im Sinne dieses Teils sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99, Sektorenauftraggeber im Sinne des § 100 und Konzessionsauftraggeber im Sinne des § 101.

§ 99

Öffentliche Auftraggeber

Öffentliche Auftraggeber sind:

1. Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen,

2. andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern

   a) sie überwiegend von Stellen nach Nummer 1 oder 3 einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert werden,

   b) ihre Leitung der Aufsicht durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 unterliegt oder

   c) mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 bestimmt worden sind;

das Gleiche gilt dann, wenn diese juristische Person einer anderen juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts, einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt, über deren Leitung die Aufsicht ausübt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat,

3. Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen,

4. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht unter Nummer 2 fallen, in den Fäl-

len, in denen sie für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Wettbewerber von Stellen, die unter die Nummern 1 bis 3 fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 Prozent subventioniert werden.

§ 100

Sektorenauftraggeber

(1) Sektorenauftraggeber sind

1. öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nummer 1 bis 3, die eine Sektorentätigkeit gemäß § 102 ausüben,

2. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die eine Sektorentätigkeit gemäß § 102 ausüben, wenn

   a) diese Tätigkeit auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgeübt wird, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden, oder

   b) öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nummer 1 bis 3 auf diese Personen einzeln oder gemeinsam einen beherrschenden Einfluss ausüben können.

(2) Besondere oder ausschließliche Rechte im Sinne von Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe a sind Rechte, die dazu führen, dass die Ausübung dieser Tätigkeit einem oder mehreren Unternehmen vorbehalten wird und dass die Möglichkeit anderer Unternehmen, diese Tätigkeit auszuüben, erheblich beeinträchtigt wird. Keine besonderen oder ausschließlichen Rechte in diesem Sinne sind Rechte, die aufgrund eines Verfahrens nach den Vorschriften dieses Abschnitts gewährt wurden oder aufgrund eines sonstigen Verfahrens, das angemessen bekannt gemacht wurde und auf objektiven Kriterien beruht.

(3) Die Ausübung eines beherrschenden Einflusses im Sinne von Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe b wird vermutet, wenn ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nummer 1 bis 3

1. unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzt,

2. über die Mehrheit der mit den Anteilen am Unternehmen verbundenen Stimmrechten verfügt oder

3. mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann.

§ 101

Konzessionsauftraggeber

(1) Konzessionsauftraggeber sind

1. öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nummer 1 bis 3, die eine Konzession vergeben,

2. Sektorenauftraggeber gemäß § 100 Absatz 1 Nummer 1, die eine Sektorentätigkeit gemäß § 102 Absatz 1 Nummer 2 bis 6 ausüben und eine Konzession zum Zweck der Ausübung dieser Tätigkeit vergeben,

3. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die eine Sektorentätigkeit gemäß § 102 Absatz 1 Nummer 2 bis 6 ausüben und eine Konzession zum Zweck der Ausübung dieser Tätigkeit vergeben, wenn

   a) diese Tätigkeit auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgeübt wird, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden, oder

   b) öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nummer 1 bis 3 auf diese Personen einzeln oder gemeinsam einen beherrschenden Einfluss ausüben können.

   (2) § 100 Absatz 2 und 3 gilt entsprechend.

§ 102

Sektorentätigkeiten

(1) Sektorentätigkeiten sind

1. im Bereich Wasser

   a) die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, der Fortleitung und der Abgabe von Trinkwasser oder

   b) die Einspeisung von Trinkwasser in diese Netze;

dies gilt auch für Aufträge, die von Sektorenauftraggebern vergeben werden, wenn die Tätigkeiten nach Nummer 1 Buchstabe a) und b) im Zusammenhang stehen mit Wasserbauvorhaben sowie Bewässerungs- und Entwässerungsvorhaben, sofern die zur Trinkwasserversorgung bestimmte Wassermenge mehr als 20 Prozent der mit den entsprechenden Vorhaben beziehungsweise Bewässerungs- oder Entwässerungsanlagen zur Verfügung gestellten Gesamtwassermenge ausmacht oder der Abwasserbeseitigung oder -behandlung,

2. im Bereich Elektrizität

   a) die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Erzeugung, der Fortleitung und der Abgabe von Elektrizität oder

   b) die Einspeisung von Elektrizität in diese Netze, es sei denn,

      aa) die Elektrizität wird durch den Sektorenauftraggeber erzeugt, weil ihr Verbrauch für die Ausübung einer Tätigkeit erforderlich ist, die keine Sektorentätigkeit nach den Nummern 1 bis 4 ist, und

      bb) die Einspeisung hängt nur von dem Eigenverbrauch des Sektorenauftraggebers ab und macht bei Zugrundelegung des Durchschnitts der letzten drei Jahre einschließlich des laufenden Jahres nicht mehr als 30 Prozent der gesamten Energieerzeugung aus,

3. im Bereich von Gas und Wärme

a) die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Erzeugung, der Fortleitung und der Abgabe von Gas und Wärme oder

b) die Einspeisung von Gas und Wärme in diese Netze, es sei denn,

aa) die Erzeugung von Gas oder Wärme durch den Sektorenauftraggeber ergibt sich zwangsläufig aus der Ausübung einer Tätigkeit, die keine Sektorentätigkeit nach den Nummern 1 bis 4 ist, und

bb) die Einspeisung zielt nur darauf ab, diese Erzeugung wirtschaftlich zu nutzen und macht bei Zugrundelegung des Durchschnitts der letzten drei Jahre einschließlich des laufenden Jahres nicht mehr als 20 Prozent des Umsatzes des Sektorenauftraggebers aus,

4. im Bereich Verkehrsleistungen die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen per Eisenbahn, automatischen Systemen, Straßenbahn, Trolleybus, Bus oder Seilbahn; ein Netz gilt als vorhanden, wenn die Verkehrsleistung gemäß den von einer zuständigen Behörde festgelegten Bedingungen erbracht wird; dazu gehören die Festlegung der Strecken, die Transportkapazitäten und die Fahrpläne,

5. im Bereich Häfen und Flughäfen Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Nutzung eines geografisch abgegrenzten Gebiets mit dem Zweck, für Luft-, See- oder Binnenschifffahrtsverkehrsunternehmen Flughäfen, See- oder Binnenhäfen oder andere Terminaleinrichtungen bereitzustellen,

6. Tätigkeiten zur Nutzung eines geografisch abgegrenzten Gebiets zum Zweck

a) der Förderung von Öl oder Gas oder

b) der Exploration oder Förderung von Kohle oder anderen festen Brennstoffen.

(2) Für die Zwecke des Absatzes 1 Nummer 1 bis 3 umfasst der Begriff „Einspeisung“ die Erzeugung und Produktion sowie den Groß- und Einzelhandel. Die Erzeugung von Gas fällt unter Absatz 1 Nummer 6.

§ 103

Öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen und Wettbewerbe

(1) Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

(2) Lieferaufträge sind Verträge zur Beschaffung von Waren, die insbesondere Kauf oder Ratenkauf oder Leasing, Mietverhältnisse oder Pachtverhältnisse mit oder ohne Kaufoption betreffen. Die Verträge können auch Nebenleistungen umfassen.

(3) Bauaufträge sind Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung von Bauleistungen im Zusammenhang mit einer der in Anhang II der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65) und Anhang I der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. Februar 2014 über die

Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 243) genannten Tätigkeiten oder eines Bauwerkes für den öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll. Ein Bauauftrag liegt auch vor, wenn ein Dritter eine Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber genannten Erfordernissen erbringt, die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat.

(4) Als Dienstleistungsaufträge gelten die Verträge über die Erbringung von Leistungen, die nicht unter Absätze 2 und 3 fallen.

(5) Rahmenvereinbarungen sind Vereinbarungen zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmen, die dazu dienen, die Bedingungen für die öffentlichen Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis. Für die Vergabe von Rahmenvereinbarungen gelten, soweit nichts anderes bestimmt ist, dieselben Vorschriften wie für die Vergabe entsprechender öffentlicher Aufträge.

(6) Wettbewerbe im Sinne dieses Teils sind Auslobungsverfahren, die dem Auftraggeber auf Grund vergleichender Beurteilung durch ein Preisgericht mit oder ohne Verteilung von Preisen zu einem Plan verhelfen sollen.

§ 104

Verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge

(1) Verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge sind öffentliche Aufträge, deren Auftragsgegenstand mindestens eine der folgenden Leistungen umfasst:

1. die Lieferung von Militärausrüstung, einschließlich dazugehöriger Teile, Bauteile oder Bausätze,

2. die Lieferung von Ausrüstung, die im Rahmen eines Verschlusssachenauftrags vergeben wird, einschließlich der dazugehörigen Teile, Bauteile oder Bausätze,

3. Liefer-, Bau- und Dienstleistungen in unmittelbarem Zusammenhang mit der in den Nummern 1 und 2 genannten Ausrüstung in allen Phasen des Lebenszyklus der Ausrüstung oder

4. Bau- und Dienstleistungen speziell für militärische Zwecke oder Bau- und Dienstleistungen, die im Rahmen eines Verschlusssachenauftrags vergeben werden.

(2) Militärausrüstung ist jede Ausrüstung, die eigens zu militärischen Zwecken konzipiert oder für militärische Zwecke angepasst wird und zum Einsatz als Waffe, Munition oder Kriegsmaterial bestimmt ist.

(3) Ein Verschlusssachenauftrag ist ein Auftrag für Sicherheitszwecke,

1. bei dessen Erfüllung oder Erbringung Verschlusssachen nach § 4 des Gesetzes über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des

Bundes oder nach den entsprechenden Bestimmungen der Länder verwendet werden oder

2. der Verschlusssachen im Sinne der Nummer 1 erfordert oder beinhaltet.

§ 105

Konzessionen

(1) Konzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsauftraggeber ein oder mehrere Unternehmen

1. mit der Erbringung von Bauleistungen betrauen (Baukonzessionen); dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung,

2. mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Nummer 1 bestehen (Dienstleistungskonzessionen); dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung.

(2) Voraussetzung für eine Bau- oder Dienstleistungskonzession ist, dass das Betriebsrisiko für die Nutzung des Bauwerks oder für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer übergeht. Das Betriebsrisiko kann ein Nachfrage- oder Angebotsrisiko sein. Das Betriebsrisiko geht auf den Konzessionsnehmer über, wenn

1. unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können, und

2. der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, so dass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind.

§ 106

Schwellenwerte

(1) Dieser Teil gilt für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, deren geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer die jeweils festgelegten Schwellenwerte erreicht oder überschreitet.

(2) Der jeweilige Schwellenwert ergibt sich

1. für öffentliche Aufträge, die von öffentlichen Auftraggebern vergeben werden, aus Artikel 4 der Richtlinie 2014/24/EU in der jeweils geltenden Fassung; der sich hieraus für zentrale Regierungsbehörden ergebende Schwellenwert ist von allen obersten Bundesbehörden sowie allen oberen Bundesbehörden und vergleichbaren Bundeseinrichtungen anzuwenden,

2. für öffentliche Aufträge, die von Sektorenauftraggebern zum Zweck der Ausübung einer Sektorentätigkeit vergeben werden, aus Artikel 15 der Richtlinie 2014/25/EU in der jeweils geltenden Fassung,

3. für verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge aus Artikel 8 der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (ABl. L 216 vom 20.8.2009, S. 76) in der jeweils geltenden Fassung und

4. für Konzessionen aus Artikel 8 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 1) in der jeweils geltenden Fassung.

(3) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie gibt die geltenden Schwellenwerte unverzüglich, nachdem sie im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht worden sind, im Bundesanzeiger bekannt.

§ 107

Allgemeine Ausnahmen

(1) Dieser Teil kommt nicht zur Anwendung bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen

1. zu Schiedsgerichts- und Schlichtungsdienstleistungen,

2. für den Erwerb, die Miete oder die Pacht von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen sowie Rechten daran, ungeachtet ihrer Finanzierung,

3. zu Arbeitsverträgen,

4. zu Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden und die unter die Referenznummern 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 und 85143000-3 mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung des Common Procurement Vocabulary – CPV (CPV-Nummern) fallen.

(2) Dieser Teil kommt ferner nicht zur Anwendung auf öffentliche Aufträge und Konzessionen,

1. bei denen die Anwendung dieses Teils den Auftraggeber dazu zwingen würde, im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren oder der Auftragsausführung Auskünfte zu erteilen, deren Preisgabe seiner Ansicht nach wesentlichen Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland im Sinne des Artikels 346 Absatz 1 Buchstabe a des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union widerspricht, oder

2. die dem Anwendungsbereich des Artikels 346 Absatz 1 Buchstabe b des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union unterliegen.

§ 108

Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit

(1) Dieser Teil kommt nicht zur Anwendung bei öffentlichen Aufträgen, die von einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 an eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts vergeben werden, wenn

1. der öffentliche Auftraggeber über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt,

2. mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde, und

3. an der kontrollierten juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht; dieser Teil findet ungeachtet einer direkten privaten Kapitalbeteiligung keine Anwendung auf folgende Formen der Kapitalbeteiligung, wenn diese gesetzlich vorgeschrieben sind und keinen ausschlaggebenden Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln:

   a) eine nicht beherrschende Form der privaten Kapitalbeteiligung und

   b) eine Form der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität.

(2) Die Ausübung einer Kontrolle im Sinne von Absatz 1 Nummer 1 wird vermutet, wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausübt. Die Kontrolle kann auch durch eine andere juristische Person ausgeübt werden, die von dem öffentlichen Auftraggeber in gleicher Weise kontrolliert wird.

(3) Absatz 1 gilt auch für öffentliche Aufträge, die von einer kontrollierten juristischen Person, die zugleich öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 ist, an den kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder an eine von diesem öffentlichen Auftraggeber kontrollierte andere juristische Person vergeben werden. Voraussetzung ist, dass keine direkte private Kapitalbeteiligung an der juristischen Person besteht, die den öffentlichen Auftrag erhalten soll. Absatz 1 Nummer 3 zweiter Halbsatz gilt entsprechend.

(4) Dieser Teil kommt auch nicht zur Anwendung bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen, bei denen der öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 über eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts zwar keine Kontrolle im Sinne des Absatz 1 Nummer 1 ausübt, aber

1. der öffentliche Auftraggeber gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen,

2. mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von den öffentlichen Auftraggebern oder von einer anderen juristischen Person, die von diesen Auftraggebern kontrolliert wird, betraut wurde, und

3. an der kontrollierten juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht; Absatz 1 Nummer 3 zweiter Halbsatz gilt entsprechend.

(5) Eine gemeinsame Kontrolle im Sinne von Absatz 4 Nummer 1 liegt vor, wenn

1. sich die beschlussfassenden Organe der kontrollierten juristischen Person aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammensetzen; ein einzelner Vertreter kann mehrere oder alle teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber vertreten,

2. die öffentlichen Auftraggeber gemeinsam einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausüben können und

3. die kontrollierte juristische Person keine Interessen verfolgt, die den Interessen der öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen.

(6) Dieser Teil kommt ferner nicht zur Anwendung bei Verträgen, die zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 geschlossen werden, wenn

1. der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder erfüllt, um sicherzustellen, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden,

2. die Durchführung der Zusammenarbeit nach Nummer 1 ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird und

3. die öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit nach Nummer 1 erfasst sind.

(7) Zur Bestimmung des prozentualen Anteils nach Absatz 1 Nummer 2, Absatz 4 Nummer 2 und Absatz 6 Nummer 3 wird der durchschnittliche Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor Vergabe des öffentlichen Auftrags oder ein anderer geeigneter tätigkeitsgestützter Wert herangezogen. Ein geeigneter tätigkeitsgestützter Wert sind zum Beispiel die Kosten, die der juristischen Person oder dem öffentlichen Auftraggeber in dieser Zeit in Bezug auf Liefer-, Bau- und Dienstleistungen entstanden sind. Liegen für die letzten drei Jahre keine Angaben zu diesen Kosten vor oder sind sie nicht mehr aussagekräftig, ist es ausreichend, wenn der tätigkeitsgestützte Wert insbesondere durch Prognosen über die Geschäftsentwicklung glaubhaft gemacht wird.

(8) Die Absätze 1 bis 7 gelten entsprechend für Sektorenauftraggeber im Sinne des § 100 Absatz 1 Nummer 1 hinsichtlich der Vergabe von öffentlichen Aufträgen sowie auf Konzessionsauftraggeber im Sinne des § 101 Absatz 1 Nummer 1 und 2 hinsichtlich der Vergabe von Konzessionen.

§ 109

Ausnahme für Auftragsvergaben auf der Grundlage internationaler Verfahrensregeln

(1) Dieser Teil kommt nicht zur Anwendung, wenn der öffentliche Auftrag

1. nach Vergabeverfahren zu vergeben oder durchzuführen ist, die festgelegt sind durch

   a) ein Rechtsinstrument, das völkerrechtliche Verpflichtungen begründet, wie eine im Einklang mit den EU-Verträgen geschlossene internationale Über-

einkunft oder Vereinbarung zwischen der Bundesrepublik Deutschland und einem Drittstaat oder mehreren Drittstaaten, die nicht Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind, oder ihren Untereinheiten über Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen für ein von den Unterzeichnern gemeinsam zu verwirklichendes oder zu nutzendes Projekt oder

b) eine internationale Organisation oder

2. gemäß den Vergaberegeln einer internationalen Organisation oder internationalen Finanzierungseinrichtung bei vollständiger Finanzierung der öffentlichen Aufträge und Wettbewerbe durch diese Organisation oder Einrichtung zu vergeben ist; für den Fall einer überwiegenden Kofinanzierung öffentlicher Aufträge und Wettbewerbe durch eine internationale Organisation oder eine internationale Finanzierungseinrichtung einigen sich die Parteien auf die anwendbaren Vergabeverfahren.

(2) Für verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge gilt § 145 Nummer 7.

§ 110

Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen, die verschiedene Leistungen zum Gegenstand haben

(1) Öffentliche Aufträge, die verschiedene Leistungen (Liefer-, Bau-, Dienstleistungen) zum Gegenstand haben, werden nach den Vorschriften vergeben, denen der Hauptgegenstand des Auftrags zuzuordnen ist. Das Gleiche gilt für die Vergabe von Konzessionen, die sowohl Bau- als auch Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

(2) Der Hauptgegenstand öffentlicher Aufträge und Konzessionen, die teilweise aus Dienstleistungen, die den Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen für soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne des § 131 oder des § 153 unterfallen und teilweise aus anderen Dienstleistungen bestehen, oder die teilweise aus Dienstleistungen und teilweise aus Lieferleistungen bestehen, wird danach bestimmt, welcher geschätzte Wert der jeweiligen Dienst- oder Lieferleistungen am höchsten ist.

§ 111

Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, deren Teile unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterliegen

(1) Sind die verschiedenen Teile eines öffentlichen Auftrags, die jeweils unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterliegen, objektiv trennbar, dürfen getrennte Aufträge für jeden Teil oder darf ein Gesamtauftrag vergeben werden. Im Einzelnen gilt:

1. Werden getrennte Aufträge vergeben, so richtet sich die Entscheidung, welche Vorschrift auf jeden der einzelnen Aufträge anzuwenden ist, nach den Merkmalen des jeweiligen Teils.

2. Wird ein Gesamtauftrag vergeben, gilt:

a) erfüllt ein Teil des Auftrags die Voraussetzungen des § 107 Absatz 2 Nummer 1 und 2, so kann der Auftrag ohne Anwendung die-

ses Teils vergeben werden, sofern die Vergabe eines Gesamtauftrags aus objektiven Gründen gerechtfertigt ist;

b) unterliegt ein Teil des Auftrags den Vorschriften über die Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Aufträgen, so kann der Gesamtauftrag nach diesen Vorschriften vergeben werden, sofern die Vergabe eines Gesamtauftrags aus objektiven Gründen gerechtfertigt ist;

c) unterliegt ein Teil des Auftrags den Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung sowie des Verkehrs, so finden diese Vorschriften Anwendung. Unterliegt ein Teil des Auftrags diesen Vorschriften und ein anderer Teil des Auftrags den Vorschriften über die Vergabe von Konzessionen, finden die Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung sowie des Verkehrs Anwendung, wenn der Wert des Auftragsteils, der unter diese Vorschriften fällt, den geltenden Schwellenwert erreicht oder überschreitet;

d) unterliegt ein Teil des Auftrags den Vorschriften zur Vergabe von Konzessionen und ein anderer Teil den Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber, so gelten die Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber, wenn der Wert des Auftragsteils, der unter diese Vorschriften fällt, den geltenden Schwellenwert erreicht oder überschreitet;

e) unterliegt ein Teil des Auftrags entweder den Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber oder zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung sowie des Verkehrs oder zur Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen oder zur Vergabe von Konzessionen und ein anderer Teil sonstigen Vorschriften außerhalb dieses Gesetzes, finden die einschlägigen Vorschriften dieses Gesetzes ungeachtet des Wertes der Teile Anwendung, die ansonsten anderen Vorschriften unterliegen würden.

(2) Sind die verschiedenen Teile eines öffentlichen Auftrags, die jeweils unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterliegen, objektiv nicht trennbar, gilt:

1. der Auftrag wird nach den Vorschriften vergeben, denen der Hauptgegenstand des Auftrags zuzuordnen ist. Enthalten solche Aufträge sowohl Elemente einer Dienstleistungskonzession wie auch eines Lieferauftrags, wird der Hauptgegenstand danach bestimmt, welcher geschätzte Wert der jeweiligen Dienst- oder Lieferleistungen höher ist;

2. enthält der Auftrag Elemente, auf die § 107 Absatz 2 Nummer 1 und 2 Anwendung findet, so kann der Auftrag ohne Anwendung der Vorschriften dieses Teils oder gemäß den Vorschriften über die Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen vergeben werden.

(3) Die Entscheidung, einen Gesamtauftrag oder getrennte Aufträge zu vergeben, darf nicht zu dem Zweck erfolgen, die Auftragsvergabe von den Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen auszunehmen.

(4) Absatz 1 Nummer 1 und Nummer 2 Buchstabe a und b sowie die Absätze 2 und 3 finden auf die Vergabe von Konzessionen entsprechende Anwendung.

§ 112

Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, die verschiedene Tätigkeiten umfassen

(1) Umfasst ein öffentlicher Auftrag mehrere Tätigkeiten, von denen eine Tätigkeit eine Sektorentätigkeit im Sinne des § 102 darstellt, darf ein getrennter Auftrag für die Zwecke jeder einzelnen Tätigkeit oder ein Gesamtauftrag vergeben werden. Im Einzelnen gilt:

1. Werden getrennte Aufträge vergeben, so richtet sich die Entscheidung, welche Vorschriften auf jeden der einzelnen Teile anzuwenden sind, nach den Merkmalen der jeweiligen Tätigkeit.

2. Wird ein Gesamtauftrag vergeben, gilt:

   a) ein Auftrag, der sich auf verschiedene Tätigkeiten erstrecken soll, unterliegt den Bestimmungen, die für die Tätigkeit gelten, für die der Auftrag hauptsächlich bestimmt ist;

   b) ist es objektiv unmöglich, festzustellen, für welche Tätigkeit der Auftrag hauptsächlich bestimmt ist, wird wie folgt ermittelt, welche Vorschriften anzuwenden sind. Die Vergabe erfolgt nach den Vorschriften zur Vergabe

      aa) von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber, wenn eine der Tätigkeiten, für die der Auftrag bestimmt ist, unter diese Vorschriften fällt;

      bb) von öffentlichen Aufträgen im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung sowie des Verkehrs, wenn der Auftrag sowohl für eine Sektorentätigkeit im Sinne von § 102 als auch für eine Tätigkeit bestimmt ist, die in den Anwendungsbereich der Vorschriften zur Vergabe von Konzessionen fallen würde;

      cc) von öffentlichen Aufträgen im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung sowie des Verkehrs, wenn der Auftrag sowohl für eine Sektorentätigkeit im Sinne von § 102 als auch für eine Tätigkeit bestimmt ist, die weder in den Anwendungsbereich der Vorschriften zur Vergabe von Konzessionen noch in den Anwendungsbereich der Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge durch öffentliche Auftraggeber fallen würde.

   c) ist der Auftrag sowohl für eine Sektorentätigkeit im Sinne von § 102 als auch für eine Tätigkeit bestimmt, die Verteidigungs- und Sicherheitsaspekte umfasst, ist § 111 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe a und b anzuwenden.

(2) Umfasst eine Konzession mehrere Tätigkeiten, von denen eine Tätigkeit eine Sektorentätigkeit im Sinne des § 102 darstellt, findet Absatz 1 mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass bei der Vergabe einer Gesamtkonzession, bei der es objektiv unmöglich ist, festzustellen, für welche Tätigkeit die Konzession hauptsächlich bestimmt ist, wie folgt ermittelt wird, welche Vorschriften anzuwenden sind. Die Vergabe erfolgt nach den Vorschriften

1. zur Vergabe von Konzessionen durch Konzessionsauftraggeber im Sinne von § 101 Absatz 1 Nummer 1, wenn eine der Tätigkeiten, für die sie bestimmt ist, diesen Bestimmungen und die andere den Bestimmungen für die Vergabe von Konzessionen durch Konzessionsauftraggeber im Sinne von § 101 Absatz 1 Nummer 2 und § 101 Absatz 1 Nummer 3 unterliegt;

2. zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber, wenn eine der Tätigkeiten, für die die Konzession bestimmt ist, unter diese Vorschriften fällt;

3. zur Vergabe von Konzessionen, wenn eine der Tätigkeiten, für die die Konzession bestimmt ist, diesen Vorschriften und die andere Tätigkeit weder den Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung sowie des Verkehrs noch den Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge durch öffentliche Auftraggeber unterliegt.

(3) Die Entscheidung, einen Gesamtauftrag oder getrennte Aufträge zu vergeben, darf nicht zu dem Zweck erfolgen, die Auftragsvergabe von den Vorschriften dieses Teils auszunehmen.

§ 113

Verordnungsermächtigung

Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnungen mit Zustimmung des Bundesrates die näheren Bestimmungen zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen zu regeln. Diese Ermächtigung umfasst die Befugnis zur Regelung von Anforderungen an den Auftragsgegenstand und zum Vergabeverfahren, insbesondere zur Regelung

1. der Schätzung des Auftragswertes,

2. der Bekanntmachung, der Verfahrensarten und des Ablaufs des Vergabeverfahrens,

3. der besonderen Methoden und Instrumenten in Vergabeverfahren und für Sammelbeschaffungen,

4. der Einzelheiten des Sendens, Empfangens, Weiterleitens und Speicherns von Daten,

5. der Auswahl und Prüfung der Unternehmen und Angebote,

6. der Aufhebung des Vergabeverfahrens,

7. der verteidigungs- und sicherheitsspezifische Anforderungen im Hinblick auf den Geheimschutz, die allgemeinen Regelungen zur Wahrung der Vertraulichkeit, die Versorgungssicherheit sowie die besonderen Regelungen für die Vergabe von Unteraufträgen,

8. der Voraussetzungen, nach denen Sektorenauftraggeber, Konzessionsauftraggeber oder Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz von der Verpflichtung zur Anwendung dieses Teils befreit werden können, sowie das dabei anzuwendende Verfahren einschließlich der erforderlichen Ermittlungsbefugnisse des Bundeskartellamtes und der Einzelheiten der Kostenerhebung; Vollstreckungserleichterungen dürfen vorgesehen werden.

§ 114

Monitoring und Statistikpflichten

(1) Die obersten Bundesbehörden und die Länder erstatten in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie über die Anwendung der Vorschriften dieses Teils und der aufgrund des § 113 erlassenen Rechtsverordnungen jährlich bis zum 31. Dezember schriftlich Bericht.

(2) Auftraggeber erheben die Daten, die für die Erstellung einer bundesweiten Statistik zu öffentlichen Aufträgen und Konzessionen oberhalb und unterhalb der jeweils geltenden Schwellenwerte erforderlich sind, und übermitteln diese an die zuständige Stelle. Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Einzelheiten der Datenerhebung und ihrer Durchführung sowie die Veröffentlichung dieser bundesweiten Statistik zu regeln.

Abschnitt 2

Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber

Unterabschnitt 1

Anwendungsbereich

§ 115

Anwendungsbereich

Dieser Abschnitt findet Anwendung auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber.

§ 116

Besondere Ausnahmen

Dieser Teil findet keine Anwendung auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, wenn diese Folgendes zum Gegenstand haben:

1. Rechtsdienstleistungen, die eine der folgenden Tätigkeiten betreffen:

   a) Vertretung eines Mandanten durch einen Rechtsanwalt in

      aa) Gerichts- oder Verwaltungsverfahren vor nationalen oder internationalen Gerichten, Behörden oder Einrichtungen,

      bb) nationalen oder internationalen Schiedsgerichts- oder Schlichtungsverfahren,

   b) Rechtsberatung durch einen Rechtsanwalt, sofern diese zur Vorbereitung eines Verfahrens im Sinne von Buchstabe a) dient oder wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen und eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass

die Angelegenheit, auf die sich die Rechtsberatung bezieht, Gegenstand eines solchen Verfahrens werden wird,

c) Beglaubigungen und Beurkundungen, sofern sie von Notaren zu erbringen sind,

d) Tätigkeiten von gerichtlich bestellten Betreuern, Vormündern, Pflegern, Verfahrensbeiständen, Sachverständigen oder Verwaltern erbrachte Rechtsdienstleistungen oder sonstige Rechtsdienstleistungen, deren Erbringer durch ein Gericht bestellt oder durch Gesetz dazu bestimmt werden, um bestimmte Aufgaben unter der Aufsicht dieser Gerichte wahrzunehmen oder

e) zumindest teilweise mit der Ausübung von hoheitlichen Befugnissen verbundene Tätigkeiten,

2. Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen, es sei denn es handelt sich um Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen, die unter die CPV-Nummern 73000000-2 bis 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 und 73430000-5 fallen und bei denen

   a) die Ergebnisse ausschließlich Eigentum des Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeit werden und

   b) die Dienstleistung vollständig durch den Auftraggeber vergütet wird,

3. Aufträge über Erwerb, Entwicklung, Produktion oder Koproduktion von Sendematerial für audiovisuelle Mediendienste oder Hörfunkmediendienste, die von Anbietern von audiovisuellen Mediendiensten oder Hörfunkmediendiensten vergeben werden, sowie Aufträge über Ausstrahlungszeit oder Bereitstellung von Sendungen, die an Anbieter von audiovisuellen Mediendiensten oder Hörfunkmediendiensten vergeben werden,

4. finanzielle Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Ausgabe, dem Verkauf, dem Ankauf oder der Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten, Dienstleistungen der Zentralbanken sowie mit der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität und dem Europäischen Stabilitätsmechanismus durchgeführte Transaktionen,

5. Kredite und Darlehen, auch im Zusammenhang mit der Ausgabe, dem Verkauf, dem Ankauf oder der Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten oder

6. Dienstleistungsaufträge, die an einen öffentlichen Auftraggeber nach § 99 Nummer 1 bis 3 vergeben werden, der ein auf Gesetz oder Verordnung beruhendes ausschließliches Recht hat, die Leistung zu erbringen.

§ 117

Besondere Ausnahmen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfassen

Bei öffentlichen Aufträgen, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfassen, ohne verteidigungs- oder sicherheitsspezifische Aufträge zu sein, kommt dieser Teil nicht zur Anwendung,

1. soweit der Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen gewährleistet werden kann, zum Beispiel durch Anforderungen, die auf den Schutz der Vertraulichkeit der Informationen abzielen, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines Vergabeverfahrens zur Verfügung stellt,

2. soweit die Voraussetzungen des Artikels 346 Absatz 1 Buchstabe a des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union erfüllt sind,

3. wenn die Vergabe und die Ausführung des Auftrags für geheim erklärt werden oder nach den Rechts- oder Verwaltungsvorschriften besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordern. Voraussetzung hierfür ist eine Feststellung darüber, dass die betreffenden wesentlichen Interessen nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen, zum Beispiel durch Anforderungen, die auf den Schutz der Vertraulichkeit der Informationen abzielen, gewährleistet werden können,

4. wenn der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist, die Vergabe oder Durchführung nach anderen Vergabeverfahren vorzunehmen, die festgelegt sind durch

   a) eine im Einklang mit den EU-Verträgen geschlossene internationale Übereinkunft oder Vereinbarung zwischen der Bundesrepublik Deutschland und einem Drittstaat oder mehreren Drittstaaten, die nicht Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind, oder ihren Untereinheiten über Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen für ein von den Unterzeichnern gemeinsam zu verwirklichendes oder zu nutzendes Projekt,

   b) eine internationale Übereinkunft oder Vereinbarung im Zusammenhang mit der Stationierung von Truppen, die die Unternehmen betrifft, die ihren Sitz in der Bundesrepublik Deutschland oder einem Drittstaat haben, der nicht Vertragspartei des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraums ist, oder

   c) eine internationale Organisation, oder

5. wenn der öffentliche Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag gemäß den Vergaberegeln einer internationalen Organisation oder internationalen Finanzierungseinrichtung bei vollständiger Finanzierung der betreffenden öffentlichen Aufträge und Wettbewerbe durch diese Organisation oder Einrichtung vergibt. Im Falle einer überwiegenden Kofinanzierung öffentlicher Aufträge und Wettbewerbe durch eine internationale Organisation oder eine internationale Finanzierungseinrichtung einigen sich die Parteien auf die anwendbaren Vergabeverfahren.

§ 118

Bestimmten Auftragnehmern vorbehaltene öffentliche Aufträge

(1) Öffentliche Auftraggeber können das Recht zur Teilnahme an Vergabeverfahren geschützten Werkstätten und Unternehmen vorbehalten, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderung oder von benachteiligten Personen ist, oder bestimmen, dass öffentliche Aufträge im Rahmen von Programmen mit geschützten Beschäftigungsverhältnissen durchzuführen sind.

(2) Voraussetzung ist, dass mindestens 30 Prozent der in den geschützten Werkstätten oder Unternehmen beschäftigten Personen Menschen mit Behinderung oder benachteiligte Personen sind.

Unterabschnitt 2

Vergabeverfahren und Auftragsausführung

§ 119

Verfahrensarten

(1) Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen erfolgt im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren, im Verhandlungsverfahren, im wettbewerblichen Dialog oder in der Innovationspartnerschaft.

(2) Öffentlichen Auftraggebern stehen das offene und das nicht offene Verfahren nach ihrer Wahl zur Verfügung. Die anderen Verfahrensarten stehen nur zur Verfügung, soweit dies auf Grund dieses Gesetzes gestattet ist.

(3) Das offene Verfahren ist ein Verfahren, in dem der öffentliche Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten auffordert.

(4) Das nicht offene Verfahren ist ein Verfahren, bei dem der öffentliche Auftraggeber nach vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme eine beschränkte Anzahl von Unternehmen auswählt (Teilnahmewettbewerb), die er zur Abgabe von Angeboten auffordert.

(5) Das Verhandlungsverfahren ist ein Verfahren, bei dem sich der öffentliche Auftraggeber mit oder ohne Teilnahmewettbewerb an ausgewählte Unternehmen wendet, um mit einem oder mehreren dieser Unternehmen über die Angebote zu verhandeln.

(6) Der wettbewerbliche Dialog ist ein Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge mit dem Ziel der Ermittlung und Festlegung der Mittel, mit denen die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers am besten erfüllt werden können. Nach einem Teilnahmewettbewerb eröffnet der öffentliche Auftraggeber mit den ausgewählten Unternehmen einen Dialog zur Erörterung aller Aspekte der Auftragsvergabe.

(7) Die Innovationspartnerschaft ist ein Verfahren zur Entwicklung innovativer, noch nicht auf dem Markt verfügbarer Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen und zum anschließenden Erwerb der daraus hervorgehenden Leistungen. Nach einem Teilnahmewettbewerb verhandelt der öffentliche Auftraggeber in mehreren Phasen mit den ausgewählten Unternehmen über die Erst- und Folgeangebote.

§ 120

Besondere Methoden und Instrumente in Vergabeverfahren

(1) Ein dynamisches elektronisches Verfahren ist ein zeitlich befristetes, ausschließlich elektronisches Verfahren zur Beschaffung marktüblicher Leistungen, bei denen die allgemein auf dem Markt verfügbaren Merkmale den Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers genügen.

(2) Eine elektronische Auktion ist ein sich schrittweise wiederholendes elektronisches Verfahren zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes. Jeder elektronischen Auktion geht eine vollständige erste Bewertung aller Angebote voraus.

(3) Ein elektronischer Katalog ist ein auf der Grundlage der Leistungsbeschreibung erstelltes Verzeichnis der zu beschaffenden Liefer-, Bau- und Dienstleistungen in einem elektronischen Format. Er kann insbesondere beim Abschluss von Rahmenvereinbarungen eingesetzt werden und Abbildungen, Preisinformationen und Produktbeschreibungen umfassen.

§ 121

Leistungsbeschreibung

(1) Die Leistungsbeschreibung enthält alle Leistungsmerkmale, Bedingungen, Umstände und technischen Anforderungen, deren Kenntnis für die Erstellung des Angebots erforderlich sind. In der Leistungsbeschreibung beschreibt der öffentliche Auftraggeber den Auftragsgegenstand eindeutig und so erschöpfend, dass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können.

(2) Die Leistungsbeschreibung ist der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen beizufügen.

§ 122

Eignung

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

(2) Ein Unternehmen ist geeignet, wenn es die durch den öffentlichen Auftraggeber im Einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags festgelegten Kriterien (Eignungskriterien) erfüllt. Die Eignungskriterien können Folgendes betreffen:

1. Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung,

2. wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit,

3. technische und berufliche Leistungsfähigkeit.

(3) Öffentliche Auftraggeber können Präqualifizierungssysteme einrichten oder zulassen, mit denen die Eignung von Unternehmen nachgewiesen werden kann.

(4) Eignungskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. Sie sind in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung aufzuführen.

§ 123

Zwingende Ausschlussgründe

(1) Öffentliche Auftraggeber schließen ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme aus, wenn sie Kenntnis davon haben, dass ei-

ne Person, deren Verhalten nach Absatz 4 dem Unternehmen zuzurechnen ist, rechtskräftig verurteilt worden ist nach:

1. § 129 des Strafgesetzbuchs (Bildung krimineller Vereinigungen), § 129a des Strafgesetzbuchs (Bildung terroristischer Vereinigungen) oder § 129b des Strafgesetzbuchs (kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland),

2. § 89a Absatz 1 des Strafgesetzbuchs (Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat) in den Fällen des § 89a Absatz 2 Nummer 4 des Strafgesetzbuchs oder wegen der Teilnahme an einer solchen Tat oder wegen der Bereitstellung oder Sammlung finanzieller Mittel in Kenntnis dessen, dass diese finanziellen Mittel ganz oder teilweise dazu verwendet werden oder verwendet werden sollen, eine Tat nach § 89a Absatz 2 Nummer 2 des Strafgesetzbuchs zu begehen,

3. § 261 des Strafgesetzbuchs (Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte),

4. § 263 des Strafgesetzbuchs (Betrug), soweit sich die Straftat gegen den Haushalt der Europäischen Union oder gegen Haushalte richtet, die von der Europäischen Union oder in ihrem Auftrag verwaltet werden,

5. § 264 des Strafgesetzbuchs (Subventionsbetrug), soweit sich die Straftat gegen den Haushalt der Europäischen Union oder gegen Haushalte richtet, die von der Europäischen Union oder in ihrem Auftrag verwaltet werden,

6. § 299 des Strafgesetzbuchs (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr),

7. § 108e des Strafgesetzbuchs (Abgeordnetenbestechung),

8. §§ 333 und 334 des Strafgesetzbuchs (Vorteilsgewährung und Bestechung), auch in Verbindung mit Artikel 2 des EU-Bestechungsgesetzes, Artikel 2 §§ 1 und 2 des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung, § 1 Absatz 2 Nummer 10 des NATO-Truppen-Schutzgesetzes und § 2 des Gesetzes über das Ruhen der Verfolgungsverjährung und die Gleichstellung der Richter und Bediensteten des Internationalen Strafgerichtshofes,

9. Artikel 2 § 2 des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung (Bestechung ausländischer Abgeordneter im Zusammenhang mit internationalem Geschäftsverkehr),

10. §§ 232 und 233 des Strafgesetzbuchs (Menschenhandel), § 233a des Strafgesetzbuchs (Förderung des Menschenhandels) oder § 236 des Strafgesetzbuchs (Kinderhandel) oder

11. § 370 der Abgabenordnung (Steuerhinterziehung), auch in Verbindung mit § 12 des Gesetzes zur Durchführung der gemeinsamen Marktorganisationen und der Direktzahlungen, soweit sich die Straftat gegen den Haushalt der Europäischen Gemeinschaften oder gegen Haushalte richtet, die von den Europäischen Gemeinschaften oder in deren Auftrag verwaltet werden.

(2) Einer Verurteilung nach diesen Vorschriften steht eine Verurteilung nach vergleichbaren Vorschriften anderer Staaten gleich.

(3) § 21 des Arbeitnehmerentsendegesetzes, § 98c des Aufenthaltsgesetzes und § 19 des Mindestlohngesetzes bleiben unberührt.

(4) Das Verhalten einer rechtskräftig verurteilten Person ist einem Unternehmen zuzurechnen, wenn diese Person als für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher gehandelt hat; dazu gehört auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung.

(5) Öffentliche Auftraggeber schließen ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren aus, wenn

1. das Unternehmen seinen Verpflichtungen zur Zahlung von Steuern, Abgaben und Beiträgen zur Sozialversicherung nicht nachgekommen ist und dies durch eine rechtskräftige Gerichts- oder bestandskräftige Verwaltungsentscheidung festgestellt wurde, oder

2. die öffentlichen Auftraggeber auf sonstige geeignete Weise die Verletzung einer Verpflichtung nach Nummer 1 nachweisen können.

Satz 1 findet keine Anwendung, wenn das Unternehmen seinen Verpflichtungen dadurch nachgekommen ist, dass es die Zahlung vorgenommen oder sich zur Zahlung der Steuern, Abgaben und Beiträge zur Sozialversicherung einschließlich Zinsen, Säumnis- und Strafzuschlägen verpflichtet hat.

(6) Von einem Ausschluss nach Absatz 1 kann abgesehen werden, wenn dies aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses geboten ist. Von einem Ausschluss nach Absatz 5 kann abgesehen werden, wenn dies aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses geboten ist oder ein Ausschluss offensichtlich unverhältnismäßig wäre. § 125 bleibt unberührt.

§ 124

Fakultative Ausschlussgründe

Öffentliche Auftraggeber können unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn

1. das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat,

2. das Unternehmen zahlungsunfähig ist, über das Vermögen des Unternehmens ein Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares Verfahren beantragt oder eröffnet worden ist, die Eröffnung eines solchen Verfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist, sich das Unternehmen im Verfahren der Liquidation befindet oder seine Tätigkeit eingestellt hat,

3. das Unternehmen oder eine Person, die nach § 123 Absatz 4 für das Unternehmen verantwortlich handelt, im Rahmen der beruflichen Tätigkeit nachweislich eine schwere Verfehlung begangen hat, durch die die Integrität des Unternehmens infrage gestellt wird,

4. der öffentliche Auftraggeber über hinreichende Anhaltspunkte dafür verfügt, dass das Unternehmen Vereinbarungen mit anderen Unternehmen getroffen hat, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken,

5. ein Interessenkonflikt bei der Durchführung des Vergabeverfahrens besteht, der die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit einer für den öffentlichen Auftraggeber

tätigen Person bei der Durchführung des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte und der durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen nicht wirksam beseitigt werden kann,

6. eine Wettbewerbsverzerrung daraus resultiert, dass das Unternehmen bereits in die Vorbereitung des Vergabeverfahrens einbezogen war, und diese Wettbewerbsverzerrung nicht durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen beseitigt werden kann,

7. das Unternehmen eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags oder Konzessionsvertrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Sanktion geführt hat,

8. das Unternehmen in Bezug auf Ausschlussgründe oder Eignungskriterien eine schwerwiegende Täuschung begangen, Auskünfte zurückgehalten oder erforderliche Nachweise nicht übermittelt hat oder

9. das Unternehmen versucht hat,

   a) die Entscheidungsfindung des öffentlichen Auftraggebers in unzulässiger Weise zu beeinflussen,

   b) vertrauliche Informationen zu erhalten, durch die es unzulässige Vorteile beim Vergabeverfahren erlangen könnte, oder

   c) irreführende Informationen zu übermitteln, die die Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers erheblich beeinflussen könnten.

§ 125

Selbstreinigung

(1) Öffentliche Auftraggeber schließen ein Unternehmen, bei dem ein Ausschlussgrund nach § 123 oder § 124 vorliegt, nicht von der Teilnahme an dem Vergabeverfahren aus, wenn das Unternehmen nachgewiesen hat, dass es

1. für jeden durch eine Straftat oder ein Fehlverhalten verursachten Schaden einen Ausgleich gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet hat,

2. die Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zusammenhang stehen, durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber umfassend geklärt hat und

3. konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, weitere Straftaten oder weiteres Fehlverhalten zu vermeiden.

§ 123 Absatz 5 Satz 2 bleibt unberührt.

(2) Öffentliche Auftraggeber bewerten die von dem Unternehmen ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen im Hinblick auf ihre Bedeutung für den zu vergebenden öffentlichen Auftrag; dabei berücksichtigen sie die Schwere und die besonderen Umstände der Straftat oder des Fehlverhaltens. Erachten die öffentlichen Auftraggeber die Selbstreinigungsmaßnahmen des Unternehmens als unzureichend, so begründen sie diese Entscheidung gegenüber dem Unternehmen.

§ 126

Höchstdauer eines Ausschlusses

Wenn ein Unternehmen, bei dem ein Ausschlussgrund vorliegt, keine oder keine ausreichenden Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 ergreift, darf es

1. bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes nach § 123 höchstens für einen Zeitraum von fünf Jahren ab dem Tag der rechtskräftigen Verurteilung von der Teilnahme an Vergabeverfahren ausgeschlossen werden,

2. bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes nach § 124 höchstens für einen Zeitraum von drei Jahren ab dem betreffenden Ereignis von der Teilnahme an Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

§ 127

Zuschlag

(1) Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.

(2) Verbindliche Vorschriften zur Preisgestaltung sind bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots zu beachten.

(3) Die Zuschlagskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Diese Verbindung ist auch dann anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, den Handel mit der Leistung oder ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.

(4) Die Zuschlagskriterien müssen so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.

(5) Die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung müssen in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufgeführt werden.

§ 128

Auftragsausführung

(1) Unternehmen haben bei der Ausführung des öffentlichen Auftrags alle für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten, insbesondere Steuern, Abgaben und Beiträge zur Sozialversicherung zu entrichten, die arbeitsschutzrechtlichen Regelungen einzuhalten und den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wenigstens diejenigen Mindestarbeitsbedingungen einschließlich des Mindestentgelts zu gewähren, die nach dem Mindestlohngesetz, einem nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz oder nach dem Tarifvertragsgesetz für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag

oder einer nach § 7, § 7a oder § 11 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes oder einer nach § 3a des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes erlassenen Rechtsverordnung für die betreffende Leistung verbindlich vorgegeben werden.

(2) Öffentliche Auftraggeber können darüber hinaus besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags (Ausführungsbedingungen) festlegen, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Die Ausführungsbedingungen müssen sich aus der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ergeben. Sie können wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange umfassen.

§ 129

Zwingend zu berücksichtigende Ausführungsbedingungen

Ausführungsbedingungen, die der öffentliche Auftraggeber dem beauftragten Unternehmen verbindlich vorzugeben hat, dürfen nur aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes festgelegt werden.

§ 130

Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen

Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne des Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG stehen öffentlichen Auftraggebern das offene Verfahren und das nichtoffene Verfahren, das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, der wettbewerbliche Dialog und die Innovationspartnerschaft nach ihrer Wahl zur Verfügung. Ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb steht nur zur Verfügung, soweit dies auf Grund dieses Gesetzes gestattet ist.

§ 131

Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Personenverkehrsleistungen im Eisenbahnverkehr

(1) Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen, deren Gegenstand Personenverkehrsleistungen im Eisenbahnverkehr sind, stehen öffentlichen Auftraggebern das offene und das nichtoffene Verfahren, das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, der wettbewerbliche Dialog und die Innovationspartnerschaft nach ihrer Wahl zur Verfügung. Ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb steht nur zur Verfügung, soweit dies auf Grund dieses Gesetzes gestattet ist.

(2) Anstelle von § 108 Absatz 1 ist Artikel 5 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 anzuwenden. Artikel 5 Absatz 5 und Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bleiben unberührt.

(3) Öffentliche Auftraggeber, die öffentliche Aufträge im Sinne von Absatz 1 vergeben, können gemäß Artikel 4 Absatz 5 der Verordnung (EG) Nummer 1370/2007 verlangen, dass bei einem Wechsel des Betreibers der Personenverkehrsleistung der

ausgewählte Betreiber die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des bisherigen Betreibers zu den Arbeitsbedingungen übernimmt, die diesen von dem bisherigen Betreiber gewährt wurden.

§ 132

Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit

(1) Wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit erfordern ein neues Vergabeverfahren. Wesentlich sind Änderungen, die dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet. Eine wesentliche Änderung liegt insbesondere vor, wenn

1. mit der Änderung Bedingungen eingeführt werden, die, wenn sie für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten hätten,

   a) die Zulassung anderer Bewerber oder Bieter ermöglicht hätten,

   b) die Annahme eines anderen Angebots ermöglicht hätten oder

   c) das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätten,

2. mit der Änderung das wirtschaftliche Gleichgewicht des öffentlichen Auftrags zugunsten des Auftragnehmers in einer Weise verschoben wird, die im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehen war,

3. mit der Änderung der Umfang des öffentlichen Auftrags erheblich ausgeweitet wird oder

4. ein neuer Auftragnehmer den Auftragnehmer in anderen als den in Absatz 2 Nummer 4 vorgesehenen Fällen ersetzt,

(2) Unbeschadet von Absatz 1 ist die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, wenn

1. in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klare, genaue und eindeutig formulierte Überprüfungsklauseln oder Optionen vorgesehen sind, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen enthalten, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert,

2. zusätzliche Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen erforderlich geworden sind, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren, und ein Wechsel des Auftragnehmers

   a) aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und

   b) mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den öffentlichen Auftraggeber verbunden wäre,

3. die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert oder

4. ein neuer Auftragnehmer den bisherigen Auftragnehmer ersetzt

a) aufgrund einer Überprüfungsklausel im Sinne von Nummer 1,

b) aufgrund der Tatsache, dass ein anderes Unternehmen, das die ursprünglich festgelegten Anforderungen an die Eignung erfüllt, im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung, wie zum Beispiel durch Übernahme, Zusammenschluss, Erwerb oder Insolvenz, ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt, sofern dies keine weiteren wesentlichen Änderungen im Sinne des Absatzes 1 zur Folge hat, oder

c) aufgrund der Tatsache, dass der öffentliche Auftraggeber selbst die Verpflichtungen des Hauptauftragnehmers gegenüber seinen Unterauftragnehmern übernimmt.

In den Fällen der Nummer 2 und 3 darf der Preis um nicht mehr als 50 Prozent des Werts des ursprünglichen Auftrags erhöht werden. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen des Auftrags gilt diese Beschränkung für den Wert jeder einzelnen Änderung, sofern die Änderungen nicht mit dem Ziel vorgenommen werden, die Vorschriften dieses Teils zu umgehen.

(3) Die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens ist ferner zulässig, solange sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und der Wert der Änderung

1. die jeweiligen Schwellenwerte nach § 106 nicht übersteigt und

2. bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nicht mehr als 10 Prozent und bei Bauaufträgen nicht mehr als 15 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes beträgt.

Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen ist der Gesamtwert der Änderungen maßgeblich.

(4) Enthält der Vertrag eine Indexierungsklausel, wird für die Wertberechnung gemäß Absatz 2 Satz 2 und 3 sowie gemäß Absatz 3 der höhere Preis als Referenzwert herangezogen.

(5) Änderungen nach Absatz 2 Nummer 2 und 3 sind im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen.

§ 133

Kündigung von öffentlichen Aufträgen

Unbeschadet von § 135 können öffentliche Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag während dessen Laufzeit kündigen, wenn

1. eine wesentliche Änderung vorgenommen wurde, die nach § 132 ein neues Vergabeverfahren erfordert hätte,

2. zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung ein zwingender Ausschlussgrund nach § 123 Absatz 1 bis 4 vorlag oder

3. der öffentliche Auftrag aufgrund einer schweren Verletzung der Verpflichtungen, die sich aus dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder den Vorschriften dieses Teils ergeben und der Europäische Gerichtshof in einem Verfahren nach Artikel 258 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen

Union einen entsprechenden Verstoß festgestellt hat, nicht an den Auftragnehmer hätte vergeben werden dürfen.

§ 134

Informations- und Wartepflicht

(1) Öffentliche Auftraggeber haben die betroffenen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich in Textform zu informieren. Dies gilt auch für Bewerber, denen keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt wurde, bevor die Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter ergangen ist. Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information nach den Sätzen 1 und 2 geschlossen werden. Wird die Information per Fax oder auf elektronischem Weg versendet, verkürzt sich die Frist auf 10 Kalendertage. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber; auf den Tag des Zugangs beim betroffenen Bieter und Bewerber kommt es nicht an.

(2) Die Informationspflicht entfällt in Fällen, in denen das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb wegen besonderer Dringlichkeit gerechtfertigt ist. Im Falle verteidigungs- und sicherheitsspezifischer Aufträge können öffentliche Auftraggeber beschließen bestimmte Informationen über die Zuschlagserteilung oder den Abschluss einer Rahmenvereinbarung nicht mitzuteilen, soweit die Offenlegung den Gesetzesvollzug behindern, dem öffentlichen Interesse, insbesondere Verteidigungs- oder Sicherheitsinteressen zuwiderlaufen, berechtigte geschäftliche Interessen öffentlicher oder privater Unternehmen schädigen oder den lauteren Wettbewerb zwischen ihnen beeinträchtigen könnte.

§ 135

Unwirksamkeit

(1) Ein öffentlicher Auftrag ist von Anfang an unwirksam, wenn der öffentliche Auftraggeber

1. gegen § 134 verstoßen hat oder

2. diesen ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben hat, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist

und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist.

(2) Die Unwirksamkeit nach Absatz 1 kann nur festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen nach der Information der betroffenen Bieter und Bewerber durch den öffentlichen Auftraggeber über den Abschluss des Vertrags, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht worden ist. Hat der Auftraggeber die Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht, endet die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit 30 Kalendertage nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union.

(3) Die Unwirksamkeit nach Absatz 1 Nummer 2 tritt nicht ein, wenn der öffentliche Auftraggeber

1. der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union zulässig ist,

2. eine Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht hat, mit der die Absicht bekundet wird, den Vertrag abzuschließen, und

3. der Vertrag nicht vor Ablauf einer Frist von mindestens 10 Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag nach der Veröffentlichung dieser Bekanntmachung, abgeschlossen wurde.

Die Bekanntmachung nach Nummer 2 muss den Namen und die Kontaktdaten des öffentlichen Auftraggebers, die Beschreibung des Vertragsgegenstands, die Begründung der Entscheidung des Auftraggebers, den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union zu vergeben, und den Namen und die Kontaktdaten des Unternehmens, das den Zuschlag erhalten soll, umfassen.

Abschnitt 3

Vergabe von öffentlichen Aufträgen in besonderen Bereichen und von Konzessionen

Unterabschnitt 1

Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber

§ 136

Anwendungsbereich

Dieser Unterabschnitt findet Anwendung auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen zum Zweck der Ausübung einer Sektorentätigkeit durch Sektorenauftraggeber.

§ 137

Besondere Ausnahmen

Dieser Teil kommt nicht zur Anwendung bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber zum Zweck der Ausübung einer Sektorentätigkeit, die Folgendes zum Gegenstand haben:

1. Rechtsdienstleistungen im Sinne des § 116 Nummer 1,

2. Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen im Sinne des § 116 Nummer 2,

3. Ausstrahlungszeit oder Bereitstellung von Sendungen, die an Anbieter von audiovisuellen Mediendiensten oder Hörfunkmediendiensten vergeben werden,

4. Finanzielle Dienstleistungen im Sinne des § 116 Nummer 4,

5. Kredite und Darlehen im Sinne des § 116 Nummer 5 oder

6. Dienstleistungsaufträge im Sinne des § 116 Nummer 6, die aufgrund eines ausschließlichen Rechts vergeben werden.

§ 138

Besondere Ausnahme für die Vergabe an verbundene Unternehmen

(1) Dieser Teil kommt nicht zur Anwendung bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen,

1. die durch einen Sektorenauftraggeber an ein verbundenes Unternehmen vergeben werden oder

2. die von einem Gemeinschaftsunternehmen, das mehrere Sektorenauftraggeber ausschließlich zur Durchführung einer Sektorentätigkeit gebildet haben, an ein Unternehmen vergeben werden, das mit einem dieser Auftraggeber verbunden ist.

(2) Ein verbundenes Unternehmen im Sinne von Absatz 1 Nummer 1 ist jedes Unternehmen,

1. dessen Jahresabschlüsse gemäß den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs mit denen des Auftraggebers konsolidiert werden oder

2. wenn das Unternehmen

   a) mittelbar oder unmittelbar einem beherrschenden Einfluss nach § 100 Absatz 3 des Auftraggebers unterliegen kann,

   b) einen beherrschenden Einfluss nach § 100 Absatz 3 auf den Auftraggeber ausüben kann oder

   c) gemeinsam mit dem Auftraggeber aufgrund der Eigentumsverhältnisse, der finanziellen Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden Bestimmungen dem beherrschenden Einfluss nach § 100 Absatz 3 eines anderen Unternehmens unterliegt.

(3) Absatz 1 gilt für Liefer-, Dienstleistungs- oder Bauaufträge, sofern unter Berücksichtigung der jeweiligen Liefer-, Dienst- oder Bauleistungen, die von dem verbundenen Unternehmen während der letzten drei Jahre erbracht wurden, mindestens 80 Prozent des insgesamt erzielten durchschnittlichen Umsatzes dieses Unternehmens aus der Erbringung der jeweiligen Liefer-, Dienst- oder Bauleistung für den Auftraggeber oder andere mit ihm verbundene Unternehmen stammen.

(4) Werden gleiche oder gleichartige Liefer-, Dienst- oder Bauleistungen von mehr als einem mit dem Auftraggeber verbundenen und mit ihm wirtschaftlich zusammengeschlossenen Unternehmen erbracht, so werden die Prozentsätze unter Berücksichtigung des Gesamtumsatzes errechnet, den diese verbundenen Unternehmen mit der Erbringung der jeweiligen Liefer-, Dienst- oder Bauleistung erzielen.

(5) Liegen für die letzten drei Jahre keine Umsatzzahlen vor, genügt es, wenn das Unternehmen etwa durch Prognosen über die Tätigkeitsentwicklung glaubhaft macht, dass die Erreichung des nach Absatz 3 geforderten Umsatzziels wahrscheinlich ist.

§ 139

Besondere Ausnahme für die Vergaben durch oder an ein Gemeinschaftsunternehmen

(1) Dieser Teil kommt nicht zur Anwendung bei öffentlichen Aufträgen,

1. die ein Gemeinschaftsunternehmen, das mehrere Sektorenauftraggeber ausschließlich zur Durchführung von Sektorentätigkeiten gebildet haben, an einen dieser Auftraggeber vergibt oder

2. die ein Sektorenauftraggeber im Sinne des § 100, der einem Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Nummer 1 angehört, an dieses Gemeinschaftsunternehmen vergibt.

(2) Voraussetzung ist, dass

1. das Gemeinschaftsunternehmen im Sinne des Absatz 1 Nummer 1 gebildet wurde, um die betreffende Sektorentätigkeit während eines Zeitraums von mindestens drei Jahren durchzuführen und

2. in dem Gründungsakt festgelegt wird, dass die das Gemeinschaftsunternehmen bildenden Auftraggeber dem Gemeinschaftsunternehmen mindestens während des gleichen Zeitraums angehören werden.

§ 140

Besondere Ausnahme für unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzte Tätigkeiten

(1) Dieser Teil findet keine Anwendung auf öffentliche Aufträge, die zum Zweck der Ausübung einer Sektorentätigkeit vergeben werden, wenn die Sektorentätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb auf Märkten ausgesetzt ist, die keiner Zugangsbeschränkung unterliegen. Dasselbe gilt für Wettbewerbe, die im Zusammenhang mit der Sektorentätigkeit ausgerichtet werden.

(2) Für Gutachten und Stellungnahmen, die auf Grund der nach § 113 Nummer 8 erlassenen Rechtsverordnung vorgenommen werden, erhebt das Bundeskartellamt Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwands. § 80 Absatz 1 Satz 3 und Absatz 2 Satz 1, Satz 2 Nummer 1, Satz 3 und 4, Absatz 5 Satz 1 sowie Absatz 6 Satz 1 Nummer 2, Satz 2 und 3 gilt entsprechend. Hinsichtlich der Beschwerdemöglichkeit über die Kostenentscheidung gilt § 63 Absatz 1 und Absatz 4 entsprechend.

§ 141

Verfahrensarten

(1) Sektorenauftraggebern stehen das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren und das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach ihrer Wahl zur Verfügung.

(2) Das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, der wettbewerbliche Dialog sowie die Innovationspartnerschaft stehen nur zur Verfügung, soweit dies auf Grund dieses Gesetzes gestattet ist.

(3) Für die Beschaffung von marktüblichen Leistungen, bei denen die allgemein auf dem Markt verfügbaren Merkmale den Anforderungen der Sektorenauftraggeber genügen, können diese auf ein dynamisches Beschaffungssystem zurückgreifen.

§ 142

Sonstige anwendbare Vorschriften

Im Übrigen gelten für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen zum Zweck der Ausübung von Sektorentätigkeiten durch Sektorenauftraggeber die §§ 118 bis 129, § 130 i.V.m. Anhang XVII der Richtlinie 2014/25/EU sowie § 131 bis § 135 mit der Maßgabe entsprechend, dass

1. Sektorenauftraggeber nach § 100 Absatz 1 Nummer 2 ein Unternehmen nach § 123 ausschließen können, aber nicht ausschließen müssen;

2. § 132 Absatz 2 Satz 2 und 3 keine Anwendung findet.

§ 143

Regelung für Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz

(1) Sektorenauftraggeber, die nach dem Bundesberggesetz berechtigt sind, Erdöl, Gas, Kohle oder andere Festbrennstoffe aufzusuchen oder zu gewinnen, müssen bei der Vergabe von Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsaufträgen oberhalb der Schwellenwerte nach § 106 Absatz 2 Nummer 2 zur Durchführung der Aufsuchung oder Gewinnung von Erdöl, Gas, Kohle oder anderen Festbrennstoffen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung und der wettbewerbsorientierten Auftragsvergabe beachten. Insbesondere müssen sie Unternehmen, die ein Interesse an einem solchen Auftrag haben können, ausreichend informieren und bei der Auftragsvergabe objektive Kriterien zugrunde legen. Dies gilt nicht für die Vergabe von Aufträgen, deren Gegenstand die Beschaffung von Energie oder Brennstoffen zur Energieerzeugung ist.

(2) Die Auftraggeber nach Absatz 1 erteilen der Europäischen Kommission über das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie Auskunft über die Vergabe der unter diese Vorschrift fallenden Aufträge nach Maßgabe der Entscheidung 93/327/EWG der Kommission vom 13. Mai 1993 zur Festlegung der Voraussetzungen, unter denen die öffentlichen Auftraggeber, die geographisch abgegrenzte Gebiete zum Zwecke der Aufsuchung oder Förderung von Erdöl, Gas, Kohle oder anderen Festbrennstoffen nutzen, der Kommission Auskunft über die von ihnen vergebenen Aufträge zu erteilen haben (ABl. EG Nr. L 129 S. 25). Sie können über das Verfahren gemäß der Rechtsverordnung nach § 113 Nummer 8 unter den dort geregelten Voraussetzungen eine Befreiung von der Pflicht zur Anwendung dieser Bestimmung erreichen.

Unterabschnitt 2

Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen

§ 144

Anwendungsbereich

Dieser Unterabschnitt findet Anwendung auf die Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber.

§ 145

Besondere Ausnahmen für verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge

Dieser Teil kommt nicht zur Anwendung bei der Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen, die

1. den Zwecken nachrichtendienstlicher Tätigkeiten dienen,

2. im Rahmen eines Kooperationsprogramms vergeben werden, das

   a) auf Forschung und Entwicklung beruht und

   b) mit mindestens einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union für die Entwicklung eines neuen Produkts und gegebenenfalls die späteren Phasen des gesamten oder eines Teils des Lebenszyklus dieses Produkts durchgeführt wird,

   Beim Abschluss eines solchen Abkommens teilt die Europäischen Kommission den Anteil der Forschungs- und Entwicklungsausgaben an den Gesamtkosten des Programms, die Vereinbarung über die Kostenteilung und gegebenenfalls den geplanten Anteil der Beschaffungen je Mitgliedstaat mit,

3. in einem Land außerhalb der Europäischen Union vergeben werden; zu diesen Aufträgen gehören auch zivile Beschaffungen im Rahmen des Einsatzes von Streitkräften oder von Polizeien des Bundes oder der Länder außerhalb des Gebiets der Europäischen Union, wenn der Einsatz es erfordert, dass im Einsatzgebiet ansässige Unternehmen beauftragt werden. Zivile Beschaffungen sind Beschaffungen nicht militärischer Produkte und Bau- oder Dienstleistungen für logistische Zwecke,

4. die Bundesregierung, eine Landesregierung oder eine Gebietskörperschaft an eine andere Regierung oder an eine Gebietskörperschaft eines anderen Staates vergibt und die Folgendes zum Gegenstand haben:

   a) die Lieferung von Militärausrüstung im Sinne des § 104 Absatz 2 oder die Lieferung von Ausrüstung, die im Rahmen eines Verschlusssachenauftrags im Sinne des § 104 Absatz 3 vergeben wird,

   b) Bau- und Dienstleistungen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dieser Ausrüstung stehen,

c) Bau- und Dienstleistungen speziell für militärische Zwecke oder

d) Bau- und Dienstleistungen, die im Rahmen eines Verschlusssachenauftrags im Sinne des § 104 Absatz 3 vergeben werden,

5. Finanzdienstleistungen mit Ausnahme von Versicherungsdienstleistungen zum Gegenstand haben,

6. Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen zum Gegenstand haben, es sei denn ihre Ergebnisse werden ausschließlich Eigentum des Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeit und die Dienstleistung wird vollständig durch den Auftraggeber vergütet oder

7. besonderen Verfahrensregeln unterliegen,

a) die sich aus einem internationalen Abkommen oder einer internationalen Vereinbarung ergeben, das oder die zwischen einem oder mehreren Mitgliedstaaten und einem oder mehreren Drittstaaten, die nicht Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind, geschlossenen wurde,

b) die sich aus einem internationalen Abkommen oder einer internationalen Vereinbarung im Zusammenhang mit der Stationierung von Truppen ergeben, das oder die Unternehmen eines Mitgliedstaats oder eines Drittstaates betrifft, oder

c) die für eine internationale Organisation gelten, wenn diese für ihre Zwecke Beschaffungen tätigt oder wenn ein Mitgliedstaat öffentliche Aufträge nach diesen Regeln vergeben muss.

§ 146

Verfahrensarten

Bei der Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen stehen öffentlichen Auftraggebern und Sektorenauftraggebern das nicht offene Verfahren und das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach ihrer Wahl zur Verfügung. Das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb und der wettbewerbliche Dialog stehen nur zur Verfügung, soweit dies aufgrund dieses Gesetzes gestattet ist.

§ 147

Sonstige anwendbare Vorschriften

Im Übrigen gelten für die Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen die §§ 119 bis 123, § 124 Nummer 2, 3 und 8, §§ 125 bis 135 mit Ausnahme der §§ 132 und 133 mit der Maßgabe entsprechend, dass ein Unternehmen gemäß

1. §123 Absatz 1 Nummer 10 und 11 sowie nach § 123 Absatz 5 ausgeschlossen werden kann, aber nicht ausgeschlossen werden muss und

2. § 124 auch dann von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann, wenn das Unternehmen nicht die erforderliche Vertrauenswür-

digkeit aufweist, um Risiken für die nationale Sicherheit auszuschließen; der Nachweis kann auch mit Hilfe geschützter Datenquellen erfolgen.

Unterabschnitt 3

Vergabe von Konzessionen

§ 148

Anwendungsbereich

Dieser Unterabschnitt findet Anwendung auf die Vergabe von Konzessionen durch Konzessionsauftraggeber.

§ 149

Besondere Ausnahmen

Dieser Teil kommt nicht zur Anwendung auf die Vergabe von:

1. Konzessionen zu Rechtsdienstleistungen im Sinne des § 116 Nummer 1,

2. Konzessionen zu Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen im Sinne des § 116 Nummer 2,

3. Konzessionen zu audiovisuellen Mediendiensten oder Hörfunkmediendiensten im Sinne des § 116 Nummer 3,

4. Konzessionen zu finanziellen Dienstleistungen im Sinne des § 116 Nummer 4,

5. Konzessionen zu Krediten und Darlehen im Sinne des § 116 Nummer 5,

6. Dienstleistungskonzessionen, die an einen Konzessionsauftraggeber nach § 101 Absatz 1 Nummer 1 oder § 101 Absatz 1 Nummer 2 aufgrund eines auf Gesetz oder Verordnung beruhenden ausschließlichen Rechts vergeben werden,

7. Dienstleistungskonzessionen, die an ein Unternehmen aufgrund eines ausschließlichen Rechts vergeben werden, das diesem im Einklang mit den nationalen und unionsrechtlichen Rechtsvorschriften über den Marktzugang für Tätigkeiten nach § 102 Absatz 1 Nummer 2 bis 6 gewährt wurde; ausgenommen hiervon sind Dienstleistungskonzessionen für Tätigkeiten, für die die Unionsvorschriften keine branchenspezifischen Transparenzverpflichtungen vorsehen; Auftraggeber, die einem Unternehmen ein ausschließliches Recht im Sinne dieser Vorschrift gewähren, setzen die Europäische Kommission hierüber binnen einen Monats nach Gewährung dieses Rechts in Kenntnis,

8. Konzessionen zur elektronischen Kommunikation, die hauptsächlich dazu dienen, dem öffentlichen Auftraggeber die Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze im Sinne des § 3 Nummer 16a, 27 Telekommunikationsgesetz oder die Bereitstellung eines oder mehrerer elektronischer Kommunikationsdienste im Sinne des § 3 Nummer 17 a, 24 Telekommunikationsgesetz für die Öffentlichkeit zu ermöglichen,

9. Konzessionen im Wasserbereich, die

   a) die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, dem Transport oder der Verteilung von Trinkwasser oder die Einspeisung von Trinkwasser in diese Netze betreffen oder

   b) einen der nachfolgend aufgeführten Gegenstände haben und mit einer Tätigkeit nach Buchstabe a im Zusammenhang stehen:

      aa) Wasserbauvorhaben sowie Bewässerungs- und Entwässerungsvorhaben, sofern die zur Trinkwasserversorgung bestimmte Wassermenge mehr als 20 Prozent der mit den entsprechenden Vorhaben beziehungsweise Bewässerungs- oder Entwässerungsanlagen zur Verfügung gestellten Gesamtwassermenge ausmachen oder

      bb) Abwasserbeseitigung oder -behandlung,

10. Dienstleistungskonzessionen zu Lotteriedienstleistungen, die unter die CPV-Nummer 92351100-7 fallen, und die einem Unternehmen auf der Grundlage eines ausschließlichen Rechts gewährt werden,

11. Konzessionen, die Konzessionsauftraggeber im Sinne des § 100 Absatz 1 Nummer 2 und Nummer 3 zur Durchführung ihrer Tätigkeiten in einem nicht der Europäischen Union angehörenden Staat in einer Weise vergeben, die nicht mit der physischen Nutzung eines Netzes oder geografischen Gebiets in der Union verbunden ist oder

12. Konzessionen, die im Bereich der Luftverkehrsdienste auf der Grundlage der Erteilung einer Betriebsgenehmigung im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates[2] vergeben werden, oder von Konzessionen, die die Beförderung von Personen im Sinne des § 1 des Personenbeförderungsgesetzes betreffen.

§ 150

Besondere Ausnahmen für die Vergabe von Konzessionen im Bereich Verteidigung und Sicherheit

Dieser Teil findet keine Anwendung auf die Vergabe von Konzessionen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit,

1. bei denen die Anwendung der Vorschriften dieses Teils den Konzessionsauftraggeber verpflichten würde, Auskünfte zu erteilen, deren Preisgabe seines Erachtens den wesentlichen Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland zuwiderläuft, oder wenn die Vergabe und Durchführung der Konzession als geheim zu erklären sind oder von besonderen Sicherheitsmaßnahmen gemäß den geltenden Rechts- oder Verwaltungsvorschriften begleitet sein müssen, sofern der Konzessionsauftraggeber festgestellt hat, dass die betreffenden wesentlichen Interessen nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen gewahrt werden können, wie beispielsweise durch Anforderungen, die auf den Schutz der Vertraulichkeit der Informationen abzielen, die Konzessionsauftraggeber im Rahmen eines Konzessionsvergabeverfahrens zur Verfügung stellen,

---

[2] Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft (Neufassung) (ABl. L 293 vom 31.10.2008, S. 3).

2. die im Rahmen eines Kooperationsprogramms vergeben werden, das

   a) auf Forschung und Entwicklung beruht und

   b) mit mindestens einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union für die Entwicklung eines neuen Produkts und gegebenenfalls die späteren Phasen des gesamten oder eines Teils des Lebenszyklus dieses Produkts durchgeführt wird,

3. die die Bundesregierung an eine andere Regierung für in unmittelbarem Zusammenhang mit Militärausrüstung oder sensibler Ausrüstung stehende Bau- und Dienstleistungen oder für Bau- und Dienstleistungen speziell für militärische Zwecke oder für sensible Bau- und Dienstleistungen vergibt,

4. die in einem Drittstaat, der nicht Vertragspartei des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum ist, im Rahmen des Einsatzes von Truppen außerhalb des Gebiets der Union vergeben werden, wenn der Einsatz erfordert, dass diese Konzessionen an im Einsatzgebiet ansässige Unternehmen vergeben werden,

5. die durch andere Ausnahmevorschriften dieses Teils erfasst werden,

6. die nicht bereits gemäß Nummern 1 bis 5 ausgeschlossen sind, wenn der Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen garantiert werden kann, wie beispielsweise durch Anforderungen, die auf den Schutz der Vertraulichkeit der Informationen abzielen, die Konzessionsauftraggeber im Rahmen eines Konzessionsvergabeverfahrens zur Verfügung stellen oder

7. die besonderen Verfahrensregeln unterliegen,

   a) die sich aus einem internationalen Abkommen oder einer internationalen Vereinbarung ergeben, das oder die zwischen einem oder mehreren Mitgliedstaaten der Europäischen Union und einem oder mehreren Drittstaaten, die nicht Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind, geschlossenen wurde,

   b) die sich aus einem internationalen Abkommen oder einer internationalen Vereinbarung im Zusammenhang mit der Stationierung von Truppen ergeben, das oder die Unternehmen eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines Drittstaates betrifft, oder

   c) die für eine internationale Organisation gelten, wenn diese für ihre Zwecke Beschaffungen tätigt oder wenn ein Mitgliedstaat der Europäischen Union Aufträge nach diesen Regeln vergeben muss.

§ 151

Verfahren

Konzessionsauftraggeber veröffentlichen die Absicht, eine Konzession zu vergeben. Auf die Veröffentlichung der Konzessionsvergabeabsicht darf nur verzichtet werden, soweit dies aufgrund dieses Gesetzes zulässig ist. Im Übrigen dürfen Konzessionsauftraggeber das Verfahren zur Vergabe von Konzessionen frei ausgestalten.

§ 152

Anforderungen im Konzessionsvergabeverfahren

(1) Zur Leistungsbeschreibung findet § 121 entsprechend Anwendung.

(2) Konzessionen werden an geeignete Unternehmen im Sinne des § 122 vergeben.

(3) Der Zuschlag wird auf der Grundlage objektiver Kriterien erteilt, die sicherstellen, dass die Angebote unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden, so dass ein wirtschaftlicher Gesamtvorteil für den Konzessionsauftraggeber ermittelt werden kann. Die Zuschlagskriterien müssen mit dem Konzessionsgegenstand in Verbindung stehen und dürfen dem Konzessionsauftraggeber keine uneingeschränkte Wahlfreiheit einräumen. Sie können qualitative, umweltbezogene oder soziale Belange umfassen. Die Zuschlagskriterien müssen mit einer Beschreibung einhergehen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten, damit bewertet werden kann, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.

(4) Die Vorschriften zu den Ausführungsbedingungen nach §§ 128, 129 finden entsprechende Anwendung.

§ 153

Vergabe von Konzessionen über soziale und andere besondere Dienstleistungen

Konzessionsauftraggeber geben ihre Absicht zur Vergabe von Konzessionen, die soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne des Anhangs IV der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe betreffen, durch Veröffentlichung einer Vorinformation bekannt. § 152 kommt nicht zur Anwendung.

§ 154

Sonstige anwendbare Vorschriften

Im Übrigen sind für die Vergabe von Konzessionen folgende Vorschriften entsprechend anwendbar:

1. § 118 hinsichtlich vorbehaltener Konzessionen,

2. § 123 bis § 126 mit der Maßgabe, dass

   a) Konzessionsauftraggeber nach § 101 Absatz 1 Nummer 3 ein Unternehmen unter den Voraussetzungen des § 123 ausschließen können, aber nicht ausschließen müssen;

   b) Konzessionsauftraggeber im Falle einer Konzession in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen können, wenn das Unternehmen nicht die erforderliche Vertrauenswürdigkeit aufweist, um Risiken für die nationale Sicherheit auszuschließen; der Nachweis kann auch mit Hilfe geschützter Datenquellen erfolgen;

3. § 131 Absatz 3 und § 132 mit der Maßgabe, dass

   a) § 132 Absatz 2 Satz 2 und 3 für die Vergabe von Konzessionen, die Tätigkeiten nach § 102 Absatz 1 Nummer 2 bis 6 betreffen, keine Anwendung findet und

   b) die Obergrenze des § 132 Absatz 3 Nummer 2 für Bau- und Dienstleistungskonzessionen einheitlich 10 Prozent des Wertes der ursprünglichen Konzession beträgt,

4. §§ 133 bis 135,

5. § 138 hinsichtlich der Vergabe von Konzessionen durch Konzessionsauftraggeber im Sinne des § 101 Absatz 1 Nummer 2 und 3 an verbundene Unternehmen,

6. § 139 hinsichtlich der Vergabe von Konzessionen durch Konzessionsauftraggeber im Sinne des § 101 Absatz 1 Nummer 2 und 3 an ein Gemeinschaftsunternehmen oder durch Gemeinschaftsunternehmen an einen Konzessionsauftraggeber im Sinne des § 101 Absatz 1 Nummer 2 und 3 und

7. § 140 hinsichtlich der Vergabe von Konzessionen durch Konzessionsauftraggeber im Sinne des § 101 Absatz 1 Nummer 2 und 3 für unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzte Tätigkeiten.

Kapitel 2

Nachprüfungsverfahren

Abschnitt 1

Nachprüfungsbehörden

§ 155

Grundsatz

Unbeschadet der Prüfungsmöglichkeiten von Aufsichtsbehörden unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen der Nachprüfung durch die Vergabekammern.

§ 156

Vergabekammern

(1) Die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen nehmen die Vergabekammern des Bundes für die dem Bund zuzurechnenden öffentlichen Aufträge und Konzessionen, die Vergabekammern der Länder für die diesen zuzurechnenden öffentlichen Aufträge und Konzessionen wahr.

(2) Rechte aus § 97 Absatz 6 sowie sonstige Ansprüche gegen Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfah-

ren gerichtet sind, können nur vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht geltend gemacht werden.

(3) Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen und die Befugnisse der Kartellbehörden zur Verfolgung von Verstößen insbesondere gegen §§ 19 und 20 bleiben unberührt.

§ 157

Besetzung, Unabhängigkeit

(1) Die Vergabekammern üben ihre Tätigkeit im Rahmen der Gesetze unabhängig und in eigener Verantwortung aus.

(2) Die Vergabekammern entscheiden in der Besetzung mit einem Vorsitzenden und zwei Beisitzern, von denen einer ein ehrenamtlicher Beisitzer ist. Der Vorsitzende und der hauptamtliche Beisitzer müssen Beamte auf Lebenszeit mit der Befähigung zum höheren Verwaltungsdienst oder vergleichbar fachkundige Angestellte sein. Der Vorsitzende oder der hauptamtliche Beisitzer müssen die Befähigung zum Richteramt haben; in der Regel soll dies der Vorsitzende sein. Die Beisitzer sollen über gründliche Kenntnisse des Vergabewesens, die ehrenamtlichen Beisitzer auch über mehrjährige praktische Erfahrungen auf dem Gebiet des Vergabewesens verfügen. Bei der Überprüfung der Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Aufträgen im Sinne des § 104 können die Vergabekammern abweichend von Satz 1 auch in der Besetzung mit einem Vorsitzenden und zwei hauptamtlichen Beisitzern entscheiden.

(3) Die Kammer kann das Verfahren dem Vorsitzenden oder dem hauptamtlichen Beisitzer ohne mündliche Verhandlung durch unanfechtbaren Beschluss zur alleinigen Entscheidung übertragen. Diese Übertragung ist nur möglich, sofern die Sache keine wesentlichen Schwierigkeiten in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht aufweist und die Entscheidung nicht von grundsätzlicher Bedeutung sein wird.

(4) Die Mitglieder der Kammer werden für eine Amtszeit von fünf Jahren bestellt. Sie entscheiden unabhängig und sind nur dem Gesetz unterworfen.

§ 158

Einrichtung, Organisation

(1) Der Bund richtet die erforderliche Anzahl von Vergabekammern beim Bundeskartellamt ein. Einrichtung und Besetzung der Vergabekammern sowie die Geschäftsverteilung bestimmt der Präsident des Bundeskartellamts. Ehrenamtliche Beisitzer und deren Stellvertreter ernennt er auf Vorschlag der Spitzenorganisationen der öffentlich-rechtlichen Kammern. Der Präsident des Bundeskartellamts erlässt nach Genehmigung durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie eine Geschäftsordnung und veröffentlicht diese im Bundesanzeiger.

(2) Die Einrichtung, Organisation und Besetzung der in diesem Abschnitt genannten Stellen (Nachprüfungsbehörden) der Länder bestimmen die nach Landesrecht zuständigen Stellen, mangels einer solchen Bestimmung die Landesregierung, die die Ermächtigung weiter übertragen kann. Die Länder können gemeinsame Nachprüfungsbehörden einrichten.

§ 159

Abgrenzung der Zuständigkeit der Vergabekammern

(1) Die Vergabekammer des Bundes ist zuständig für die Nachprüfung der Vergabeverfahren

1. des Bundes;

2. von öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 99 Nummer 2, Sektorenauftraggebern im Sinne des § 100 Absatz 1 Nummer 1 in Verbindung mit § 99 Nummer 2 oder Konzessionsauftraggebern im Sinne des § 101 Absatz 1 Nummer 1 in Verbindung mit § 99 Nummer 2, sofern der Bund die Beteiligung überwiegend verwaltet oder die sonstige Finanzierung überwiegend gewährt hat oder über die Leitung überwiegend die Aufsicht ausübt oder die Mitglieder des zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organs überwiegend bestimmt hat, es sei denn, die an dem Auftraggeber Beteiligten haben sich auf die Zuständigkeit einer anderen Vergabekammer geeinigt;

3. von Sektorenauftraggebern im Sinne des § 100 Absatz 1 Nummer 2 und Konzessionsauftraggebern im Sinne des § 101 Absatz 1 Nummer 3, sofern der Bund auf sie einen beherrschenden Einfluss ausübt; ein beherrschender Einfluss liegt vor, wenn der Bund unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Auftraggebers besitzt oder über die Mehrheit der mit den Anteilen des Auftraggebers verbundenen Stimmrechte verfügt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Auftraggebers bestellen kann;

4. von Auftraggebern im Sinne des § 99 Nummer 4, sofern der Bund die Mittel überwiegend bewilligt hat;

5. die im Rahmen der Organleihe für den Bund durchgeführt werden;

6. in Fällen, in denen sowohl die Vergabekammer des Bundes als auch eine oder mehrere Vergabekammern der Länder zuständig sind.

(2) Wird das Vergabeverfahren von einem Land im Rahmen der Auftragsverwaltung für den Bund durchgeführt, ist die Vergabekammer dieses Landes zuständig. Ist in entsprechender Anwendung des Absatzes 1 Nummer 2 bis 5 ein Auftraggeber einem Land zuzuordnen, ist die Vergabekammer des jeweiligen Landes zuständig.

(3) In allen anderen Fällen wird die Zuständigkeit der Vergabekammern nach dem Sitz des Auftraggebers bestimmt. Bei länderübergreifenden Beschaffungen benennen die Auftraggeber in der Vergabebekanntmachung nur eine zuständige Vergabekammer.

Abschnitt 2

Verfahren vor der Vergabekammer

§ 160

Einleitung, Antrag

(1) Die Vergabekammer leitet ein Nachprüfungsverfahren nur auf Antrag ein.

(2) Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag oder der Konzession hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Absatz 6 durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(3) Der Antrag ist unzulässig, soweit

1. der Antragsteller den geltend gemachten Verstoß gegen Vergabevorschriften vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht gerügt hat,

2. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden,

3. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden,

4. mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind.

Satz 1 gilt nicht bei einem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrags nach § 135 Absatz 1 Nummer 2. § 134 Absatz 1 Satz 2 bleibt unberührt.

§ 161

Form

(1) Der Antrag ist schriftlich bei der Vergabekammer einzureichen und unverzüglich zu begründen. Er soll ein bestimmtes Begehren enthalten. Ein Antragsteller ohne Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt, Sitz oder Geschäftsleitung im Geltungsbereich dieses Gesetzes hat einen Empfangsbevollmächtigten im Geltungsbereich dieses Gesetzes zu benennen.

(2) Die Begründung muss die Bezeichnung des Antragsgegners, eine Beschreibung der behaupteten Rechtsverletzung mit Sachverhaltsdarstellung und die Bezeichnung der verfügbaren Beweismittel enthalten sowie darlegen, dass die Rüge gegenüber dem Auftraggeber erfolgt ist; sie soll, soweit bekannt, die sonstigen Beteiligten benennen.

§ 162

Verfahrensbeteiligte, Beiladung

Verfahrensbeteiligte sind der Antragsteller, der Auftraggeber und die Unternehmen, deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden und die deswegen von der Vergabekammer beigeladen worden sind. Die Entscheidung über die Beiladung ist unanfechtbar.

§ 163

Untersuchungsgrundsatz

(1) Die Vergabekammer erforscht den Sachverhalt von Amts wegen. Sie kann sich dabei auf das beschränken, was von den Beteiligten vorgebracht wird oder ihr sonst bekannt sein muss. Zu einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle ist die Vergabekammer nicht verpflichtet. Sie achtet bei ihrer gesamten Tätigkeit darauf, dass der Ablauf des Vergabeverfahrens nicht unangemessen beeinträchtigt wird.

(2) Die Vergabekammer prüft den Antrag darauf, ob er offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist. Dabei berücksichtigt die Vergabekammer auch einen vorsorglich hinterlegten Schriftsatz (Schutzschrift) des Auftraggebers. Sofern der Antrag nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist, übermittelt die Vergabekammer dem Auftraggeber eine Kopie des Antrags und fordert bei ihm die Akten an, die das Vergabeverfahren dokumentieren (Vergabeakten). Der Auftraggeber hat die Vergabeakten der Kammer sofort zur Verfügung zu stellen. Die §§ 57 bis 59 Absatz 1 bis 5 sowie § 61 gelten entsprechend.

§ 164

Aufbewahrung vertraulicher Unterlagen

(1) Die Vergabekammer stellt die Vertraulichkeit von Verschlusssachen und anderen vertraulichen Informationen sicher, die in den von den Parteien übermittelten Unterlagen enthalten sind.

(2) Die Mitglieder der Vergabekammern sind zur Geheimhaltung verpflichtet; die Entscheidungsgründe dürfen Art und Inhalt der geheim gehaltenen Urkunden, Akten, elektronischen Dokumente und Auskünfte nicht erkennen lassen.

§ 165

Akteneinsicht

(1) Die Beteiligten können die Akten bei der Vergabekammer einsehen und sich durch die Geschäftsstelle auf ihre Kosten Ausfertigungen, Auszüge oder Abschriften erteilen lassen.

(2) Die Vergabekammer hat die Einsicht in die Unterlagen zu versagen, soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere des Geheimschutzes oder zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen geboten ist.

(3) Jeder Beteiligte hat mit Übersendung seiner Akten oder Stellungnahmen auf die in Absatz 2 genannten Geheimnisse hinzuweisen und diese in den Unterlagen entsprechend kenntlich zu machen. Erfolgt dies nicht, kann die Vergabekammer von seiner Zustimmung auf Einsicht ausgehen.

(4) Die Versagung der Akteneinsicht kann nur im Zusammenhang mit der sofortigen Beschwerde in der Hauptsache angegriffen werden.

§ 166

Mündliche Verhandlung

(1) Die Vergabekammer entscheidet auf Grund einer mündlichen Verhandlung, die sich auf einen Termin beschränken soll. Alle Beteiligten haben Gelegenheit zur Stellungnahme. Mit Zustimmung der Beteiligten oder bei Unzulässigkeit oder bei offensichtlicher Unbegründetheit des Antrags kann nach Lage der Akten entschieden werden.

(2) Auch wenn die Beteiligten in dem Verhandlungstermin nicht erschienen oder nicht ordnungsgemäß vertreten sind, kann in der Sache verhandelt und entschieden werden.

§ 167

Beschleunigung

(1) Die Vergabekammer trifft und begründet ihre Entscheidung schriftlich innerhalb einer Frist von fünf Wochen ab Eingang des Antrags. Bei besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten kann der Vorsitzende im Ausnahmefall die Frist durch Mitteilung an die Beteiligten um den erforderlichen Zeitraum verlängern. Dieser Zeitraum soll nicht länger als zwei Wochen dauern. Er begründet diese Verfügung schriftlich.

(2) Die Beteiligten haben an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken, wie es einem auf Förderung und raschen Abschluss des Verfahrens bedachten Vorgehen entspricht. Den Beteiligten können Fristen gesetzt werden, nach deren Ablauf weiterer Vortrag unbeachtet bleiben kann.

§ 168

Entscheidung der Vergabekammer

(1) Die Vergabekammer entscheidet, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Sie ist an die Anträge nicht gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken.

(2) Ein wirksam erteilter Zuschlag kann nicht aufgehoben werden. Hat sich das Nachprüfungsverfahren durch Erteilung des Zuschlags, durch Aufhebung oder durch Einstellung des Vergabeverfahrens oder in sonstiger Weise erledigt, stellt die Vergabekammer auf Antrag eines Beteiligten fest, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat. § 167 Absatz 1 gilt in diesem Fall nicht.

(3) Die Entscheidung der Vergabekammer ergeht durch Verwaltungsakt. Die Vollstreckung richtet sich, auch gegen einen Hoheitsträger, nach den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen des Bundes und der Länder. Die §§ 61 und 86a Satz 2 gelten entsprechend.

§ 169

Aussetzung des Vergabeverfahrens

(1) Informiert die Vergabekammer den Auftraggeber in Textform über den Antrag auf Nachprüfung, darf dieser vor einer Entscheidung der Vergabekammer und dem Ablauf der Beschwerdefrist nach § 172 Absatz 1 den Zuschlag nicht erteilen.

(2) Die Vergabekammer kann dem Auftraggeber auf seinen Antrag oder auf Antrag des Unternehmens, das nach § 134 vom Auftraggeber als das Unternehmen benannt ist, das den Zuschlag erhalten soll, gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Bei der Abwägung ist das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers zu berücksichtigen; bei verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Aufträgen im Sinne des § 104 sind zusätzlich besondere Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen zu berücksichtigen. Die Vergabekammer berücksichtigt dabei auch die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den Auftrag oder die Konzession zu erhalten. Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags müssen nicht in jedem Fall Gegenstand der Abwägung sein. Das Beschwerdegericht kann auf Antrag das Verbot des Zuschlags nach Absatz 1 wiederherstellen; § 168 Absatz 2 Satz 1 bleibt unberührt. Wenn die Vergabekammer den Zuschlag nicht gestattet, kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Auftraggebers unter den Voraussetzungen der Sätze 1 bis 4 den sofortigen Zuschlag gestatten. Für das Verfahren vor dem Beschwerdegericht gilt § 176 Absatz 2 Satz 1 und 2 und Absatz 3 entsprechend. Eine sofortige Beschwerde nach § 171 Absatz 1 ist gegen Entscheidungen der Vergabekammer nach diesem Absatz nicht zulässig.

(3) Sind Rechte des Antragstellers aus § 97 Absatz 6 im Vergabeverfahren auf andere Weise als durch den drohenden Zuschlag gefährdet, kann die Kammer auf besonderen Antrag mit weiteren vorläufigen Maßnahmen in das Vergabeverfahren eingreifen. Sie legt dabei den Beurteilungsmaßstab des Absatzes 2 Satz 1 zugrunde. Diese Entscheidung ist nicht selbständig anfechtbar. Die Vergabekammer kann die von ihr getroffenen weiteren vorläufigen Maßnahmen nach den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen des Bundes und der Länder durchsetzen; die Maßnahmen sind sofort vollziehbar. § 86a Satz 2 GWB gilt entsprechend.

(4) Macht der Auftraggeber das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 117 Nummern 1 bis 3 oder § 150 Nummer 1 oder 6 geltend, entfällt das Verbot des Zuschlages nach Absatz 1 fünf Werktage nach Zustellung eines entsprechenden Schriftsatzes an den Antragsteller; die Zustellung ist durch die Vergabekammer unverzüglich nach Eingang des Schriftsatzes vorzunehmen. Auf Antrag kann das Beschwerdegericht das Verbot des Zuschlages wiederherstellen. § 176 Absatz 1 Satz 1, Absatz 2 Satz 1 sowie Absatz 3 und 4 finden entsprechende Anwendung.

§ 170

Ausschluss von abweichendem Landesrecht

Soweit dieser Unterabschnitt Regelungen zum Verwaltungsverfahren enthält, darf hiervon durch Landesrecht nicht abgewichen werden.

Abschnitt 3

Sofortige Beschwerde

§ 171

Zulässigkeit, Zuständigkeit

(1) Gegen Entscheidungen der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu.

(2) Die sofortige Beschwerde ist auch zulässig, wenn die Vergabekammer über einen Antrag auf Nachprüfung nicht innerhalb der Frist des § 167 Absatz 1 entschieden hat; in diesem Fall gilt der Antrag als abgelehnt.

(3) Über die sofortige Beschwerde entscheidet ausschließlich das für den Sitz der Vergabekammer zuständige Oberlandesgericht. Bei den Oberlandesgerichten wird ein Vergabesenat gebildet.

(4) Rechtssachen nach den Absätzen 1 und 2 können von den Landesregierungen durch Rechtsverordnung anderen Oberlandesgerichten oder dem Obersten Landesgericht zugewiesen werden. Die Landesregierungen können die Ermächtigung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen.

§ 172

Frist, Form

(1) Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung, im Fall des § 171 Absatz 2 mit dem Ablauf der Frist beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen.

(2) Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,

2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

(3) Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

(4) Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

§ 173

Wirkung

(1) Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen

nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

(2) Das Gericht lehnt den Antrag nach Absatz 1 Satz 3 ab, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Bei der Abwägung ist das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers zu berücksichtigen; bei verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Aufträgen im Sinne des § 104 sind zusätzlich besondere Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen zu berücksichtigen. Das Gericht berücksichtigt bei seiner Entscheidung auch die Erfolgsaussichten der Beschwerde, die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den öffentlichen Auftrag oder die Konzession zu erhalten, und das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens.

(3) Hat die Vergabekammer dem Antrag auf Nachprüfung durch Untersagung des Zuschlags stattgegeben, so unterbleibt dieser, solange nicht das Beschwerdegericht die Entscheidung der Vergabekammer nach § 176 oder § 178 aufhebt.

§ 174

Beteiligte am Beschwerdeverfahren

An dem Verfahren vor dem Beschwerdegericht beteiligt sind die an dem Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten.

§ 175

Verfahrensvorschriften

(1) Vor dem Beschwerdegericht müssen sich die Beteiligten durch einen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen.

(2) Die §§ 69, 70 Absatz1 bis 3, § 71 Absatz 1 und 6, §§ 71a, 72, 73 mit Ausnahme der Verweisung auf § 227 Absatz 3 der Zivilprozessordnung, die §§ 78, 111 und 113 Absatz 2 Satz 1 finden entsprechende Anwendung.

§ 176

Vorabentscheidung über den Zuschlag

(1) Auf Antrag des Auftraggebers oder auf Antrag des Unternehmens, das nach § 134 vom Auftraggeber als das Unternehmen benannt ist, das den Zuschlag erhalten soll, kann das Gericht den weiteren Fortgang des Vergabeverfahrens und den Zuschlag gestatten, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Bei der Abwägung ist das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers zu berücksichtigen; bei verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Aufträgen im Sinne des § 104 sind zusätzlich besondere Verteidi-

gungs- und Sicherheitsinteressen zu berücksichtigen. Das Gericht berücksichtigt bei seiner Entscheidung auch die Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde, die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den öffentlichen Auftrag oder die Konzession zu erhalten, und das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens.

(2) Der Antrag ist schriftlich zu stellen und gleichzeitig zu begründen. Die zur Begründung des Antrags vorzutragenden Tatsachen sowie der Grund für die Eilbedürftigkeit sind glaubhaft zu machen. Bis zur Entscheidung über den Antrag kann das Verfahren über die Beschwerde ausgesetzt werden.

(3) Die Entscheidung ist unverzüglich längstens innerhalb von fünf Wochen nach Eingang des Antrags zu treffen und zu begründen; bei besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten kann der Vorsitzende im Ausnahmefall die Frist durch begründete Mitteilung an die Beteiligten um den erforderlichen Zeitraum verlängern. Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung ergehen. Ihre Begründung erläutert Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens. § 175 findet Anwendung.

(4) Gegen eine Entscheidung nach dieser Vorschrift ist ein Rechtsmittel nicht zulässig.

§ 177

Ende des Vergabeverfahrens nach Entscheidung des Beschwerdegerichts

Ist der Auftraggeber mit einem Antrag nach § 176 vor dem Beschwerdegericht unterlegen, gilt das Vergabeverfahren nach Ablauf von 10 Tagen nach Zustellung der Entscheidung als beendet, wenn der Auftraggeber nicht die Maßnahmen zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens ergreift, die sich aus der Entscheidung ergeben; das Verfahren darf nicht fortgeführt werden.

§ 178

Beschwerdeentscheidung

Hält das Gericht die Beschwerde für begründet, so hebt es die Entscheidung der Vergabekammer auf. In diesem Fall entscheidet das Gericht in der Sache selbst oder spricht die Verpflichtung der Vergabekammer aus, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts über die Sache erneut zu entscheiden. Auf Antrag stellt es fest, ob das Unternehmen, das die Nachprüfung beantragt hat, durch den Auftraggeber in seinen Rechten verletzt ist. § 168 Absatz 2 gilt entsprechend.

§ 179

Bindungswirkung und Vorlagepflicht

(1) Wird wegen eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften Schadensersatz begehrt und hat ein Verfahren vor der Vergabekammer stattgefunden, ist das ordentliche Gericht an die bestandskräftige Entscheidung der Vergabekammer und die Entscheidung des Oberlandesgerichts sowie gegebenenfalls des nach Absatz 2 angerufenen Bundesgerichtshofs über die Beschwerde gebunden.

(2) Will ein Oberlandesgericht von einer Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweichen, so legt es die Sache dem Bundesgerichtshof vor. Der Bundesgerichtshof entscheidet anstelle des Oberlandesgerichts. Der Bundesgerichtshof kann sich auf die Entscheidung der Divergenzfrage beschränken und dem Beschwerdegericht die Entscheidung in der Hauptsache übertragen, wenn dies nach dem Sach- und Streitstand des Beschwerdeverfahrens angezeigt scheint. Die Vorlagepflicht gilt nicht im Verfahren nach § 173 Absatz 1 Satz 3 und nach § 176.

§ 180

Schadensersatz bei Rechtsmissbrauch

(1) Erweist sich der Antrag nach § 160 oder die sofortige Beschwerde nach § 171 als von Anfang an ungerechtfertigt, ist der Antragsteller oder der Beschwerdeführer verpflichtet, dem Gegner und den Beteiligten den Schaden zu ersetzen, der ihnen durch den Missbrauch des Antrags- oder Beschwerderechts entstanden ist.

(2) Ein Missbrauch ist es insbesondere,

1. die Aussetzung oder die weitere Aussetzung des Vergabeverfahrens durch vorsätzlich oder grob fahrlässig vorgetragene falsche Angaben zu erwirken;

2. die Überprüfung mit dem Ziel zu beantragen, das Vergabeverfahren zu behindern oder Konkurrenten zu schädigen;

3. einen Antrag in der Absicht zu stellen, ihn später gegen Geld oder andere Vorteile zurückzunehmen.

(3) Erweisen sich die von der Vergabekammer entsprechend einem besonderen Antrag nach § 169 Absatz 3 getroffenen vorläufigen Maßnahmen als von Anfang an ungerechtfertigt, hat der Antragsteller dem Auftraggeber den aus der Vollziehung der angeordneten Maßnahme entstandenen Schaden zu ersetzen

§ 181

Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens

Hat der Auftraggeber gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift verstoßen und hätte das Unternehmen ohne diesen Verstoß bei der Wertung der Angebote eine echte Chance gehabt, den Zuschlag zu erhalten, die aber durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde, so kann das Unternehmen Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme an einem Vergabeverfahren verlangen. Weiterreichende Ansprüche auf Schadensersatz bleiben unberührt.

§ 182

Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer

(1) Für Amtshandlungen der Vergabekammern werden Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Das Verwaltungskostengesetz vom 23. Juni 1970 (BGBl. I S. 821) in der am 14. August 2013 geltenden Fassung findet Anwendung.

(2) Die Gebühr beträgt mindestens 2 500 Euro; dieser Betrag kann aus Gründen der Billigkeit bis auf ein Zehntel ermäßigt werden. Die Gebühr soll den Betrag von 50 000 Euro nicht überschreiten; sie kann im Einzelfall, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch sind, bis zu einem Betrag von 100 000 Euro erhöht werden.

(3) Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die Kosten zu tragen. Mehrere Kostenschuldner haften als Gesamtschuldner. Kosten, die durch Verschulden eines Beteiligten entstanden sind, können diesem auferlegt werden. Hat sich der Antrag vor Entscheidung der Vergabekammer durch Rücknahme oder anderweitig erledigt, ist die Hälfte der Gebühr zu entrichten. Die Entscheidung, wer die Kosten zu tragen hat, erfolgt nach billigem Ermessen. Aus Gründen der Billigkeit kann von der Erhebung von Gebühren ganz oder teilweise abgesehen werden.

(4) Soweit ein Beteiligter im Nachprüfungsverfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen. Die Aufwendungen der Beigeladenen sind nur erstattungsfähig, soweit sie die Vergabekammer aus Billigkeit der unterlegenen Partei auferlegt. Hat sich der Antrag durch Rücknahme oder anderweitig erledigt, erfolgt die Entscheidung, wer die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen anderer Beteiligter zu tragen hat, nach billigem Ermessen; in Bezug auf die Erstattung der Aufwendungen der Beigeladenen gilt im Übrigen Satz 2 entsprechend. § 80 Absatz 1, 2 und 3 Satz 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder gelten entsprechend. Ein gesondertes Kostenfestsetzungsverfahren findet nicht statt.

§ 183

Korrekturmechanismus der Kommission

(1) Erhält die Bundesregierung im Laufe eines Vergabeverfahrens vor Abschluss des Vertrags eine Mitteilung der Europäischen Kommission, dass diese der Auffassung ist, es liege ein schwerer Verstoß gegen das Recht der Europäischen Union im Bereich der öffentlichen Aufträge vor, der zu beseitigen sei, teilt das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie dies dem Auftraggeber mit.

(2) Der Auftraggeber ist verpflichtet, innerhalb von 14 Kalendertagen nach Eingang dieser Mitteilung dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie eine umfassende Darstellung des Sachverhaltes zu geben und darzulegen, ob der behauptete Verstoß beseitigt wurde, oder zu begründen, warum er nicht beseitigt wurde, ob das Vergabeverfahren Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens ist oder aus sonstigen Gründen ausgesetzt wurde.

(3) Ist das Vergabeverfahren Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens oder wurde es ausgesetzt, so ist der Auftraggeber verpflichtet, das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie unverzüglich über den Ausgang des Verfahrens zu informieren.

§ 184

Unterrichtungspflichten der Nachprüfungsinstanzen

Die Vergabekammern und die Oberlandesgerichte unterrichten das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie bis zum 31. Januar eines jeden Jahres über die Anzahl der Nachprüfungsverfahren des Vorjahres und deren Ergebnisse.“

3. Der fünfte Teil wird wie folgt gefasst:

„Teil 5

Anwendungsbereich des Ersten bis Dritten Teils dieses Gesetzes

§ 185

Unternehmen der öffentlichen Hand, Geltungsbereich

(1) Die Vorschriften des Ersten bis Dritten Teils dieses Gesetzes finden auch Anwendung auf Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden. Die §§ 19, 20 und 31 b Absatz 5 finden keine Anwendung auf öffentlich-rechtliche Gebühren oder Beiträge. Die Vorschriften des Ersten bis Dritten Teils dieses Gesetzes finden keine Anwendung auf die Deutsche Bundesbank und die Kreditanstalt für Wiederaufbau.

(2) Die Vorschriften des Ersten bis Dritten Teils dieses Gesetzes finden Anwendung auf alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes auswirken, auch wenn sie außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes veranlasst werden.

(3) Die Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes stehen der Anwendung der §§ 19, 20 und 29 nicht entgegen, soweit in § 111 des Energiewirtschaftsgesetzes keine andere Regelung getroffen ist.“

4. Der sechste Teil wird wie folgt gefasst:

„Teil 6

Übergangs- und Schlussbestimmungen

§ 186

Übergangsbestimmungen

(1) § 29 ist nach dem 31. Dezember 2017 nicht mehr anzuwenden.

(2) Vergabeverfahren, die vor dem [Einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] begonnen haben, einschließlich der sich an diese anschließenden Nachprüfungsverfahren sowie am [Einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] anhängige Nachprüfungsverfahren werden nach dem Recht zu Ende geführt, das zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens galt.“

5. Die Anlage wird aufgehoben.

Artikel 2

Folgeänderungen

(1) In § 98c Absatz 1 Satz 1 des Gesetzes über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Februar 2008 (BGBl. I S. 162), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2439) geändert worden ist, werden die Wörter „§ 98 Nummer 1 bis 3, 5 und 6“ durch die Angabe „§ 99“ ersetzt.

(2) § 207 Satz 4 des Sozialgerichtsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 1975 (BGBl. I S. 2535), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 10. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2187) geändert worden ist, wird aufgehoben.

(3) Das Gerichtskostengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Februar 2014 (BGBl. I S. 154), das durch Artikel 3 des Gesetzes vom 10. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2082) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In § 50 Absatz 2 werden die Angabe „§ 116“ durch die Angabe „§ 171“ und die Wörter „§ 115 Absatz 2 Satz 5 und 6, Absatz 4 Satz 2, § 118 Absatz 1 Satz 3 und nach § 121“ durch die Wörter „§ 169 Absatz 2 Satz 5 und 6, Absatz 4 Satz 2, § 173 Absatz 1 Satz 3 und nach § 176“ ersetzt.

2. Die Anlage 1 (Kostenverzeichnis) wird wie folgt geändert:

   a) Im Teil 1, Hauptabschnitt 2, Abschnitt 2, Vorbemerkung 1.2.2 wird die Angabe „§ 116“ durch die Angabe „§ 171“ ersetzt.

   b) In Nummer 1630 werden die Wörter „§ 115 Abs. 2 Satz 5 und 6, Abs. 4 Satz 2, § 118 Abs. 1 Satz 3 oder nach § 121“ durch die Wörter „§ 169 Abs. 2 Satz 5 und 6, Abs. 4 Satz 2, § 173 Abs. 1 Satz 3 oder nach § 176“ ersetzt.

(4) Im Teil 3, Abschnitt 2, Unterabschnitt 1, Vorbemerkung 3.2 der Anlage 1 (Vergütungsverzeichnis) zum Rechtsanwaltsvergütungsgesetz vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 718, 788), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 10. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2082) geändert worden ist, werden die Wörter „§ 115 Abs. 2 Satz 5 und 6, § 118 Abs. 1 Satz 3 oder nach § 121“ durch die Wörter „§ 169 Abs. 2 Satz 5 und 6, § 173 Abs. 1 Satz 3 oder nach § 176“ ersetzt.

(5) In § 271a Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. Juli 2014 (BGBl. I S. 1218) geändert worden ist, wird die Angabe „§ 98 Nummer 1 bis 3“ durch die Angabe „§ 99 Nummer 1 bis 3“ ersetzt.

(6) In § 3 Absatz 2 Nummer 1 des Unterlassungsklagengesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. August 2002 (BGBl. I S. 3422, 4346), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. Juli 2014 (BGBl. I S. 1218) geändert worden ist, werden die Wörter „§ 98 Nummer 1 bis 3“ durch die Wörter „§ 99 Nummer 1 bis 3“ ersetzt.

(7) In § 150a Absatz 1 Satz 2 der Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 28. November 2014 (BGBl. I S. 1802) geändert worden ist, werden die Wörter „§ 98 Nr. 1 bis 3 und 5“ durch die Angabe „§ 99“ ersetzt.

(8) In § 9 Absatz 2 Satz 2 Nummer 14 des Gesetzes über Energiedienstleistungen und andere Energieeffizienzmaßnahmen vom 4. November 2010 (BGBl. I S. 1483) werden die Wörter „§ 98 Nummer 1 bis 4“ durch die Wörter „§ 99 Nummer 1 bis 3 und § 100“ ersetzt.

(9) In § 26 Absatz 1 Satz 2 des Gesetzes über die Bevorratung mit Erdöl und Erdölerzeugnissen vom 16. Januar 2012 (BGBl. I S. 74) werden die Wörter „Vierten Teil“ durch die Angabe „Teil 4“ ersetzt.

(10) § 19 des Mindestlohngesetzes vom 11. August 2014 (BGBl. I S. 1348), wird wie folgt geändert:

1. In Absatz 1 wird die Angabe „§ 98“ durch die Angabe „§ 99 und § 100“ ersetzt.

2. In Absatz 2 wird die Angabe „§ 98 Nummer 1 bis 3 und 5“ durch die Angabe „§ 99“ ersetzt.

(11) § 21 des Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 799), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 11. August 2014 (BGBl. I S. 1348) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In Absatz 1 wird die Angabe „§ 98“ durch die Angabe „§ 99 und § 100“ ersetzt.

2. In Absatz 2 werden die Wörter „98 Nr. 1 bis 3 und 5“ durch die Angabe „§ 99“ ersetzt.

(12) Das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch vom 20. Dezember 1988 (BGBl. I S. 2477), das zuletzt durch Artikel 2a des Gesetzes vom 17. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2222) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In § 69 Absatz 2 Satz 4 werden die Wörter „Vierten Teils“ durch die Angabe „Teils 4“ ersetzt.

2. § 130a Absatz 8 Satz 8 wird aufgehoben.

3. In § 291b Absatz 1b Satz 3 werden die Wörter „Vierte Teil“ durch die Angabe „Teil 4“ sowie das Wort „Verdingungsordnung“ durch die Wörter „Vergabe- und Vertragsordnung“ ersetzt.

4. In § 291b Absatz 1b Satz 4 wird das Wort „Verdingungsordnung“ durch die Wörter „Vergabe- und Vertragsordnung“ ersetzt.

(13) In § 5a Absatz 2 Satz 2 der Verordnung über Testmaßnahmen für die Einführung der elektronischen Gesundheitskarte vom 11. Januar 2011 (BGBl. I S. 3162), die zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 8. Februar 2013 (BGBl. I S. 187) geändert worden ist, werden die Wörter „Vierte Teil“ durch die Angabe „Teil 4“ ersetzt.

(14) Das Personenbeförderungsgesetz vom 21. März 1961 (BGBl. I S. 241), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 147 des Gesetzes vom 7. August 2013 (BGBl. I S. 3154) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. § 8a wird wie folgt geändert:

   a) In Absatz 2 Satz 1 wird die Angabe „§ 99“ durch die Angabe „§ 103“ ersetzt.

   b) In Absatz 7 Satz 1 werden die Wörter „Zweiten und Dritten Abschnitt“ durch die Angabe „Kapitel 2“ ersetzt.

2. In § 8b Absatz 7 Satz 2 wird die Angabe „§§ 101a und 101b“ durch die Angabe „§§ 134 und 135“ ersetzt.

Artikel 3

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tag nach Verkündung in Kraft.

Begründung

A. Allgemeiner Teil

I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen

Mit diesem Gesetz werden die wesentlichen Regelungen der neuen EU-Vergaberichtlinien in deutsches Recht umgesetzt. 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 drei Richtlinien: 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 eine neue Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen (Richtlinie 2014/23/EU). Diese Richtlinien sind bis zum 18. April 2016 in deutsches Recht umzusetzen.

Die EU-Vergaberechtsmodernisierung zielt darauf ab, das Regelwerk für die Vergaben entsprechend den aktuellen Bedürfnissen des fortschreitenden Binnenmarktes weiter zu entwickeln und innerhalb der Europäischen Union stärker zu vereinheitlichen. Die Vergabeverfahren sollen effizienter, einfacher und flexibler gestaltet und die Teilnahme kleiner und mittlerer Unternehmen an Vergabeverfahren erleichtert werden. Gleichzeitig ermöglicht es der neue Rechtsrahmen den Vergabestellen, die öffentliche Auftragsvergabe stärker zur Unterstützung strategischer Ziele zu nutzen. Dazu gehören vor allem soziale, umweltbezogene und innovative Aspekte. Weiterhin regeln die neuen EU-Richtlinien grundlegende Ausnahmen vom Vergaberecht. Dies bietet gerade Kommunen mehr Rechtssicherheit bei der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge. Schließlich sind erstmals Vorschriften zur Auftragsänderung während der Vertragslaufzeit und zur Kündigung von Aufträgen vorgesehen.

II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs

Die Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien in deutsches Recht erfolgt – auf gesetzlicher Ebene – im Gesetz gegen Wettbeschränkungen (GWB). Die Umsetzung wird zum Anlass genommen, den bisherigen Vierten Teil des GWB umfassend zu überarbeiten und neu zu strukturieren. Im Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte soll die Struktur des deutschen Vergaberechts einfacher und anwenderfreundlicher werden.

Der überarbeitete Teil 4 des GWB umfasst künftig die wesentlichen Vorgaben zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen und von Konzessionen. Die wesentlichen Vorgaben schließen insbesondere die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts, den Anwendungsbereich, die Vergabearten, die grundsätzlichen Anforderungen an Eignung, Zuschlag und Ausführungsbedingungen, die Gründe für den Ausschluss von einem Vergabeverfahren und die neuen Vorgaben der Richtlinien für die Kündigung sowie die Änderungen von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen während der Laufzeit ein.

Im Zuge der Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien ist es erforderlich, 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 Teil 4 ist es deshalb, dem Rechtsanwender ein möglichst übersichtliches und leichter 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. Um die praktische Anwendung des Gesetzes 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.

Die neuen EU-Vergaberichtlinien räumen den Mitgliedsstaaten zum Teil neue Handlungsspielräume ein. Die Vergabeverfahren sollen effizienter und flexibler gestaltet und die Teilnahme kleiner und mittlerer Unternehmen an Vergabeverfahren erleichtert werden. Gleichzeitig ermöglicht es der neue Rechtsrahmen den Vergabestellen, die öffentliche Auftragsvergabe stärker zur Unterstützung strategischer Ziele zu nutzen. Dazu gehören vor allem soziale, umweltbezogene und innovative Aspekte. Das neue Regelwerk ermöglicht es ferner, den Anliegen von Menschen mit Behinderung besser Rechnung zu tragen. Weiter präzisieren die neuen EU-Richtlinien den Anwendungsbereich des Vergaberechts und legen grundlegende Ausnahmen fest. Dies bietet gerade Kommunen mehr Rechtssicherheit bei der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge. Diese neuen Möglichkeiten und teils auch Vorgaben der Richtlinien werden im neuen GWB aufgegriffen und umgesetzt.

Elektronische Kommunikationsmittel können Vergabeverfahren vereinfachen und die Effizienz und Transparenz der Verfahren steigern. Eine medienbruchfreie öffentliche Auftragsvergabe bietet zugleich erhebliche Einsparpotenziale für Unternehmen und öffentliche Auftraggeber. Die Richtlinien sehen daher vor, dass die elektronische Kommunikation im Vergabeverfahren zur Regel wird. Entsprechend sieht das neue GWB den Grundsatz der elektronischen Kommunikation vor.

Um das öffentliche Auftragswesen künftig weiter optimieren zu können, sehen die Richtlinien statistische Berichte über Beschaffungen vor. Derzeit existiert keine belastbare Statistik zum öffentlichen Auftragswesen in Deutschland. Aufgrund der fehlenden Daten sind zurzeit grundsätzliche Aussagen weder zum Volumen des öffentlichen Einkaufs noch zur Anzahl der durchgeführten Vergabeverfahren möglich. Das neue GWB schafft eine Grundlage für eine solche Statistik zum Beschaffungswesen.

III. Alternativen

Nein

IV. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Änderung des vierten Teils des GWB beruht auf Artikel 74 Absatz 1 Nummer 11 GG (Recht der Wirtschaft), Artikel 74 Absatz 1 Nummer 16 GG (Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung), Artikel 74 Abs. 1 Nummer 1 GG (Gerichtliches Verfahren). Eine bundesgesetzliche Regelung ist auch im Sinne des Artikel 72 Absatz 2 GG sowohl auf das Gesamtvorhaben als auf die wichtigsten Einzelregelungen zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit erforderlich. Die Änderungen sind weitgehend durch die EU-Vergaberichtlinien vorgegeben. Eine

divergierende Umsetzung der EU-Richtlinien auf Bundes- und Länderebene würde in einem eng verflochtenem Wirtschaftsraum wie der Bundesrepublik Deutschland zu grundsätzlich unterschiedlichen wettbewerbs- und vergaberechtlichen Standards führen, was weder im Interesse des Bundes noch der Länder hingenommen werden könnte und eine unzumutbare Behinderung für Unternehmen darstellen würde, die sich bundesweit und über Landesgrenzen hinweg um öffentliche Aufträge und Konzessionen bewerben. Auch soweit der vierte Teil des GWB von den Ländern als eigene Angelegenheit ausgeführt wird, ist eine einheitliche Regelung des Verwaltungsverfahrens der Vergabekammern aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit unerlässlich.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes hinsichtlich § 114 Absatz 2 GWB (Statistikpflichten) beruht auf Artikel 73 Nummer 11 GG (Statistik für Bundeszwecke). Die bundesweite Beschaffungsstatistik dient der Gewinnung allgemein akzeptierter Daten über das Einkaufsverhalten der Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB. In der Bundesrepublik Deutschland existiert zurzeit keine einheitliche Statistik zum öffentlichen Auftragswesen und somit auch keine valide Datenlage zu diesem. Die Bundesregierung arbeitet seit mehreren Jahren intensiv an einer Verbesserung der Datenlage, denn erst valide Daten ermöglichen es dem Gesetzgeber, das Vergaberecht den tatsächlichen Bedürfnissen der Auftraggeber und der Wirtschaft anzupassen. Die Erhebung dieser Daten schafft außerdem die notwendigen Voraussetzungen, damit die Bundesrepublik Deutschland ihre Berichts- und Statistikpflichten gegenüber der Europäischen Kommission erfüllen kann, die sich aus den neuen EU-Vergaberichtlinien ergeben. Derartige Berichts- und Statistikpflichten bestehen auch in Bezug auf öffentliche Auftragsvergaben unterhalb der jeweils geltenden Schwellenwerte. Die an die Europäische Kommission diesbezüglich zu übermittelnden Schätzwerte können nur auf der Basis valider Daten zur Gesamtheit der Vergaben zuverlässig gewonnen werden. Diese Daten müssen daher zumindest die Zahl der Vergabestellen, die Zahl der vergebenen Aufträge und die entsprechenden Auftragswerte umfassen. Eine auf einer Zufallsauswahl beruhende ex-ante-Erhebung von Daten zu öffentlichen Auftragsvergaben unterhalb der jeweils geltenden Schwellenwerte wäre unverhältnismäßig aufwändig und würde nicht zu einer validen Datengrundlage führen. Zahl und Wert der öffentlichen Auftragsvergaben unterhalb der jeweils geltenden Schwellenwerte sind zudem so beträchtlich, dass ihre Nichtberücksichtigung die Informationsgrundlage stark verzerren würde. Eine bundesgesetzliche Regelung ermöglicht es, einheitliche Vorgaben für die Datenerhebung bei allen Auftraggebern im Sinne des § 98 GWB zu machen. Das ist insbesondere im Hinblick auf die besondere Bedeutung des öffentlichen Einkaufs für den Wirtschaftsstandort Deutschland und die Erfüllung der verschiedenen Berichts- und Statistikpflichten sinnvoll und erforderlich.

V. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen

Das Gesetz dient der Umsetzung der Richtlinien für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Richtlinie 2014/24/EU) und die Auftragsvergabe in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Richtlinie 2014/25/EU) sowie der Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen (Richtlinie 2014/23/EU). Die im europäischen Recht vorgesehenen Grenzen werden eingehalten.

VI. Gesetzesfolgen

1. Rechts- und Verwaltungsvereinfachung

Die Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien bietet die Chance, die komplexe Struktur des deutschen Vergaberechts zu reformieren. Bislang sind vergleichbare Sachverhalte in vielen Fällen mehrfach und ohne ersichtlichen Grund unterschiedlich geregelt. Dies erschwert die Anwendung des Vergaberechts in der Praxis. Die wesentlichen gesetzlichen Vorgaben werden in stärkerem Maße als bisher unmittelbar im Gesetz verankert. Da

erstmals die neuen EU-Vergaberichtlinien die Voraussetzungen für die vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit, die zuvor im Wesentlichen von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs geprägt wurde, kodifiziert hat, werden die entsprechenden Bestimmungen, die den Anwendungsbereich betreffen, im Gesetz geregelt. Im neuen GWB werden auch die neuen Vorgaben der Richtlinien für die Kündigung und die Änderungen von Aufträgen und Konzessionen während der Laufzeit aufgenommen und damit einheitlich geregelt. Die Gründe für den Ausschluss von einem Vergabeverfahren, die bislang im deutschen Vergaberecht überwiegend in den Vergabe- und Vertragsordnungen und ansonsten in Rechtsverordnungen geregelt waren, werden in das GWB überführt und soweit die Richtlinien erlauben, vereinheitlicht.

2. Nachhaltigkeitsaspekte

Durch die Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU wird die Einbeziehung von Nachhaltigkeitszielen bei der Beschaffung gestärkt. In jeder Phase eines Verfahrens, von der Definition der Leistung über die Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bis hin zur Vorgabe von Ausführungsbedingungen können qualitative, soziale, umweltbezogene oder innovative (nachhaltige) Aspekte einbezogen werden. Dieser Stärkung der Nachhaltigkeitsaspekte trägt die Umsetzung entsprechend Rechnung. Der Entwurf entspricht vollumfänglich der Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung.

3. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Die Digitalisierung der Beschaffungsprozesse für Vergaben oberhalb der geltenden Schwellenwerte (E-Vergabe) und die Erfüllung der Statistikpflichten aus diesem Gesetz haben keine Auswirkungen auf die Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand.

4. Erfüllungsaufwand

Soweit der Erfüllungsaufwand aus der Vergabe eines Auftrages resultiert, sind hiervon die Wirtschaft (Unternehmen als Bieter im Vergabeverfahren und Unternehmen als Sektorenauftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste) und die Verwaltung (öffentlicher Einkauf als fiskalische Tätigkeit) betroffen. Eine belastbare Datengrundlage für die genaue Darstellung des Erfüllungsaufwandes für die Wirtschaft und für die Verwaltung aufgrund der Erfüllung von Statistikpflichten ist nicht vorhanden. Der diesbezügliche Erfüllungsaufwand wird daher auf Basis qualifizierter Schätzungen ausgewiesen.

4.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Bürgerinnen und Bürger sind durch das Vergaberecht nicht betroffen. Für die Bürgerinnen und Bürger ergibt sich durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz kein zusätzlicher Erfüllungsaufwand.

4.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

aa) Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft aufgrund der Pflicht zur Umstellung auf die elektronische Vergabe (E-Vergabe)

Das Statistische Bundesamt hat für die Wirtschaft einen ersparten Erfüllungsaufwand aufgrund der Pflicht zur Umstellung auf die E-Vergabe in Höhe von rund 272 Millionen Euro errechnet.

Es ist davon auszugehen, dass künftig die Sachkosten für die Anforderung von Vergabeunterlagen sowie für das Einreichen von Angeboten per Post entfallen und sämtlicher Datenaustausch IKT-basiert erfolgt. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass Teilprozesse des Vergabeverfahrens bereits jetzt elektronisch ablaufen. Die Wirtschaft hat z. B. schon heute zunehmend die Wahl, Vergabeunterlagen elektronisch herunterzuladen (z um Teil

kostenfrei) oder postalisch anzufordern. Angebote hingegen werden in der Regel noch auf dem Postweg eingereicht.

Die StandardKostenModell-Datenbank (SKM-Datenbank) erlaubt eine näherungsweise Berechnung des ersparten Erfüllungsaufwandes ausschließlich für den Bürokratiekostenanteil am Erfüllungsaufwand. Als Basisdaten für eine entsprechende Berechnung enthält die SKM-Datenbank allerdings nur Daten, die die Phase der Einreichung der Angebote und damit zugleich die Aufwände für das Erbringen von Eignungsnachweisen im Vergabeverfahren erfassen. In die Datenerfassung sind sowohl Daten aus Vergabeverfahren unterhalb als auch Daten aus Vergabeverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte eingegangen, ohne dass eine exakte Zurechnung zu Verfahren unterhalb oder oberhalb der geltenden Schwellenwerte möglich wäre. Inhaltlich knüpfen die Daten in der SKM-Datenbank an die geltenden Vorschriften für den Nachweis der Eignung durch bietende Unternehmen in den untergesetzlichen Regelungen für Vergaben im Liefer- und Dienstleistungsbereich sowie für Bauvergaben, jeweils für Vergaben unterhalb der geltenden Schwellenwerte an (Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, VOL/A 2009, sowie Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen, VOB/A 2009). Der über die Bürokratiekosten aus Informationspflichten hinausgehende Erfüllungsaufwand kann durch das Statistische Bundesamt nur annähernd geschätzt werden. Bei dieser Schätzung wird u. a. berücksichtigt, dass Bieter die elektronischen Vergabeunterlagen und ihre elektronischen Angebote nicht mehr ausdrucken oder auf einer Compact Disc speichern müssen. Die entsprechenden Daten werden direkt von Internetseiten heruntergeladen oder aus den internen IKT-Systemen der Bieter auf einer Vergabeplattform hochgeladen. Arbeitsprozesse verschlanken sich daher, da elektronisch unterstützte und mit Plausibilitätsprüfungen validierte Angebote fehlerfreier abgefasst werden können. Unter Berücksichtigung dieser Annahmen und Einschränkungen lassen sich der SKM-Datenbank folgende anteilige ersparte Erfüllungsaufwände (Erfüllungsaufwand und Bürokratiekosten aus Informationspflichten) entnehmen:

Bürokratiekosten aus Informationspflichten der Wirtschaft:

Bezeichnung der Bezugsnorm	Kostenersparnis in Euro
VOL/A-2009-Normen: Nachweis der Eignung	≈ – 28 Millionen
VOB/A-2009-Normen: Nachweis der Eignung	≈ – 21 Millionen
(= Übermitteln der Vergabeunterlagen)	
∑ Belastungsveränderung	≈ – 49 Millionen

Erfüllungsaufwand Wirtschaft:

Bezeichnung	Kostenersparnis in Euro
Aufbereitung der Vergabeunterlagen auf elektronischem Wege	≈ – 223 Millionen
∑ Belastungsveränderung	≈ – 223 Millionen

Dem vorstehend ausgewiesenen ersparten Erfüllungsaufwand einschließlich der ersparten Bürokratiekosten aus Informationspflichten liegen folgende Annahmen des Statistischen Bundesamtes auf der Grundlage der „Zeitwerttabelle Wirtschaft“ (Leitfaden für die ex-ante-Abschätzung der Bürokratiekosten nach dem Standardkosten-Modell SKM, Anhang 5.4, S. 45):

Erfüllungsaufwand Bieter – Aufbereiten und Einreichen der Bewerbungsunterlagen:

	Vergabe ohne elektronische Unterstützung	E-Vergabe	Einsparpotenzial pro Fall
Formulare ausfüllen	30	7	23
Aufbereiten der Daten	120	20	100
Überprüfen der Daten	45	5	40
Datenübermittlung	Der Aufwand ist in der Informationspflicht berücksichtigt.		
Archivierung	15	5	10
Zeit insgesamt	210	37	173
Lohnsatz (Wirtschaftszweig-klassifikationen 2008 A–O)	30,90 €	30,90 €	30,90 €
Lohnkosten insgesamt	108,15 €	19,06 €	89,10 €
Zusatzkosten pro Fall (Pauschale für Druck/Plott/CD)	50,00 €	–	50,00 €
Gesamtkosten pro Fall	158,15 €	19,06 €	139,10 €
Berechnung nach dem zurzeit anzunehmenden Verhältnis zwischen Vergaben mit und ohne elektronische Unterstützung			
Fallzahl (2.470.000) Belastung heute	65% 1.605.500 253.909.825 €	35% 864.500 16.473.048 €	∑ 2.470.000 270.382.873 €
Berechnung nach vollständiger Umstellung auf die E-Vergabe			
Fallzahl (2.470.000) Belastung heute	0% 0 0 €	100% 2.470.000 47.065.850 €	∑ 2.470.000 47.065.850 €
Einsparung	223.327.023 € (≈ 223 Millionen Euro)		
(Fallzahl = Anzahl der angenommenen Bewerbungen für 13% der Ausschreibungen)			

Nach Schätzungen im Rahmen des Regierungsprogramms „Digitale Verwaltung 2020“ spart jedes Unternehmen, das als Bieter an einem Vergabeverfahren teilnimmt, durch die Umstellung auf E-Vergabe Erfüllungsaufwand in Höhe von rund 845 Euro je Vergabeverfahren ein. Dieser Schätzung liegen angenommene Gesamtkosten für die Durchführung eines Vergabeverfahrens in Höhe von durchschnittlich 7.870 Euro zugrunde. Von diesen Kosten entfallen schätzungsweise rund 46 Prozent auf die Auftraggeber und rund 54 Prozent auf die Wirtschaft. Je Vergabeverfahren, an dem ein Unternehmen als Bieter teilnimmt, fallen somit schätzungsweise rund 4.226 Euro an Kosten für dieses bietende Unternehmen an. Aus einer angenommenen Einsparung in Höhe von 20 Prozent der Ge-

samtkosten infolge der vollständigen Umstellung auf E-Vergabe resultieren somit rund 845 Euro je Vergabeverfahren.

Ebenfalls nach Schätzungen im Rahmen des Regierungsprogramms „Digitale Verwaltung 2020“ sparen Unternehmen, die als Sektorenauftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung ein Vergabeverfahren durchführen, Erfüllungsaufwand in Höhe von rund 729 Euro je Vergabeverfahren auf Basis obiger Annahmen ein. Je Verfahren fallen schätzungsweise rund 3.644 Euro an Kosten für als Auftraggeber handelnde Unternehmen an (46 Prozent von 7.870 Euro ≈ 3.644 Euro). Aus einer angenommenen Einsparung in Höhe von 20 Prozent der Gesamtkosten infolge der vollständigen Umstellung auf E-Vergabe resultieren somit rund 729 Euro je Vergabeverfahren.

Der Erfüllungsaufwand für die Anpassung oder Anschaffung der erforderlichen Geräte und Programme, für den Betrieb der erforderlichen Server sowie für die Schulung der mit der Angebotserstellung und -einreichung befassten Beschäftigten kann aufgrund der jeweils unterschiedlichen Gestaltung der Abläufe und Verfahren sowie der Vielfalt der eingesetzten IKT nicht exakt beziffert werden. Außerdem ist keine belastbare Datengrundlage für die Ausstattung der Wirtschaft mit der erforderlichen IKT vorhanden.

Der korrespondierende Erfüllungsaufwand der Unternehmen als Sektorenauftraggeber kann aus denselben Gründen ebenfalls nicht exakt beziffert werden.

bb) Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft aufgrund der Erfüllung von Statistikpflichten

Für Unternehmen, die als Bieter an Vergabeverfahren teilnehmen, entsteht ein geschätzter jährlicher Erfüllungsaufwand in Höhe von 22,04 Millionen Euro. Die Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU verlangen von bietenden Unternehmen, dass sie den Auftraggebern mitteilen, ob es sich bei ihnen jeweils um ein Kleinst- oder um ein kleines oder mittleres Unternehmen (KMU) laut „Empfehlung 2003/361/EG der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen“ (EU-KMU-Definition, verfügbar unter http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003H0361&from=DE) handelt. Außerdem müssen die regelmäßigen Berichte der Mitgliedstaaten über ihre Auftragsvergaben an die Europäische Kommission Informationen dazu enthalten, wie viele der jeweils in einem Vergabeverfahren eingereichten Angebote von KMU abgegeben wurden. Daher müssen die bietenden Unternehmen Maßnahmen (z. B. Einholen von Auskünften, Umrechnen von Teilzeitkräften in Vollzeitkräfte, Kalkulationen) ergreifen, um entscheiden zu können, ob sie ein KMU sind oder nicht, und die entsprechende Information den Auftraggebern übermitteln.

Dieser Schätzung liegen folgende Annahmen und Berechnungen zugrunde:

– Jährlich werden in der Bundesrepublik Deutschland rund 16.200.000 Vergabeverfahren unter- wie oberhalb der geltenden Schwellenwerte durchgeführt (Erster Zwischenbericht der Kienbaum Management Consultants GmbH zum Forschungsvorhaben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie „Statistik der öffentlichen Beschaffung in Deutschland – Grundlagen und Methodik“, verfügbar unter http://www.kienbaum.de/Portaldata/1/Resources/downloads/Zwischenbericht_1_Elektronische_Vergabestatistik_fuer_Veroeffentlichung.pdf).

– Durchschnittlich nehmen an einem Vergabeverfahren fünf Unternehmen als Bieter teil (Schätzung der Kienbaum Management Consultants GmbH).

– Demnach liegt die Anzahl von Bietern an Vergabeverfahren bei insgesamt rund 81.000.000 pro Jahr, wobei ein Unternehmen mehrfach pro Jahr als Bieter auftreten kann.

– Der durchschnittliche Stundenlohn in der Wirtschaft beträgt 31,70 Euro (Jahresschätzung der Arbeitskosten je geleistete Stunde im Jahr 2013 des Statistischen Bundesamtes, verfügbar unter https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/VerdienstеArbeitskosten/ArbeitskostenLohnnebenkosten/Tabellen/ArbeitskostenJeStunde.html). Der durchschnittliche Minutenlohn in der Wirtschaft beträgt demnach rund 0,53 Euro.

– Schätzungsweise rund 90 Prozent der Unternehmer können angeben, ob es sich bei ihrem Unternehmen um ein Kleinst- oder um ein kleines oder mittleres Unternehmen laut EU-KMU-Definition handelt, ohne weitere Maßnahmen ergreifen zu müssen. Diesen Unternehmen entsteht lediglich ein geschätzter Zeitaufwand von 0,5 Minuten je Vergabeverfahren, an dem sie teilnehmen, für die entsprechende Information an den Auftraggeber. Dies entspricht einem Erfüllungsaufwand in Höhe von 19.257.750 Euro pro Jahr. Auf jedes Angebot, das ein entsprechendes Unternehmen bei einem Auftraggeber einreicht, entfallen demnach rund 0,30 Euro.

– Rund zehn Prozent der Unternehmen können nicht angeben, ob sie ein KMU sind, ohne weitere Maßnahmen (z. B. Einholen von Auskünften, Umrechnen von Teilzeitkräften in Vollzeitkräfte, Kalkulationen) ergreifen zu müssen. Diesen Unternehmen entsteht ein geschätzter Zeitaufwand von 0,15 Minuten für die Recherche, ob sie ein KMU sind oder nicht. Außerdem entsteht auch diesen Unternehmen ein geschätzter Zeitaufwand von 0,5 Minuten je Vergabeverfahren, an dem sie teilnehmen, für die entsprechende Information an den Auftraggeber. Dies entspricht einem Erfüllungsaufwand in Höhe von 2.781.675 Euro pro Jahr. Auf jedes Angebot, das ein entsprechendes Unternehmen bei einem Auftraggeber einreicht, entfallen demnach rund 2,72 Euro.

Davon Bürokratiekosten aus Informationspflichten:

Die gesamten Kosten für die Ermittlung, ob es sich bei einem Unternehmen um ein kleines oder mittleres Unternehmen handelt, in Höhe von 22,04 Millionen Euro entfallen auf Bürokratiekosten für die Erfüllung von Informationspflichten gegenüber den Auftraggebern.

4.3 Erfüllungsaufwand der Verwaltung

a) Erfüllungsaufwand der Verwaltung aufgrund der Pflicht zur Umstellung auf die elektronische Vergabe (E-Vergabe)

Das Statistische Bundesamt hat für die Verwaltung aufgrund der Umstellung auf die E-Vergabe einen ersparten Erfüllungsaufwand in Höhe von rund 164 Millionen Euro errechnet. Bei der Berechnung wurde dem Umstand Rechnung getragen, dass bereits in den Vorjahren schrittweise Teilprozesse des Vergabeverfahrens von einer ursprünglich ausschließlich postalischen und papierabhängigen Vorgehensweise auf IKT-basierte Verfahren umgestellt werden. Das Vergabeverfahren wurde daher zur Einschätzung der Veränderungen durch das Statistische Bundesamt in Module zergliedert, und diese wurden jeweils einzeln bewertet.

Dem steht ein vom Statistischen Bundesamt angenommener Erfüllungsaufwand in Höhe von rund 20 Millionen Euro infolge der Notwendigkeit des Erwerbs von Softwarelizenzen gegenüber.

Daraus resultiert ein ersparter Erfüllungsaufwand in Höhe von rund 144 Millionen Euro.

Zur Einschätzung der Veränderungen innerhalb des Vergabeprozesses wurde dieser in Module zergliedert, jeweils einzeln bewertet und in einem letzten Schritt das Einsparpotenzial bei vollständiger Umstellung auf aus-schließlich elektronische Verfahren ermittelt. Basis für die Kostenberechnung des herkömmlichen Verfahrens waren die „Zeitwerttabel-

le Wirtschaft“ sowie die „Lohnkostentabelle Verwaltung“ des Leitfadens zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands in Regelungsvorhaben der Bundesregierung. Dem gegenüber dienten Befragungsergebnisse ausgewählter Vergabestellen als Grundlage für die Berechnung der Kosten einer E-Vergabe im Vergleich zu einem postalischen und papierabhängigen Verfahren.

In einem Vergabeverfahren oberhalb der geltenden Schwellenwerte sollen Auftraggeber und Unternehmen für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten, insbesondere für die Kommunikation, grundsätzlich elektronische Mittel verwenden. Das bedeutet im Einzelnen, dass

– die Bekanntmachung ausschließlich auf elektronischem Weg erfolgt (Modul I),

– die Vergabeunterlagen elektronisch abrufbar zur Verfügung stehen (Modul II),

– sämtliche Kommunikation auf elektronischem Weg stattfindet (Module III und V),

– die Angebotsabgabe und die Angebotsannahme elektronisch zu erfolgen haben (Modul IV) und

– die Dokumentation und die Archivierung ebenfalls papierlos vorgenommen werden (Modul VI).

Der Aufwand für die Module wurde je Vergabeverfahren (beispielsweise für die Bekanntmachung) oder je Bewerbung (beispielsweise für die Angebotsannahme) erhoben. Die hierfür anzusetzenden Fallzahlen wurden wie folgt errechnet:

– Anzahl der Vergaben mit Bekanntmachung ≈ 985.200. Davon sind rund 13 Prozent Vergaben oberhalb der geltenden Schwellenwerte = 116.376 Vergaben.

– Anzahl der Bewerbungen auf Vergaben nach Bekanntmachung ≈ 19 Millionen. Bezogen auf rund 13 Prozent Vergaben oberhalb der gelten-den Schwellenwerte = 2,47 Millionen Bewerbungen.

Prozessschritt	Bezeichnung	Veränderung der Kosten in Euro
Modul I	Bekanntmachung	≈ – 70 Millionen
Modul II	Bereitstellen der Vergabeunterlagen	≈ – 50 Millionen
Modul III	Kommunikation während der Angebotsphase	≈ – 1 Millionen
Modul IV	Angebotsannahme	≈ – 40 Millionen
Modul V	Mitteilung an die Bieter	≈ – 2 Millionen
Modul VI	Abschluss des Vorgangs	≈ – 1 Millionen
	Einsparung seitens der Vergabestellen	≈ – 164 Millionen

	Mehrausgaben für Softwarelizenzen	≈ 20 Millionen[3)]
	Belastungsveränderung insgesamt	≈ – 144 Millionen

Für die Berechnung des Statistischen Bundesamtes gilt, wie bereits unter A. IV. 4.2, die Einschränkung, dass nicht exakt ermittelbar ist, inwieweit der ersparte Erfüllungsaufwand sich jeweils auf Vergaben unterhalb oder oberhalb der geltenden Schwellenwerte verteilt.

Legt man näherungsweise die von der Kienbaum Management Consultants GmbH anhand einer Stichprobe zuletzt ermittelten prozentualen Verhältnisse der Zahl der Vergaben oberhalb (13%) und der Zahl der Vergaben unterhalb (87%) der geltenden Schwellenwerte zugrunde (Erster Zwischenbericht der Kienbaum Management Consultants GmbH zum Forschungsvorhaben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie „Statistik der öffentlichen Beschaffung in Deutschland – Grundlagen und Methodik“, verfügbar unter http://www.kienbaum.de/Portaldata/1/Resources/downloads/Zwischenbericht_1_Elektronische_Vergabestatistik_fuer_Veroeffentlichung.pdf), könnte der ersparte Erfüllungsaufwand wie folgt auf den Oberschwellenbereich eingegrenzt werden:

Prozessschritt	Bezeichnung	Veränderung der Kosten in Euro
Modul I	Bekanntmachung	≈ – 9 Millionen
Modul II	Bereitstellen der Vergabeunterlagen	≈ – 6,7 Millionen
Modul III	Kommunikation während der Angebotsphase	≈ – 0,2 Millionen
Modul IV	Angebotsannahme	≈ – 5,2 Millionen
Modul V	Mitteilung an die Bieter	≈ – 0,3 Millionen
Modul VI	Abschluss des Vorgangs	≈ – 0,2 Millionen
	Einsparung seitens der Vergabestellen	≈ – 21,6 Millionen
	Mehrausgaben für Softwarelizenzen	≈ 20 Millionen[4)]
	Belastungsveränderung insgesamt	≈ – 1,6 Millionen

[3)] Die Kosten für Softwarelizenzen sind sehr unterschiedlich ausgestaltet und können daher nur vage beziffert werden. Sie fallen anteilig sowohl für den Bereich unterhalb der geltenden Schwellenwerte als auch für den Bereich oberhalb der geltenden Schwellenwerte an. Eine exakte Zurechnung zu einem der beiden Bereiche ist nicht möglich. Zu beachten ist außerdem, dass die Kosten für Softwarelizenzen nur einmalig – über die gesamte Nutzungsdauer einer Software hinweg – anfallen, die Software jedoch für eine Vielzahl von Vergabeverfahren genutzt wird. Die für ein einzelnes Vergabeverfahren anfallenden Lizenzkosten sind daher deutlich geringer als in der Tabelle ausgewiesen.

[4)] Vergleiche Fußnote Nr. 3.

Modul I Bekanntmachung

Für die Bekanntmachung nach den herkömmlichen Verfahrensweisen wird der Zeitaufwand pro Vergabeverfahren auf 27 Minuten geschätzt. Unter der Annahme eines durchschnittlichen ebenenübergreifenden Lohnsatzes für den gehobenen Dienst von 36,30 Euro und Zusatzkosten für die Anzeige von 250 Euro fallen für diesen Teilprozess Ausgaben in Höhe von 270 Euro an. Bei Umstellung verkürzt sich der Zeitaufwand für die Sachbearbeiterinnen und Sachbearbeiter auf durchschnittlich 17 Minuten. Kosten für die Veröffentlichungen entfallen ganz, sodass für diesen Teilaspekt nur noch Kosten in Höhe von 12 Euro zu erwarten sind. Berücksichtigt man, dass nur 30 Prozent der Vergabestellen noch nicht elektronisch bekanntgeben, errechnet sich eine Einsparsumme von jährlich etwa 9 Millionen Euro.

Modul II Bereitstellen der Vergabeunterlagen

Vergabeunterlagen werden zum Herunterladen zur Verfügung gestellt und müssen nicht mehr in Papierform bereitgehalten und auf Anfrage versandt werden. Der komplette Aufwand für die Versandvorbereitung von schätzungsweise 37 Minuten pro Vergabeverfahren entfällt. Auch der Aufwand für den eigentlichen Versand nach Anfrage (etwa 15 Minuten pro Fall) entfällt vollständig, da die Unternehmen die relevanten Unterlagen eigenständig elektronisch abrufen können. Unterstellt man für diese Vorgänge einen durchschnittlichen ebenenübergreifenden Lohnsatz für den mittleren Dienst von 27,50 Euro, entfallen für 30 Prozent der Vergabestellen Kosten in Höhe von jährlich 6,7 Millionen Euro. Zusatzkosten für Druck und Versand müssen an dieser Stelle unberücksichtigt bleiben, da der Kostenersatz für die Vervielfältigung der Vergabeunterlagen von den Unternehmen zu tragen war.

Modul III Kommunikation während der Angebotsphase

Für diesen Teilprozess konnte nur eine geringe Zeitersparnis identifiziert werden. Nach herkömmlichem Verfahren erfolgen die Mitteilungen an die Bieter bereits heute schon standardmäßig per Fax oder E-Mail. Mit Um-stellung auf E-Vergabe können alle Bieter auf eine Ausschreibung mit einer Mitteilung „per Knopfdruck“ angesprochen werden. So reduziert sich der Zeitaufwand schätzungsweise von 22 auf 20 Minuten pro Mitteilung (Lohnkosten 36,30 Euro). Unterstellt man, dass im Schnitt pro Vergabeverfahren drei Anfragen zu bearbeiten sind, bemisst sich die jährliche Einsparsumme für 30 Prozent aller Vergabestellen auf 230 Tausend Euro.

Modul IV Angebotsannahme

Bei einer elektronisch unterstützten Angebotsannahme gehen die Unterlagen der Bieter unmittelbar den Sachbearbeiterinnen und Sachbearbeitern zur weiteren Bearbeitung zu. Der Zeitbedarf von angenommenen 6 Minuten für das Entgegennehmen, das hausinterne Verteilen, Zuordnen und Überwachen der Fristen einer Bewerbung entfällt vollständig. Bei einer Fallzahl von 2,47 Millionen Bewerbungen, einem Lohnsatz von 27,50 Euro für den mittleren Dienst und der Annahme, dass heute bei lediglich 35 Pro-zent der Vergabestellen bereits eine elektronisch Angebotsabgabe möglich ist, kann in diesem Punkt mit einer jährlichen Einsparung von 5,2 Millionen Euro gerechnet werden.

Modul V Mitteilung an die Bieter

Ergeht nach Abschluss des Prüfverfahrens die Mitteilung über die Entscheidung an alle Bieter zukünftig über ein elektronisch gestütztes System, geht damit eine Zeitersparnis von schätzungsweise 11 Minuten pro Verfahren einher. Für wiederum 30 Prozent aller Vergabestellen und anzusetzende Lohnkosten von 36,30 Euro kann das jährliche Einsparpotenzial mit insgesamt 260 Tausend Euro beziffert werden.

Modul VI Abschluss des Vorgangs

Der Zeitaufwand für diesen abschließenden Prozessschritt sinkt vermutlich nach Einschätzung der Befragten um 80 Prozent. Die Ersparnis beläuft sich, bezogen auf 30 Prozent der Vergabestellen, auf jährlich 230 Tausend Euro.

Ob und in welcher Höhe zusätzlich einmaliger Umstellungsaufwand für die Schulung der in den Vergabestellen eingesetzten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter anfällt, lässt sich nicht zuverlässig abschätzen. Am Markt wer-den verschiedene Programmlösungen für die E-Vergabe angeboten. Unter der Annahme, dass 70 Prozent aller Vergabestellen bereits E-Vergabe praktizieren, entstünde bei maximal 30 Prozent aller Vergabestellen einmaliger Schulungsaufwand von maximal einem Tag für durchschnittlich fünf Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter pro Behörde. Zu erwarten wäre somit ein einmaliger Erfüllungsaufwand in Höhe von 13,1 Millionen Euro. Von Zusatzkosten für Lehrpersonal wäre nicht auszugehen, da es sich in der Regel um kostenfreie Zusatzangebote der Programmanbieter handelt be-ziehungsweise die Lizenzgebühren die Schulungen umfassen. Ob aus dem Einsatz elektronischer an Stelle von papiergebundenen Lösungen beziehungsweise Verfahren tatsächlich Schulungsbedarf resultiert, kann allerdings nicht angegeben werden. Die Vorkenntnisse der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sowie die Komplexität von auf dem Markt befindlichen E-Vergabelösungen sind derart heterogen, dass eine Prognose nicht möglich ist

Nach Schätzungen im Rahmen des Regierungsprogramms „Digitale Verwaltung 2020“ entstehen für die vollständige Umstellung auf die E-Vergabe jährliche Kosten in Höhe von zwei Millionen Euro. Die Kosten für die Durchführung aller ausgeschriebenen Aufträge werden im selben Zusammenhang für 2014 auf rund 739 Millionen Euro geschätzt. Bei der vollständigen Umstellung auf E-Vergabe (bezogen also auf Vergaben unterhalb und oberhalb der geltenden Schwellenwerte) könnte somit bei einer geschätzten Einsparung von rund 20% der aktuellen Kosten ersparter Erfüllungsaufwand in Höhe von rund 146 Millionen Euro angenommen werden:

739 Millionen Euro * 20 Prozent

——————————————— = 147,8 Millionen Euro (≈ 148 Millionen Euro)

– 148 Millionen Euro = ersparter Erfüllungsaufwand

– 142 Millionen Euro = Kosten für die Umstellung auf E-Vergabe

– 146 Millionen Euro = resultierender ersparter Erfüllungsaufwand

Die veranschlagte geschätzte Kosteneinsparung in Höhe von rund 20 Prozent der geschätzten aktuellen Kosten für die Durchführung eines Vergabeverfahrens resultiert aus Synergieeffekten, Standardisierungen und einer weitreichenden Digitalisierung des gesamten Beschaffungsprozesses als Ausfluss unter anderem des Anschlusses aller aktuell rund 600 Bundesbehörden an die Internetplattform e-Vergabe sowie an das Kaufhaus des Bundes (KdB). Der Anschluss aller aktuell rund 600 Bundesbehörden an die Internetplattform e-Vergabe sowie an das KdB wurde vom Staatssekretärsausschuss Digitale Verwaltung 2020 am 03.03.2015 beschlossen.

Etwaiger Mehrbedarf an Sach- und Personalmitteln beim Bund soll finanziell und stellenmäßig im jeweiligen Einzelplan ausgeglichen werden.

b. Erfüllungsaufwand der Verwaltung aufgrund der Erfüllung von Statistikpflichten

aa) Entstehender Erfüllungsaufwand

i) Vergabestellen in Bund, Ländern und Kommunen

Der Verwaltung in Bund, Ländern und Kommunen entsteht ein geschätzter Erfüllungsaufwand in Höhe von 36,72 Millionen Euro. Dieser resultiert aus der Erhebung und Übermittlung statistischer Daten sowie aus dem personellen und finanziellen Aufwand für den laufenden Betrieb der Vergabestatistik.

Dieser Schätzung liegen folgende Annahmen und Berechnungen zugrunde:

- Die Zahl der Vergabestellen in der Bundesrepublik Deutschland wird auf rund 30.000 geschätzt (Erster Zwischenbericht der Kienbaum Management Consultants GmbH zum Forschungsvorhaben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie „Statistik der öffentlichen Beschaffung in Deutschland – Grundlagen und Methodik“, verfügbar unter http://www.kienbaum.de/Portaldata/1/Resources/downloads/Zwischenbericht_1_Elektronische_Vergabestatistik_fuer_Veroeffentlichung.pdf).

- Jährlich werden in der Bundesrepublik Deutschland rund 16.200.000 Vergabeverfahren unter- wie oberhalb der geltenden Schwellenwerte durchgeführt (ebd.).

- Im Durchschnitt führt jede Vergabestelle 540 Vergabeverfahren pro Jahr durch (ebd.).

- Rund 13 Prozent aller Vergaben haben Auftragswerte oberhalb der geltenden Schwellenwerte. Rund 87 Prozent aller Vergaben haben Auftragswerte unterhalb der geltenden Schwellenwerte (ebd.).

- Der Stundenlohn für eine Mitarbeiterin oder einen Mitarbeiter einer Vergabestelle wird mit 34,60 Euro angenommen (Jahresschätzung der Arbeitskosten je geleistete Stunde im Jahr 2013 des Statistischen Bundesamtes, verfügbar unter https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/VerdiensteArbeitskosten/ArbeitskostenLohnnebenkosten/Tabellen/ArbeitskostenJeStunde.html). Der durchschnittliche Minutenlohn einer Mitarbeiterin beziehungsweise eines Mitarbeiters einer Vergabestelle beträgt demnach rund 0,58 Euro.

- Elf Prozent aller Vergabestellen, die einen Auftrag oberhalb der geltenden Schwellenwerte vergeben, erheben und speichern Daten zu diesen Vergabeverfahren ausschließlich in Papierform. 69 Prozent aller Vergabestellen, die einen Auftrag oberhalb der geltenden Schwellenwerte vergeben, erheben und speichern Daten zu diesen Vergabeverfahren mithilfe einer einfachen elektronischen Lösung. 20 Prozent aller Vergabestellen, die einen Auftrag oberhalb der geltenden Schwellenwerte vergeben, nutzen elektronische Vergabemanagementsysteme, um Daten zu diesen Vergabeverfahren zu erheben und zu speichern (Erster Zwischenbericht der Kienbaum Management Consultants GmbH zum Forschungsvorhaben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie „Statistik der öffentlichen Beschaffung in Deutschland – Grundlagen und Methodik“, verfügbar unter http://www.kienbaum.de/Portaldata/1/Resources/downloads/Zwischenbericht_1_Elektronische_Vergabestatistik_fuer_Veroeffentlichung.pdf).

- 87 Prozent aller Vergabestellen, die einen Auftrag unterhalb der geltenden Schwellenwerte vergeben, erheben und speichern bereits jetzt Daten zu diesen Auftragsvergaben. Zwölf Prozent dieser Vergabestellen tun dies ausschließlich in Papierform. 72 Prozent dieser Vergabestellen nutzen dafür elektronische Lösungen. 16 Prozent dieser Vergabestellen verwenden zu diesem Zweck elektronische Vergabemanagementsysteme (ebd.). 13 Prozent aller Vergabestellen, die einen Auftrag unterhalb der geltenden Schwellenwerte vergeben, erheben und speichern dagegen zurzeit keine Daten zu diesen Auftragsvergaben (ebd.).

- Der Verwaltung in Bund, Ländern und Kommunen entstehen für das Erheben und/oder Übermitteln statistischer Daten zu Indikatoren, die bereits in den für Bekanntmachungen von Vergabeverfahren oberhalb der geltenden Schwellenwerte verpflichtend zu nutzenden Formularen der Europäischen Union anzugeben sind, keine Erfüllungsaufwände für die Erfüllung der Statistikpflichten. Aufgrund der verpflichtenden Umstellung auf die E-Vergabe fallen entsprechende Aufwände für Geräte, Programme, deren Betrieb und gegebenenfalls Beratung und Schulung bereits in diesem Zusammenhang an. Es entsteht auch kein zusätzlicher Aufwand für die Datenerhebung, da die zu erhebenden und zu übermittelnden Daten weitgehend automatisch im Verlaufe des Vergabeverfahrens generiert und nach Verfahrensabschluss elektronisch an die statistikführende Stelle übermittelt werden sollen. Der geschätzte Zeitaufwand für das Erheben und/oder Übermitteln statistischer Daten zu Indikatoren, die nicht bereits in den für Bekanntmachungen von Vergabeverfahren oberhalb der geltenden Schwellenwerte verpflichtend zu nutzenden EU-Formulare anzugeben sind, beträgt maximal eine Minute je Vergabeverfahren. Betroffen sind ausschließlich Daten zur Größe eines Unternehmens, auf dessen Angebot der Zuschlag in einem Vergabeverfahren erteilt wurde (Anwendung der EU-KMU-Definition), sowie zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien bei der Auftragsvergabe.

- Der geschätzte Zeitaufwand für das Aufbereiten und Übermitteln von Daten zu Auftragsvergaben unterhalb der geltenden Schwellenwerte bei Vergabestellen, die solche Daten zurzeit ausschließlich in Papierform erheben und speichern, beträgt fünf Minuten je Vergabeverfahren. Der geschätzte Zeitaufwand für das Aufbereiten und Übermitteln von Daten zu Auftragsvergaben unterhalb der geltenden Schwellenwerte bei Vergabestellen, die solche Daten zurzeit mithilfe einer einfachen elektronischen Lösung erheben und speichern, beträgt zwei Minuten je Vergabeverfahren.

- Der geschätzte Zeitaufwand für das Erheben und Übermitteln von Daten zu Auftragsvergaben unterhalb der geltenden Schwellenwerte bei Vergabestellen, die solche Daten zurzeit nicht erheben und speichern, beträgt zwischen zehn und 15 Minuten je Vergabeverfahren, wobei der anzusetzende Zeitaufwand davon abhängt, wie weitreichend auf den Einsatz von IKT im Vergabeverfahren umgestellt wird.

- Für die Erfüllung der Statistikpflichten fällt weiterer Erfüllungsaufwand in geringer Höhe für Geräte und Programme der IKT aufgrund der verpflichtenden Einführung der E-Vergabe ausschließlich bei den Haushalten in Bund, Ländern und Kommunen an, deren Vergabestellen ausnahmslos Vergaben unterhalb der geltenden Schwellenwerte durchführen und die zugleich nicht über die erforderliche Ausstattung an Geräten und Programmen der IKT verfügen, um statistische Daten zu Auftragsvergaben elektronisch an die statistikführende Stelle zu übermitteln. Dieser Aufwand lässt sich mangels verfügbarer Daten im Einzelnen nicht verlässlich abschätzen. Daher und aufgrund des mittlerweile zu vermutenden hohen Basisniveaus, die IKT-Ausstattung von Behörden betreffend, erfolgt an dieser Stelle keine gesonderte Ausweisung.

Der geschätzte Erfüllungsaufwand in Höhe von 36,72 Millionen Euro für die Erhebung und Übermittlung statistischer Daten setzt sich unter Zugrundelegung dieser Annahmen wie folgt zusammen:

		Papierform	einfache E-Lösung	Vergabe-management system
Auftragsvergaben oberhalb der geltenden Schwellenwerte	Anteil der Vergabestellen in Prozent	11	69	20
	Erfüllungsaufwand in Euro	133.590	837.977	242.892
Auftragsvergaben unterhalb der geltenden Schwellenwerte	Anteil der Vergabestellen in Prozent, die zurzeit Daten erheben und speichern	87		
	davon Anteil der Vergabestellen in Prozent	12	72	16
	Erfüllungsaufwand in Euro	5.091.091	15.273.273	1.131.353
	Anteil der Vergabestellen in Prozent, die zurzeit keine Daten erheben und speichern	13		
	Erfüllungsaufwand in Euro	13.777.806		
Gesamterfüllungsaufwand in Millionen Euro		36,72		

Schätzungsweise verteilt sich der Gesamterfüllungsaufwand für die Datenerhebung und -übermittlung zu rund zwölf Prozent auf den Bund (rund 4,41 Millionen Euro), zu rund 30 Prozent auf die Länder (11,02 Millionen Euro) und zu rund 58 Prozent auf die Kommunen (21,30 Millionen Euro).

Das entspricht einem Gesamterfüllungsaufwand für die Datenerhebung und -übermittlung von 1.216 Euro pro Jahr, der jeweils einer Vergabestelle entsteht.

Der durchschnittliche Gesamtarbeitszeitaufwand je Vergabestelle beträgt jährlich rund 2.295 Minuten. Das entspricht 4,5 Arbeitstagen à 8,5 Stunden.

ii) Statistikführende Stelle

Erfüllungsaufwand entsteht außerdem bei der die Statistik führenden Stelle. Geschätzt wird ein Bedarf an rund sieben Vollzeitkräften mit durchschnittlich der Entgeltstufe E9 (zwischen 2.436,14 und 3.208,16 Euro/Monat; hier angesetzt 2.800 Euro/Monat; Quelle http://oeffentlicher-dienst.info/tvoed/bund/) für den Betrieb der Vergabestatistik. Das entspricht einem Erfüllungsaufwand in Höhe von 235.200 Euro/Jahr. Der Erfüllungsaufwand für den Betrieb und die Wartung der Vergabestatistik wird auf jährlich rund 35.000 Euro geschätzt (auf Basis „Controllingsystem Bundesfernstraßenbau“ beim Bundesministerium für Verkehr und Infrastruktur. Der Gesamterfüllungsaufwand pro Jahr bei der die Statistik führenden Stelle beträgt somit 270.200 Euro.

Für die Erstellung des Statistikprogrammes, für die erforderliche IT-Infrastruktur sowie für notwendige Schulungen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sind einmalig rund 1,1 Mio. Euro an Erfüllungsaufwand zu veranschlagen. Zugrunde liegen eine Ausgabenschätzung auf Basis der Ausgaben, die für Aufbau und Betrieb des „Controllingsystem Bundesfernstraßenbau“ beim Bundesministerium für Verkehr und Infrastruktur entstanden sind, sowie internationale Erfahrungswerte.

Etwaiger Mehrbedarf an Sach- und Personalmitteln beim Bund soll finanziell und stellenmäßig im jeweiligen Einzelplan ausgeglichen werden.

bb) Ersparter Erfüllungsaufwand

Die Verwaltung in Bund, Ländern und Kommunen muss bereits nach geltendem Recht Daten zu Auftragsvergaben erheben und an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie übermitteln. Zurzeit geschieht dies in einem aufwändigen, papierbasierten und fehleranfälligen Verfahren. Daher spart die Verwaltung in Bund, Ländern und Kommunen durch die Einrichtung einer bundesweiten elektronischen Vergabestatistik Erfüllungsaufwand in nicht verlässlich abschätzbarer Höhe. Diese Einsparung resultiert aus den Maßnahmen zur Umstellung der bisherigen Berichterstattungsprozesse der Vergabestellen in Bund, Ländern und Kommunen gegenüber dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie sowie aus den Maßnahmen zur Umstellung und Vereinfachung des Verfahrens zur Meldung statistischer Daten über Auftragsvergaben durch die Bundesrepublik Deutschland an die Europäische Kommission.

Der Bund spart außerdem eine Vollzeitkraft beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie ein, bezüglich derer der Erfüllungsaufwand entsprechend dem oben zugrunde gelegten Monatsentgelt für die Entgeltstufe E9 pro Jahr 33.600 Euro beträgt.

5. Weitere Kosten

Unmittelbar durch dieses Gesetz werden die Kosten für Unternehmen und Verbraucher nicht berührt. Auswirkungen auf Einzelpreise und das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind daher nicht zu erwarten.

6. Weitere Gesetzesfolgen

Die Regelungen haben keine spezifischen Auswirkungen für Verbraucherinnen und Verbraucher.

Die im Gesetz enthaltenen Regelungen betreffen das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen, die Gewährleistung der Gleichbehandlung von Unternehmen, den Anspruch auf Einhaltung der Vergabevorschriften und Nachprüfungsverfahren. Sie führen im Ergebnis zu keinen unterschiedlichen Auswirkungen bei Frauen und Männern und damit nicht zu auch nur mittelbaren Beeinträchtigungen. Die branchenübergreifend weitgehend gleichen Rahmenbedingungen für die Wirtschaft und die Auftraggeber werden Frauen und Männer gleichermaßen gerecht.

In Umsetzung der Richtlinien wird die Möglichkeit, soziale Aspekte im Vergabeverfahren einzubeziehen, gestärkt. Davon umfasst sind gleichstellungspolitische Aspekte, soweit die zwingenden Bedingungen der Richtlinien für die Einbeziehung eingehalten werden. Folglich sind positive gleichstellungspolitische Auswirkungen zu erwarten.

Die Regelungen sind entsprechend § 1 Absatz 2 Satz 1 Bundesgleichstellungsgesetz geschlechtergerecht formuliert.

VII. Befristung; Evaluation

Eine Befristung ist nicht vorgesehen, da zwingende EU-Richtlinien in nationales Recht umgesetzt werden. Das Gesetz erfüllt zudem die Daueraufgabe, ein wettbewerbliches und transparentes Vergabeverfahren sicherzustellen; diese Daueraufgabe kann nicht be-

fristet werden. Auch das Bedürfnis der Wirtschaft nach Rechtssicherheit erfordert eine unbefristete gesetzliche Regelung.

Die Bundesregierung wird die Auswirkungen des Gesetzes sorgfältig beobachten und erforderlichenfalls Änderungen vorschlagen.

B. Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen)

Zu Nummer 1

Durch die Umsetzung der drei EU-Vergaberichtlinien wird der bisherige Vierte Teil des GWB vollständig geändert, umfassend erweitert und neu strukturiert. Vor diesem Hintergrund ist eine Neufassung der Inhaltsübersicht der Teile 4 bis 6 erforderlich.

Zu Nummer 2

Zu Teil 4 (Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen)

Ziel des überarbeiteten Teil 4 ist es, dem Rechtsanwender ein möglichst übersichtliches und leicht handhabbares Regelwerk zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen an die 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 wird das neue Kapitel 1 Vergabeverfahren (bislang Erster Abschnitt) künftig in drei neue Abschnitte untergliedert: Abschnitt 1 betrifft die für alle Vergaben geltenden Grundsätze, Definitionen und den Anwendungsbereich des Vergabeverfahrens. Abschnitt 2 enthält die wesentlichen Vorschriften für die klassische öffentliche Auftragsvergabe, d.h. für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber. Damit werden die wesentlichen Vorschriften der Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt. Abschnitt 3 enthält die wesentlichen Vorgaben für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen in besonderen Bereichen sowie für die Vergabe von Konzessionen. Dies betrifft im Einzelnen die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung sowie des Verkehrs (Unterabschnitt 1), die Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen (Unterabschnitt 2) sowie die Vergabe von Konzessionen (Unterabschnitt 3). Damit werden die besonderen Vorgaben der Richtlinien 2014/25/EU (Unterabschnitt 1), 2009/81/EG (Unterabschnitt 2) und 2014/23/EU (Unterabschnitt 3) umgesetzt. Um Doppelregelungen zu vermeiden, wird in diesen Unterabschnitten soweit wie möglich auf die allgemeinen Regeln für die öffentliche Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber in Abschnitt 2 verwiesen.

Das neue Kapitel 2 umfasst entsprechend dem bisherigen zweiten Abschnitt die Regelungen zum Nachprüfungsverfahren. In Kapitel 2 wurden auch die „Sonstigen Regelungen“ des bisherigen dritten Abschnitts integriert.

Zu Kapitel 1 (Vergabeverfahren)

Zu Abschnitt 1 (Grundsätze, Definitionen und Anwendungsbereich)

Der neue Abschnitt 1 enthält die wesentlichen Vorschriften der für alle Vergaben geltenden Grundsätze und Definitionen sowie den Anwendungsbereich des Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich. § 97 regelt die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens. Die §§ 98 bis 101 definieren den Begriff der Auftraggeber (§ 98), der öffentlichen Auftraggeber (§ 99), der Sektorenauftraggeber (§ 100) sowie der Konzessionsauftragge-

ber (§101). § 102 bestimmt, welche Tätigkeiten Sektorentätigkeiten sind; diese waren bislang in einer Anlage zum GWB enthalten. §§ 103 bis 105 enthalten die Definitionen zu öffentlichen Aufträgen (§ 103), zu verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen (§104) sowie zu Konzessionen (§ 105). § 106 sieht nunmehr eine dynamische Verweisungsvorschrift auf die jeweils geltenden Schwellenwerte vor. § 107 legt allgemeine Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Teils 4 fest, die für alle Vergaben von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen gelten. § 108 regelt einheitlich die neuen Vorgaben zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit. § 109 nimmt Auftragsvergaben auf der Grundlage internationaler Verfahrensregeln vom Anwendungsbereich des Teils 4 aus, §§ 110 bis 112 regeln die anzuwendenden Vorschriften für gemischte Vergaben und gemischte Aufträge und schließlich enthält § 113 eine einheitliche Verordnungsermächtigung zum Erlass der jeweiligen Rechtsverordnungen. § 114 enthält Berichtspflichten zur Anwendung des Vergaberechts und Statistikpflichten sowie eine Verordnungsermächtigung an die Bundesregierung.

Zu § 97 (Grundsätze der Vergabe)

Zu Beginn des Teils 4 führt § 97 wie bisher in die wesentlichen Grundsätze der Vergabe ein. Dabei wurde die Vorschrift zur Umsetzung der Richtlinie 2014/23/EU um Aspekte der Konzessionsvergabe ergänzt. Im Unterschied zu früher sind die in § 97 Absatz 6 und §°127 GWB enthaltenen Verordnungsermächtigungen und die bislang in §°97 Absatz 4 bis 6 GWB enthaltenen Vorgaben zu Eignung, Zuschlag und Ausführungsbedingungen öffentlicher Aufträge nunmehr in § 113 f. und §§ 122 ff. geregelt.

Zu Absatz 1

§ 97 Absatz 1 entspricht zu Wettbewerb und Transparenz der bisherigen Regelung und wurde zum Zwecke der Klarstellung um den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit ergänzt. Gemäß § 97 Absatz 1 Satz 1 werden öffentliche Aufträge und Konzessionen im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben. Nach wie vor gewährleistet die Organisation größtmöglichen Wettbewerbs die breite Beteiligung der Wirtschaft an der Versorgung der öffentlichen Hand und sorgt für einen sparsamen, effizienten und effektiven Einsatz von öffentlichen Mitteln. Die Einhaltung transparenter Verfahren dient zugleich auch der Korruptionsprävention und der Verhinderung anderer unlauterer Verhaltensweisen. In § 97 Absatz 1 Satz 2 wird nunmehr klargestellt, dass bei der Vergabe die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden. Damit wird der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, der bislang im Hinblick auf verschiedene Aspekte der Zuschlagserteilung in § 97 Absatz 5 und § 101 Absatz 6 GWB („wirtschaftlichstes Angebot“) und § 115 Absatz 2 Satz 1, § 118 Absatz 2 Satz 1, § 121 Absatz 1 Satz 2 GWB („wirtschaftliche Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers“) berücksichtigt war, als allgemeiner Grundsatz des Vergabeverfahrens hervorgehoben. Auch Artikel 41 der Richtlinie 2014/23/EU, Artikel 67 der Richtlinie 2014/24/EU, Artikel 82 der Richtlinie 2014/25/EU stellen im Zusammenhang mit dem Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot bzw. auf den wirtschaftlichen Gesamtvorteil ab. Dass öffentliche Auftraggeber bei ihren Beschaffungsaktivitäten auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren müssen, insbesondere bei den Anforderungen an die Leistungsbeschreibung, die Eignung, den Zuschlag und die Ausführungsbedingungen, folgt ausdrücklich aus Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU, Artikel 18 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 36 der Richtlinie 2014/25/EU.

Zu Absatz 2

§ 97 Absatz 2 greift den Regelungsgehalt des bisherigen § 97 Absatz 2 auf. Danach gehört die Gleichbehandlung der Bieter zu den elementaren Grundsätzen des deutschen Vergaberechts. Nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz müssen etwa alle am Verfahren beteiligten Unternehmen den gleichen Zugang zu Informationen haben und an sie die gleichen Bewertungsmaßstäbe gesetzt werden. Eine Ungleichbehandlung ist nur dann

gestattet, wenn sie aufgrund eines Gesetzes, d.h. unmittelbar durch bundes- oder landesgesetzliche Vorschriften oder untergesetzlichen Normen (insb. Rechtsverordnungen) ausdrücklich geboten oder gestattet ist. Beispiel hierfür ist die Bevorzugung von anerkannten Werkstätten für Menschen mit Behinderung nach § 141 des Neunten Buchs Sozialgesetzbuch. Eine Diskriminierung auf Grund der Herkunft eines Bieters ist auszuschließen, wobei nicht zwischen Bietern aus Deutschland, aus EU-Staaten oder aus Nicht-EU-Staaten unterschieden wird.

Zu Absatz 3

Durch die Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU wird die Einbeziehung strategischer Ziele bei der Beschaffung umfassend gestärkt. In jeder Phase eines Verfahrens, von der Definition der Leistung über die Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bis hin zur Vorgabe von Ausführungsbedingungen können qualitative, soziale, umweltbezogene oder innovative (nachhaltige) Aspekte einbezogen werden. Mit Blick auf die Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Waren oder die Berücksichtigung der Belange von Menschen mit Behinderung bei der Definition der Leistung sind vom öffentlichen Auftraggeber sogar zwingende Vorgaben zu machen. Diesem Umstand trägt der Absatz 3 Rechnung, indem bereits bei den Grundsätzen der Auftragsvergabe auf diese Möglichkeit für den Auftraggeber hingewiesen wird. Die konkrete Ausgestaltung der Möglichkeiten zur Einbeziehung strategischer Ziele erfolgt bei den jeweiligen gesetzlichen Einzelvorschriften sowie in den Rechtsverordnungen, die auf der Grundlage dieses Teils erlassen werden.

Zu Absatz 4

§ 97 Absatz 4 entspricht wortgleich dem bisherigen § 97 Absatz 3 GWB. Danach sind die Interessen mittelständischer Unternehmen vornehmlich zu berücksichtigen, indem öffentliche Aufträge in Form von Losen vergeben werden müssen, sofern nicht eine Gesamtvergabe aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen erforderlich ist.

Zu Absatz 5

Absatz 5 setzt den Grundsatz der elektronischen Kommunikation im Vergabeverfahren des Artikels 29 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU, Artikels 22 Absatz 1 Unterabsatz 1 Satz 1 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikels 40 Absatz 1 Unterabsatz 1 Satz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um. In jedem Stadium eines Vergabeverfahrens sollen sowohl die Auftraggeber als auch die Unternehmen grundsätzlich elektronische Mittel nutzen. Mit dieser grundsätzlichen Vorgabe zur Nutzung elektronischer Mittel sind Ausnahmen wie zum Beispiel im Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/81/EG ebenso erfasst wie die von den Richtlinien 2014/24/EU und 2014/23/EU vorgesehenen Übergangsfristen. Die elektronische Kommunikation betrifft insbesondere die elektronische Erstellung und Bereitstellung der Bekanntmachung und der Vergabeunterlagen, die elektronische Angebotsabgabe sowie die elektronische Vorbereitung des Zuschlags. Absatz 5 beschränkt sich auf den Grundsatz, die Ausgestaltung erfolgt in den Verordnungen, die auf der Grundlage von § 113 Satz 2 Nummer 4 erlassen werden.

Zu Absatz 6

§ 97 Absatz 6 entspricht wortgleich dem bisherigen § 97 Absatz 7 und vermittelt den Verfahrensteilnehmern ein konstitutiv wirkendes subjektives Recht auf Einhaltung der Bestimmungen des Vergabeverfahrens.

Zu § 98 (Auftraggeber)

Der neue § 98 definiert als übergeordnete Kategorie den Begriff der Auftraggeber im Sinne des Teils 4. Der Begriff umfasst alle Auftraggeber im Sinne der folgenden §§ 99 bis

101, nämlich öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99, Sektorenauftraggeber im Sinne des § 100 und Konzessionsauftraggeber im Sinne des § 101.

Zu § 99 (Öffentliche Auftraggeber)

§ 99 definiert nunmehr ausschließlich die öffentlichen Auftraggeber. Die Begriffe Sektorenauftraggeber und Konzessionsauftraggeber werden in § 100 bzw. § 101 definiert.

Die Neustrukturierung der Definitionen des öffentlichen Auftraggebers verbessert die Übersichtlichkeit und Lesbarkeit für den Rechtsanwender. Im Sinne einer übersichtlichen und klar strukturierten Regelung ist eine Trennung zwischen den Begriffen des öffentlichen Auftraggebers nach § 99 und des Sektorenauftraggebers nach § 100 angezeigt. Der bisherige § 98 Nummer 4 wird deshalb in § 100 überführt.

Die Neustrukturierung wird zudem erforderlich durch die Umsetzung der neuen Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen (Richtlinie 2014/23/EU). Die Richtlinie 2014/23/EU unterscheidet in ihren Artikeln 6 und 7 zwischen „öffentlichen Auftraggebern“ einerseits und „Auftraggebern“, die einer Sektorentätigkeit nachgehen und zum Zwecke dieser Tätigkeit Konzessionen vergeben, andererseits. Die Richtlinie 2014/23/EU behält diese Unterscheidung auch in den materiellen Regelungen bei. Diese Systematik erfordert auch im nationalen Recht eine klare Trennung zwischen diesen beiden Kategorien von Konzessionsauftraggebern.

Der bisherige § 98 Nummer 6 kann künftig entfallen. Die Regelung diente bislang der Umsetzung des Artikel 63 Absatz 1 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 114). Eine vergleichbare Regelung ist in der neuen Richtlinie 2014/24/EU nicht mehr enthalten. Die Vergabe von Konzessionen ist nun abschließend in der Richtlinie 2014/23/EU geregelt, die ebenso wenig normiert, dass natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die mit Stellen nach § 99 Nummern 1 bis 3 eine Baukonzession geschlossen haben, hinsichtlich der Aufträge an Dritte öffentliche Auftraggeber sein sollen.

Zu Nummer 1

§ 99 Nummer 1 entspricht dem bisherigen § 98 Nummer 1.

Zu Nummer 2

§ 99 Nummer 2 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 98 Nummer 2. Die Vorschrift wurde zum besseren Verständnis neu strukturiert. Darüber hinaus wurde zum Zwecke der Angleichung der Halbsätze 1 und 2 das Tatbestandsmerkmal „oder über die Leitung die Aufsicht ausübt“ in Halbsatz 2 ergänzt. Halbsatz 2 regelt den Fall der vermittelten Staatsverbundenheit, in dem die Beherrschung nicht durch Gebietskörperschaften nach § 98 Nummer 1 oder deren Verbände nach § 98 Nummer 3, sondern durch einen öffentlichen Auftraggeber nach § 98 Nummer 2 Halbsatz 1 erfolgt. Nach dem bisherigen Wortlaut des § 98 Nummer 2 Satz 2 GWB waren als Beherrschungstatbestände lediglich die „überwiegende Finanzierung“ und die „Bestimmung der Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs“ vorgesehen. Der in dem bisherigen § 98 Nummer 2 Satz 1 darüber hinaus vorgesehene Beherrschungstatbestand der „Ausübung der Aufsicht über die Leitung“ war bislang in § 98 Nummer 2 Satz 2 nicht enthalten. Da die Richtlinie 2014/24/EU in Artikel 2 Absatz 1 Nummer 4 hierbei keinen Unterschied macht, ist der neue Halbsatz 2 in § 99 Nummer 2 entsprechend anzupassen.

Zu Nummer 3

§ 99 Nummer 3 entspricht dem bisherigen § 98 Nummer 3.

Zu Nummer 4

§ 99 Nummer 4 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 98 Nummer 5 und betrifft bestimmte Bauvorhaben, die überwiegend von öffentlichen Auftraggebern gemäß § 99 Nummer 1 bis 3 subventioniert werden. Das Verb „finanzieren“ wird durch „subventionieren“ ersetzt. Damit wird § 99 Nummer 4 an den Wortlaut des Artikel 13 der Richtlinie 2014/24/EU angepasst, der insofern weiter zu verstehen ist, als die bisherige Regelung in § 98 Nummer 5. Nach Artikel 13 der Richtlinie 2014/24/EU kommt es nämlich in erster Linie nicht auf eine direkte Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber an. Entscheidend ist vielmehr, ob die Leistung als Subvention betrachtet werden kann. Der Begriff „subventionieren“ beschränkt sich dabei nicht auf positive Leistungen, sondern umfasst auch sonstige Begünstigungen (z.B. Steuernachlässe, so EuGH, Urteil vom 26.9.2013, C 115/12, Frankreich / Kommission). Die Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen (Richtlinie 2014/23/EU) und die Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen im Bereich der Wasser- Energie- und Verkehrsversorgung (Richtlinie 2014/25/EU) enthalten keine vergleichbare Regelung zu Artikel 13 der Richtlinie 2014/24/EU, so dass eine Umsetzung nur im Rahmen des § 99 erforderlich ist.

Zu § 100 (Sektorenauftraggeber)

Der neue § 100 definiert die Auftraggeber für die Vergabe von Aufträgen auf dem Gebiet der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie des Verkehrs. Er dient der Umsetzung des Artikel 4 der Richtlinie 2014/25/EU. Entscheidend für die Auftragsvergabe im Sinne dieser Richtlinie ist gemäß Artikel 1 Absatz 2, dass die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen für eine Sektorentätigkeit bestimmt sind.

Zu Absatz 1

Gemäß § 100 Absatz 1 können Sektorenauftraggeber sowohl öffentliche Auftraggeber (Nummer 1) als auch private Auftraggeber (Nummer 2) sein.

Zu Nummer 1

§ 100 Absatz 1 Nummer 1 betrifft öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nummer 1 bis 3. Vergeben diese Aufträge im Zusammenhang mit Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs, finden die Vorschriften über die Sektorenauftragsvergabe Anwendung.

Zu Nummer 2

§ 100 Absatz 1 Nummer 2 richtet sich an Auftraggeber, die bislang unter § 98 Nummer 4 fielen. Der besseren Übersicht halber wird künftig unterschieden zwischen Sektorenauftraggebern kraft Einräumung besonderer oder ausschließlicher Rechte (Buchstabe a) und Sektorenauftraggebern kraft beherrschenden Einflusses (Buchstabe b).

Zu Buchstabe a

§ 100 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe a) entspricht der bisherigen Formulierung in § 98 Nummer 4 Satz 1 Halbsatz 1 Alternative 1 GWB. Die Definition zu besonderen und ausschließlichen Rechten findet sich nun in einem neuen § 100 Absatz 2.

Zu Buchstabe b

§ 100 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe b) entspricht der bisherigen Formulierung in § 98 Nummer 4 Satz 1 Halbsatz 1 Alternative 2 GWB. Die Auftraggebereigenschaft für den privaten Auftraggeber ergibt sich aus dem beherrschenden Einfluss durch einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 99 Nummer 1 bis 3. Neu geregelt ist die Definition des beherrschenden Einflusses in § 100 Absatz 3.

Zu Absatz 2

§ 100 Absatz 2 definiert die ausschließlichen und besonderen Rechte im Sinne des § 100 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe a). Satz 1 entspricht dabei der bisherigen Definition des § 98 Nummer 4, 2. Halbsatz.

Der Begriff der besonderen oder ausschließlichen Rechte ist insofern von besonderer Bedeutung für die Definition des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2014/25/EU, als Auftraggeber, bei denen es sich weder um öffentliche Auftraggeber noch von öffentlichen Auftraggebern beherrschte Unternehmen handelt, den Bestimmungen der Richtlinie 2014/25/EU nur unterliegen, insoweit sie eine aufgrund besonderer oder ausschließlicher Rechte vorbehaltene Tätigkeit ausüben.

Neu ist die Ausnahme davon in Satz 2, wonach in bestimmten Fällen trotz Vorliegens besonderer oder ausschließlicher Rechte das Vergaberecht nicht zur Anwendung kommen soll. Damit wird Artikel 4 Absatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU umgesetzt. Im Kern wird damit klargestellt, dass Rechte, die im Wege eines Verfahrens gewährt wurden, das auf objektiven Kriterien beruht und bei dem eine angemessene Publizität gewährleistet wurde, keine besonderen oder ausschließlichen Rechte im Sinne dieser Richtlinie darstellen. Die Anwendung des Vergaberechts ist in diesen Fällen insofern entbehrlich, da schon bei der Gewährung der ausschließlichen und besonderen Rechte den Anforderungen an ein wettbewerbliches Verfahren genügt wurde.

Dies betrifft insbesondere den Fall, wenn bereits die Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte in einem wettbewerblichen Verfahren nach dem Viertem Teil des GWB erfolgt ist. In Anhang II der Richtlinie 2014/25/EU werden beispielhaft weitere Genehmigungsverfahren aufgrund bestimmter EU-Rechtsakte aufgeführt, die nicht zu besonderen oder ausschließlichen Rechten im obigen Sinne führen. Darunter fallen:

– Erteilung einer Genehmigung für den Betrieb von Erdgasanlagen nach Artikel 4 Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG (ABl. Nr. L 211 S. 94)

– Genehmigung oder Aufforderung zur Angebotsabgabe für den Bau neuer Stromerzeugungsanlagen gemäß der Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG (ABl. Nr. L 211 S. 55)

Beide Richtlinien waren Bestandteil des 3. Energiepaketes der EU und hatten zum Ziel die Trennung des Netzbetriebes von Versorgung und Erzeugung. Sie sind umgesetzt im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG).

– Genehmigungen in Bezug auf Postdienste, die nicht reserviert sind oder nicht reserviert werden dürfen nach Artikel 9 der Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstequalität (ABl.1998 Nr. L 15 S. 14, ber. ABl. Nr. L 23, S. 39). Die Richtlinie ist umgesetzt im Postgesetz (PostG) sowie der Postuniversaldienstleistungsverordnung (PUDLV).

– Richtlinie 94/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 1994 über die Erteilung und Nutzung von Genehmigungen zur Prospektion, Exploration und Gewinnung von Kohlenwasserstoffen (ABl. Nr. L 164 S. 3). Die Richtlinie ist im Bundesberggesetz (BBergG) umgesetzt.

– Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge auf der Grundlage eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens gemäß Artikel 5 Absatz 3 der Verordnung (EG) Num-

mer 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (ABl. Nr. L 315 S. 1). Die Verordnung ist in Teilen im Personenbeförderungsgesetz (PBefG) umgesetzt. Ansonsten gilt sie als EU-Verordnung unmittelbar.

Zu Absatz 3

§ 100 Absatz 3 dient der Umsetzung von Artikel 4 Absatz 2 zweiter Unterabsatz der Richtlinie 2004/25/EU und enthält eine Vermutungsregel, wann von einem beherrschenden Einfluss im Sinne des § 100 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe b) durch einen öffentlichen Auftraggeber auszugehen ist. Die bereits in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 31.3.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 1) enthaltene Vermutungsregel wird nunmehr im GWB umgesetzt.

Zu § 101 (Konzessionsauftraggeber)

§ 101 definiert die Auftraggeber für die Vergabe von Konzessionen und dient der Umsetzung von Artikel 6 und 7 der Richtlinie 2014/23/EU. Die Konzessionsrichtlinie betrifft sowohl die Vergabe von Konzessionen durch öffentliche Auftraggeber als auch durch Auftraggeber, die einer Sektorentätigkeit nachgehen und zum Zwecke dieser Tätigkeit Konzessionen vergeben. Die in der Konzessionsrichtlinie dafür vorgesehene Differenzierung ist auch im deutschen Recht beizubehalten, da einzelne Vorschriften der Konzessionsrichtlinie zwischen beiden Kategorien von Auftraggebern unterscheiden (z.B. bei der Regelung zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit und zu verbundenen Unternehmen).

Zu Absatz 1

Zu Nummer 1

Konzessionsauftraggeber sind gemäß § 101 Absatz 1 Nummer 1 öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3, sofern sie nicht Konzessionsauftraggeber nach § 101 Absatz 1 Nummer 2 sind. § 101 Absatz 1 Nummer 1 betrifft damit solche öffentlichen Auftraggeber, die nicht zu denjenigen Auftraggebern gehören, die eine Tätigkeit auf dem Gebiet der Energieversorgung oder des Verkehrs ausüben und eine Konzession zum Zweck der Ausübung dieser Tätigkeit vergeben. Im Ergebnis fallen unter § 100 Absatz 1 Nummer 1 die Konzessionsvergaben außerhalb der Sektorentätigkeiten.

Zu Nummer 2

Konzessionsauftraggeber nach § 101 Absatz 1 Nummer 2 sind Sektorenauftraggeber gemäß § 100 Absatz 1 Nummer 1, wenn sie eine Tätigkeit auf dem Gebiet der Energieversorgung oder des Verkehrs ausüben und eine Konzession zum Zweck der Ausübung dieser Tätigkeit vergeben. In diesem Fall fallen solche öffentlichen Auftraggeber somit nicht mehr unter § 101 Absatz 1 Nummer 1. Je nach Vorliegen dieser Voraussetzungen können öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nummer 1 bis 3 im Rahmen der Vergabe von Konzessionen somit Konzessionsauftraggeber nach § 101 Absatz 1 Nummer 1 oder nach § 101 Absatz 1 Nummer 2 sein.

§ 101 Absatz 1 Nummer 2 verweist zudem auf die Sektorentätigkeiten gemäß § 102 Absatz 1 Nummer 2 bis 6. Für die Definition der Sektorentätigkeiten kann auch im Rahmen der Vergabe von Konzessionen auf § 102 als einheitlicher Vorschrift verwiesen werden, da die Artikel 8 bis 14 der Richtlinie 2014/25/EU sowie Anhang II der Richtlinie 2004/23/EU übereinstimmen. Ausgenommen vom Anwendungsbereich der Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen sind allerdings Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasserversorgung. Aus diesem Grund sind Sektorentätigkeiten im Bereich Wasser (siehe

Anhang II der Richtlinie 2014/23/EU, der den Wasserbereich nicht nennt), gemäß § 102 Absatz 1 Nummer 1 nicht von dem Verweis im Rahmen des § 101 umfasst.

Zu Nummer 3

§ 101 Absatz 2 Nummer 3 erfasst als Konzessionsauftraggeber private Auftraggeber, die eine Tätigkeit auf dem Gebiet der Energieversorgung oder des Verkehrs ausüben und eine Konzession zum Zweck der Ausübung dieser Tätigkeit vergeben. § 101 Absatz 2 Nummer 3 entspricht in seiner Struktur § 100 Absatz 1 Nummer 2.

Wie bei den Sektorenauftraggebern ist für die Eigenschaft als Konzessionsauftraggeber erforderlich, dass dem privaten Auftraggeber entweder besondere oder ausschließliche Rechte (Buchstabe a) gewährt wurden oder der private Auftraggeber einem beherrschenden Einfluss öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nummer 1 bis 3 unterliegt (Buchstabe b).

Zu Buchstabe a

§ 101 Absatz 1 Nummer 3 Buchstabe a entspricht dem bisherigen § 100 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe a GWB und dient der Umsetzung von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 2014/23/EU.

Zu Buchstabe b

§ 101 Absatz 1 Nummer 3 Buchstabe b entspricht dem bisherigen § 100 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe b GWB und dient der Umsetzung von Artikel 7 Absatz 4 in Verbindung mit Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 2014/23/EU.

Zu Absatz 2

§ 101 Absatz 2 bestimmt, dass § 100 Absatz 2 und 3 im Rahmen des § 101 entsprechend gilt.

Zu § 102 (Sektorentätigkeiten)

Zu Absatz 1

Absatz 1 dient der Umsetzung der Artikel 8 bis 14 der Richtlinie 2014/25/EU sowie des Anhangs II der Richtlinie 2014/23/EU und definiert die Sektorentätigkeiten.

Die materiellen Regelungen zu diesen Tätigkeiten werden anstelle einer Anlage nunmehr in einem gesonderten Paragrafen erfasst. Zur besseren Übersichtlichkeit wurde im Wesentlichen die Struktur der jeweiligen Artikel der Richtlinie 2014/25/EU übernommen. Inhaltlich hat sich zur Vorgängerrichtlinie 2004/17/EG nichts geändert.

Das Sektorenvergaberecht knüpft an die in Artikel 8 bis 14 der Richtlinie 2014/25/EU geregelten Tätigkeiten an, um den Anwendungsbereich des Sektorenvergaberechts zu umschreiben. Im Rahmen der Konzessionsvergabe sind diese Tätigkeiten Voraussetzungen zur Erfüllung der Definition des Auftraggebers nach Artikel 7 Richtlinie 2014/23/EU.

Der Bereich der Postdienste wurde – wie bereits bei der Umsetzung der Vorgängerrichtlinie – nicht übernommen. Zum einen ist der Markt der Postdienstleistungen in Deutschland liberalisiert und zum anderen finden sich in Deutschland keine Auftraggeber, die im Bereich der Postdienste die Voraussetzungen der Definition der verschiedenen Auftraggeber (s. §§ 98 ff.) erfüllen.

Für die Konzessionsvergabe ist zu beachten, dass der Bereich der Trinkwasserversorgung von der Richtlinie 2014/23/EU ausgenommen wurde.

Zu Absatz 2

§ 102 Absatz 2 dient der Umsetzung des Artikel 7 Richtlinie 2014/25/EU. Dieser stellt klar, dass der Begriff „Einspeisung“ die Erzeugung bzw. Produktion von Wasser, Gas und Wärme sowie Elektrizität sowie den Groß- und Einzelhandel umfasst, wobei die Erzeugung von Gas allerdings unter Absatz 1 Nummer 6 fällt.

Zu § 103 (Öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen und Wettbewerbe)

Zu Absatz 1

§ 103 Absatz 1 definiert den Begriff des öffentlichen Auftrags und entspricht insofern inhaltlich dem bisherigen § 99 Absatz 1 GWB. Kern der Definition des öffentlichen Auftrags ist, dass es sich um die Beschaffung von Leistungen durch Auftraggeber handeln muss. Da künftig zwischen öffentlichen Auftraggebern nach § 99, Sektorenauftraggebern nach § 100 und Konzessionsauftraggebern nach § 101 unterschieden werden muss, ist die bisherige Definition entsprechend anzupassen. Öffentliche Aufträge sind demgemäß Verträge sowohl von öffentlichen Auftraggebern nach § 99 als auch von Sektorenauftraggebern nach § 100. § 103 Absatz 1 verweist nicht auf § 101, da Auftraggeber nach § 101 keine öffentlichen Aufträge im Sinne des §103 Absatz 1, sondern Konzessionen im Sinne des § 105 vergeben.

Im Unterschied zur bisherigen Definition fallen zudem Baukonzessionen künftig nicht mehr unter den Begriff des öffentlichen Auftrags. Vielmehr wird künftig zwischen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen und der Vergabe von Konzessionen unterschieden. Konzessionen, einschließlich der Baukonzessionen, werden nunmehr abschließend in § 105 definiert.

Im Gegensatz zur Formulierung des bisherigen § 99 Absatz 1 GWB unterfallen Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen, nicht mehr dem öffentlichen Auftragsbegriff. Damit wird im Einklang mit den Vergaberichtlinien klargestellt, dass es sich bei „Wettbewerben“, die im Sinne des BGB Auslobungsverfahren darstellen, um ein eigenes Verfahren handelt, welches dazu dient, dem öffentlichen Auftraggeber einen Plan oder eine Planung zu verschaffen (s. Artikel 1 Absatz 1 Nummer 21 Richtlinie 2014/24/EU). Solche Wettbewerbe sind nunmehr in § 103 Absatz 6 definiert.

Formerfordernisse werden auf Verordnungsebene geregelt.

Zu Absatz 2

§ 103 Absatz 2 entspricht dem bisherigen § 99 Absatz 2 GWB.

Zu Absatz 3

§ 103 Absatz 3 definiert den Begriff des Bauauftrags und passt den bisherigen § 98 Absatz 3 GWB an den neuen Richtlinientext an (Artikel 2 Absatz 6 der Richtlinie 2014/24/EU). § 100 Absatz 1 Nummer 1 betrifft öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nummer 1 bis 3. Vergeben diese Aufträge im Zusammenhang mit Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs, finden die Vorschriften über die Sektorenauftragsvergabe Anwendung. Entscheidend ist dabei, ob der zu vergebende Auftrag im Zusammenhang mit einer Tätigkeit auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs steht.

§ 103 Absatz 3 sieht für die Definition des Bauauftrags entsprechend dem Richtlinientext wie bislang drei Alternativen vor. Alternative 1 betrifft Bauleistungen, die in Anlage II der Richtlinie 2014/24/EU abschließend aufgenommen werden. Die dort aufgeführten Bauleistungen sind in der Praxis für die Abgrenzung von Bau- und Lieferaufträgen entscheidend. Schon heute zieht die Rechtsprechung vielfach den bisherigen Anhang I der Richtlinie

2004/18/EG (entspricht dem Anhang II der Richtlinie 2014/24/EU) zur Abgrenzung zwischen Bau- und Lieferaufträgen heran (z.B. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.04.2014, VII-Verg 35/13).

In der 3. Alternative (Erbringung der Bauleistung durch Dritte) wird nunmehr entsprechend Artikel 2 Absatz 6 Buchstabe c der Richtlinie 2014/24/EU klargestellt, dass die Erbringung der Bauleistung gemäß den von einem öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber genannten Erfordernissen voraussetzt, dass der betreffende Auftraggeber Maßnahmen getroffen hat, um die Art des Vorhabens festzulegen, oder zumindest einen entscheidenden Einfluss auf dessen Planung haben musste. Ob der Auftragnehmer das Bauvorhaben ganz oder zum Teil mit eigenen Mitteln durchführt oder dessen Durchführung mit anderen Mitteln sicherstellt, ist – wie in Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2014/24/EU klargestellt wird – unerheblich für die Einstufung der entsprechenden Bauleistung als Bauauftrag, solange der Auftragnehmer eine direkte oder indirekte rechtswirksame Verpflichtung zur Gewährleistung der Erbringung der Bauleistungen übernimmt.

Zu Absatz 4

§ 103 Absatz 4 entspricht dem bisherigen § 99 Absatz 4 GWB.

Zu Absatz 5

§ 103 Absatz 5 dient der Umsetzung der Definition der Rahmenvereinbarung gemäß Artikel 33 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 51 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU. Die Rahmenvereinbarung stellt selbst zwar keinen Beschaffungsprozess dar. Die Vergabe einer Rahmenvereinbarung im Wege eines Vergabeverfahrens hat jedoch zur Folge, dass die auf ihrer Grundlage erteilten Einzelaufträge einem vereinfachten Vergabeverfahren unterliegen können. Wie ein öffentlicher Auftrag unterliegt die Rahmenvereinbarung also wettbewerblichen Verfahrensregeln, vergleiche Artikel 33 Absatz 1 Unterabsatz 1 Richtlinie 2014/24/EU: „Die Öffentlichen Auftraggeber können Rahmenvereinbarungen abschließen, sofern sie die in dieser Richtlinie genannten Verfahren anwenden“ und die Regelung der Einzelheiten eines Verzichts auf den Teilnahmewettbewerb in Artikel 33 Absatz 4 Buchstabe a) bis c). Aus systematischen Gründen empfiehlt es sich daher, die Rahmenvereinbarung im Zusammenhang mit dem Begriff des öffentlichen Auftrags zu regeln.

Zu Absatz 6

§ 103 Absatz 6 entspricht dem bisherigen § 98 Absatz 5 GWB. Im Einklang mit den Vergaberichtlinien findet nun aber der Begriff „Wettbewerbe“ Verwendung.

Zu § 104 (Verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge)

§ 104 Absatz 1 bis 3 entspricht inhaltlich dem bisherigen § 99 Absatz 7 bis 9 GWB. Neu ist die Bezeichnung als „verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge“. Bislang waren die Aufträge im Anwendungsbereich des Artikel 2 der Richtlinie 2009/81/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit in § 99 Absatz 7 GWB als „verteidigungs- und sicherheitsrelevant“ umschrieben worden. Durch Artikel 15 bis 17 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 24 bis 26 der Richtlinie 2014/25/EU wurde allerdings eine neue Kategorie von Aufträgen eingeführt, die Verteidigungs- und Sicherheitsaspekte umfassen, ohne die Definition des Artikel 2 der Richtlinie 2009/81/EG zu erfüllen. Um eine bessere Abgrenzung zu dieser neuen Kategorie von Aufträgen, die Verteidigungs- und Sicherheitsaspekte umfassen, gewährleisten zu können, sollen Aufträge im Anwendungsbereich des Artikel 2 der Richtlinie 2009/81/EG im GWB nunmehr als „verteidigungs- und sicherheitsspezifische Aufträge“ bezeichnet werden.

Zu Absatz 1

§ 104 Absatz 1 entspricht dem bisherigen § 99 Absatz 7 GWB. Die Definition der verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Aufträge ergibt sich aus Artikel 1 Nummer 6, 7 und Artikel 2 der Richtlinie 2009/81/EG.

Zu Absatz 2

§ 104 Absatz 2 entspricht dem bisherigen § 99 Absatz 8 GWB. Die Definition der Militärausrüstung folgt aus Artikel 1 Nummer 6 der Richtlinie 2009/81/EG.

Zu Absatz 3

§ 104 Absatz 3 entspricht dem bisherigen § 99 Absatz 9 GWB. Die Definition des Verschlusssachenauftrags im Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/81/EG folgt aus Artikel 1 Nummer 8 dieser Richtlinie. Für die Bestimmung einer Verschlusssache ist im nationalen Recht auf § 4 des Gesetzes über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes (SÜG) zurückzugreifen.

Zu § 105 (Konzessionen)

§ 105 definiert den Begriff der Konzession und dient der Umsetzung von Artikel 5 Nummer 1 der Richtlinie 2014/23/EU. Sind die Definitionsmerkmale der Bau- oder Dienstleistungskonzession erfüllt, kommen die Verfahrensvorschriften für Bau- oder Dienstleistungsaufträge nicht zur Anwendung, sondern die weniger strengen Verfahrensvorschriften für Konzessionen. Bislang war in § 99 Absatz 6 GWB lediglich die Definition der Baukonzession geregelt. Dienstleistungskonzessionen unterlagen lediglich den Anforderungen des EU-Primärrechts (Transparenzgebot, Gleichbehandlungsgebot, Diskriminierungsverbot).

Die neue Richtlinie 2014/23/EU erfasst nunmehr sowohl Baukonzessionen als auch Dienstleistungskonzessionen. Damit regelt das Europäische Sekundärrecht nunmehr die Verfahren zur Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen. § 105 Absatz 1 greift infolgedessen die Definition sowohl der Bau- als auch Dienstleistungskonzession auf. Gleichzeitig passt § 105 Absatz 1 die Begriffsbestimmung jeweils an die neue Definition der Bau- und Dienstleistungskonzession gemäß Artikel 5 Nummer 1 Unterabsatz 1 Buchstabe a und b) der Richtlinie 2014/23/EU an. § 105 Absatz 2 dient der Umsetzung der Anforderungen an den Übergang des Betriebsrisikos gemäß Artikel 5 Nummer 1 Unterabsatz 2 Richtlinie 2014/23/EU. Im Ergebnis wird der Inhalt der von Artikel 5 Nummer 1 der Richtlinie 2014/23/EU der deutschen Sprachfassung in § 105 Absatz 1 und 2 nahezu wortgleich in das deutsche Recht übernommen.

Formerfordernisse werden auf Verordnungsebene geregelt.

Zu Absatz 1

§ 105 Absatz 1 Nummer 1 regelt die Definition der Baukonzession und § 105 Absatz 1 Nummer 2 die Definition der Dienstleistungskonzession. Inhaltlich besteht weitestgehende Übereinstimmung mit der bislang in Artikel 1 Absatz 3 und Absatz 4 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 2004/17/EG enthaltenen Definition der Bau- und Dienstleistungskonzession. Nunmehr stellt Artikel 5 Nummer 1 der Richtlinie 2014/23/EU auch klar, dass es sich bei Bau- und Dienstleistungskonzessionen jeweils um entgeltliche Verträge handelt. Die beschränkte Laufzeit der Konzession wird nach dem Vorbild des Artikel 18 der Richtlinie 2014/23/EU nicht mehr als Bestandteil der Definition im GWB, sondern neu im Rahmen der Vorschriften zur Auftragsausführung in der auf Grundlage dieses Gesetzes erlassenen Verordnung zur Vergabe von Konzessionen (Konzessionsverordnung) geregelt.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat im Zusammenhang mit der Definition der Bau- und Dienstleistungskonzession in den Erwägungsgründen 11 bis 16 der Richtlinie 2014/23/EU verschiedene Negativabgrenzungen vorgenommen:

Erwägungsgrund 11 stellt klar, dass ein Eigentumsübergang auf den öffentlichen Auftraggeber oder Auftraggeber keine Voraussetzung der Definition ist, doch stehe dem öffentlichen Auftraggeber oder Auftraggeber stets der Nutzen der Bau- oder Dienstleistung zu. Weiterhin verdeutlicht Erwägungsgrund 12, dass die bloße Finanzierung – insbesondere durch öffentliche Zuschüsse – von Tätigkeiten, die häufig mit der Verpflichtung verbunden ist, erhaltene Beträge bei nicht bestimmungsgemäßer Verwendung zurückzuzahlen, nicht in den Geltungsbereich der Richtlinie 2014/23/EU fällt.

Erwägungsgrund 13 weist darauf hin, dass Regelungen, nach denen ohne gezielte Auswahl alle Unternehmen, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, berechtigt sind, eine bestimmte Aufgabe wahrzunehmen, nicht als Konzessionen gelten. Derartige System beruhen nach den Ausführungen im Erwägungsgrund 13 typischerweise auf der Entscheidung einer Behörde, mit der transparente und nichtdiskriminierende Voraussetzungen für den kontinuierlichen Zugang von Unternehmen zur Erbringung bestimmter Dienstleistungen, wie soziale Dienstleistungen, festgelegt werden. Daraus lässt sich schließen, dass die Auswahl von Dienstleistungserbringern im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis nicht der Richtlinie 2014/23/EU unterfällt.

Erwägungsgrund 14 hebt hervor, dass die Erteilung von Genehmigungen oder Lizenzen für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit nicht als Konzession im Sinne der Richtlinie 2014/23/EU gilt. Es wird auf die vorrangige Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG verwiesen. In diesem Zusammenhang wird deutlich, dass dem Konzessionsvertrag eine wechselseitige Bindungswirkung zukommt.

Erwägungsgrund 15 stellt klar, dass Vereinbarungen, die das Recht eines Unternehmens zur privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Nutzung öffentlicher Bereiche oder Ressourcen, wie z.B. Land oder öffentliche Liegenschaften, insbesondere in See-, Binnen- oder Flughäfen regeln, nicht als Konzessionen im Sinne der Richtlinie 2014/23/EU gelten.

Erwägungsgrund 16 macht deutlich, dass die Gewährung von Wegerechten hinsichtlich der Nutzung öffentlicher Liegenschaften für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Leitungen oder Netze, über die eine Dienstleistung für die Allgemeinheit erbracht werden soll, ebenfalls nicht als Konzession im Sinne der Richtlinie 2014/23/EU gelten, sofern derartige Verpflichtungen weder eine Lieferverpflichtung auferlegen, noch den Erwerb von Dienstleistungen durch den öffentlichen Auftraggeber oder den Auftraggeber für sich selbst oder für den Endnutzer vorsehen. Diese Ausführungen betreffen vor allem Wegenutzungsverträge im Sinne des § 46 des Energiewirtschaftsgesetzes zu Strom- und Gasleitungen sowie Wegenutzungsverträge zu Fernwärmeleitungen.

Zu Absatz 2

§ 105 Absatz 2 setzt Artikel 5 Nummer 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU um und regelt im Einzelnen, dass eine Konzession begrifflich einen Übergang des Betriebsrisikos auf den Konzessionsnehmer voraussetzt und welche Anforderungen an den Übergang des Betriebsrisikos auf den Konzessionsnehmer zu stellen sind. Artikel 5 Nummer 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU kodifiziert im wesentlichen die durch den Europäischen Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung entwickelten einzelnen Kriterien zum Übergang des Betriebsrisikos. Zu Einzelfragen des Übergangs des Betriebsrisikos hat der Gemeinschaftsgesetzgeber in den Erwägungsgründen 17 bis 20 der Richtlinie 2014/23/EU Stellung genommen.

Der Übergang des Betriebsrisikos ist das wesentliche Kriterium für die Entscheidung über die Einordnung des jeweiligen Vertrags als Konzessionsvertrag. Während der Dienstleistungsauftrag eine Gegenleistung in Geld umfasst, die vom öffentlichen Auftraggeber un-

mittelbar an den Dienstleistungserbringer gezahlt wird, besteht im Fall einer Dienstleistungskonzession die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung (ständige Rechtsprechung des EuGH, grundlegend EuGH, Rs. C-458/03, Urteil vom 13.10.2005, „Parking Brixen“, Rdnr. 40). Die Ausübung dieses Nutzungsrecht unterliegt dem Betriebsrisiko des Konzessionärs. Das Recht zur Nutzung der Dienstleistung kann sich insbesondere als Entgeltzahlung Dritter auswirken, die Nutzer der betreffenden Dienstleistung sind (ständige Rechtsprechung des EuGH, grundlegend EuGH, Urteil vom 10.9.2009, Rs. C-206/08, „Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha“, Rdnr. 53). Artikel 5 stellt nunmehr in Nummer 1 jeweils unter den Buchstaben a) und b) klar, dass die Gegenleistung in dem Recht zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Bauwerks bzw. in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.

§ 105 Absatz 2 setzt Artikel 5 Nummer 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU um. Es entspricht bereits der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, dass der Konzessionsnehmer das Betriebsrisiko der fraglichen Bau- oder Dienstleistung übernimmt (grundlegend z.B. für den Übergang des Betriebsrisikos bei Dienstleistungskonzessionen EuGH, Rs. C-458/03, Urteil vom 13.10.2005, „Parking Brixen“, Rdnr. 40).

Zu Nummer 1

§ 105 Absatz 2 Nummer 1 setzt Artikel 5 Nummer 1 Unterabsatz 2 Satz 2 Halbsatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU um, in dem der Gemeinschaftsgesetzgeber beispielhaft erläutert, dass es sich bei dem Betriebsrisiko um ein Nachfrage- und/oder Angebotsrisiko handeln kann.

Zu Nummer 2

§ 105 Absatz 2 Nummer 2 Buchstabe a) setzt Artikel 5 Nummer 1 Unterabsatz 2 Satz 2 und § 105 Absatz 2 Nummer 2 Buchstabe b) setzt Artikel 5 Nummer 1 Unterabsatz 2 Satz 3 der Richtlinie 2014/23/EU um. Im Grundsatz hat der Gemeinschaftsgesetzgeber darin in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes konkretisiert, welche einzelnen Anforderungen an den Übergang des Betriebsrisikos zu stellen sind, insbesondere, dass der Dienstleistungserbringer den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt sein muss (vergleiche EuGH, Urteil vom 10.3.2011, Rs. C-274/09, „Rettungsdienste Stadler“, Rdnrn. 37, 48, und EuGH, Urteil vom 10.11.2011, Rs. C-348/10, „Norma-A SIA“, Rdnrn. 48, 51). Der Europäische Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung auch klargestellt, dass das Betriebsrisiko auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Vorschriften erheblich eingeschränkt sein kann und für die Einordnung als Dienstleistungskonzession allerdings erforderlich ist, dass der öffentliche Auftraggeber das volle von ihm getragene Risiko oder zumindest einen wesentlichen Teil davon auf den Konzessionsnehmer überträgt (grundlegend EuGH, Urteil vom 10.9.2009, Rs. C-206/08, „Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha“, Rdnr. 77).

Zu § 106 (Schwellenwerte)

§ 106 regelt eine wesentliche Voraussetzung für den sachlichen Anwendungsbereich des Teils 4 des GWB in Form einer dynamischen Verweisung auf die jeweils in den Richtlinien 2014/24/EU, 2014/25/EU, 2009/81/EG und 2014/23/EU geregelten Schwellenwerte, deren Höhe regelmäßig vom europäischen Gesetzgeber oder der EU-Kommission im Wege der delegierten Rechtssetzung angepasst werden. Der Regelungsinhalt des § 2 Absatz 1 VgV, § 1 Absatz 2 VSVgV und § 1 Absatz 2SektVO wird als Grundsatzbestimmung in das GWB übernommen. Damit entfällt zukünftig der Bedarf für eine weitere Konkretisierung auf Verordnungsebene.

Zu Absatz 1

§ 106 Absatz 1 übernimmt die bisherige Regelung des § 100 Absatz 1 Satz 1 GWB und bestimmt mit dem Erfordernis, dass der geschätzte Auftragswert die jeweils geltenden Schwellenwerte die öffentlichen Konzessionen erreicht oder überschreitet, eine wesentliche Voraussetzung für die Anwendung des Teils 4 des GWB auf öffentliche Aufträge und Konzessionen.

Zu Absatz 2

Der konkrete Verweis auf die jeweiligen geltenden Schwellenwerte der unterschiedlichen Vergaberegime folgt in Absatz 2 Nummern 1 bis 4. Diese enthalten eine dynamische Verweisung auf die in den jeweiligen Artikeln der Richtlinien 2014/24/EU, 2014/25/EU, 2009/81/EG und 2014/23/EU geregelten Schwellenwerte („in der jeweils geltenden Fassung“). Die einheitliche Regelung im GWB ersetzt die bisher in § 2 Absatz 1 Vergabeverordnung (VgV), § 1 Absatz 2 Sektorenverordnung (SektVO) und § 1 Absatz 2 Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) enthaltenen dynamischen Verweisungen auf die jeweiligen Schwellenwertvorschriften.

Die Verweisungen umfassen auch die jeweils besonderen Schwellenwerte für die Regelungen zur Vergabe von Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen.

Die Regelungen aus der VgV, der SektVO und der VSVgV werden ins GWB überführt, da es sich hierbei um die Festlegung des sachlichen Geltungsbereiches der vergaberechtlichen Regelungen handelt, welcher einheitlich auf gesetzlicher Ebene erfolgen sollte. Für den Rechtsanwender erleichtert dies zudem die Anwendung, da sich die Fundstellen für die jeweiligen Schwellenwerte nunmehr unmittelbar aus dem Gesetz ergeben und die zusätzliche Verweisung auf die jeweiligen Verordnungen entfällt.

Zu Nummer 1

§ 106 Absatz 2 Nummer 1 übernimmt die in Artikel 4 der Richtlinie 2014/24/EU vorgesehene Regelung der Höhe des Schwellenwertes für öffentliche Aufträge, die von öffentlichen Auftraggeber vergeben werden. Diese Vorschrift war bislang in § 2 Absatz 1 VgV enthalten. Zudem wird in Nummer 1 wird im letzten Halbsatz klargestellt, dass die sich für zentrale Regierungsbehörden aus der jeweils maßgeblichen Richtlinie ergebende Verpflichtung zur Anwendung des niedrigeren Schwellenwertes bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nicht nur für Bundesministerien, sondern für alle obersten Bundesbehörden einschließlich aller oberen Bundesbehörden sowie vergleichbaren Einrichtungen gilt. Die EU-Schwellenwerte gelten unmittelbar und werden durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie nach Änderung nur noch im Bundesanzeiger bekannt gegeben.

Zu Nummer 2

§ 106 Absatz 2 Nummer 2 übernimmt die in Artikel 15 der Richtlinie 2014/25/EU vorgesehene Regelung der Höhe des Schwellenwertes für öffentliche Aufträge, die von Sektorenauftraggebern zum Zweck der Ausübung einer Sektorentätigkeit vergeben werden. Diese Vorschrift war bislang in § 1 Absatz 2 SektVO enthalten.

Zu Nummer 3

§ 106 Absatz 2 Nummer 3 übernimmt die in Artikel 8 der Richtlinie 2009/81/EG vorgesehene Regelung der Höhe des Schwellenwertes für verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge. Diese Vorschrift war bislang in § 1 Absatz 2 VSVgV enthalten.

Zu Nummer 4

§ 106 Absatz 2 Nummer 4 übernimmt die in Artikel 8 der Richtlinie 2014/23/EU vorgesehene Regelung der Höhe des Schwellenwertes für Konzessionen.

Zu Absatz 3

§ 106 Absatz 3 entspricht der bislang in § 2 Absatz 1 Satz 2 VgV und § 1 Absatz 2 VSVgV vorgesehenen Verpflichtung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, die Schwellenwerte unverzüglich nach Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union im Bundanzeiger bekannt zu geben.

Zu § 107 (Allgemeine Ausnahmen)

Mit § 107 enthält das GWB nunmehr eine eigene Vorschrift für allgemeine Ausnahmen von der Anwendung des Vergaberechts. Bislang waren die allgemeinen Ausnahmen in § 100 Absatz 2 bis 8 GWB geregelt. Die jetzt in § 107 GWB geregelten Ausnahmen sind somit Ausnahmen, die in allen vier EU-Vergaberichtlinien vorgesehen sind. Im Einzelnen betrifft dies die Richtlinie 2014/24/EU, die Richtlinie 2014/23/EU, die Richtlinie 2014/25/EU und die Richtlinie 2009/81/EG (Vergaben in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit).

Zu Absatz 1

Zu Nummer 1

§ 107 Nummer 1 betrifft die Ausnahme für die Vergabe von Schiedsgerichts- und Schlichtungsleistungen, die bislang inhaltsgleich in § 100 Absatz 4 Nummer 1 GWB geregelt war. Die Vorschrift dient der Umsetzung von Artikel 10 Buchstabe c der Richtlinie 2014/24/EU, Artikel 10 Absatz 8 Buchstabe c der Richtlinie 2014/23/EU, Artikel 21 Buchstabe b der Richtlinie 2014/25/EU sowie Artikel 13 Buchstabe g der Richtlinie 2009/81/EG.

Zu Nummer 2

§ 107 Nummer 2 betrifft die Ausnahmen für den Erwerb, die Miete oder die Pacht von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen sowie Rechten daran, welche bislang in § 100 Absatz 5 GWB geregelt waren. Die Vorschrift dient der Umsetzung von Artikel 10 Buchstabe a der Richtlinie 2014/24/EU, Artikel 10 Absatz 8 Buchstabe a der Richtlinie 2014/23/EU, Artikel 21 Buchstabe a der Richtlinie 2014/25/EU sowie Artikel 13 Buchstabe e der Richtlinie 2009/81/EG. Inhaltliche Änderungen sind mit der neuen Vorschrift nicht verbunden.

Zu Nummer 3

§ 107 Nummer 3 betrifft die Ausnahme für Arbeitsverträge, die bislang in § 100 Absatz 3 GWB geregelt war. Sie dient der Umsetzung von Artikel 10 Buchstabe g der Richtlinie 2014/24/EU, Artikel 21 Buchstabe f der Richtlinie 2014/25/EU sowie Artikel 13 Buchstabe i der Richtlinie 2009/81/EG. Die Ausnahme findet für Konzessionen keine praktische Anwendung, da Arbeitsverträge als Konzession nicht denkbar sind.

Zu Nummer 4

§ 107 Nummer 4 betrifft die Ausnahme für Rettungsdienstleistungen, die in Artikel 10 Absatz 8 Buchstabe g der Richtlinie 2014/23/EU, Artikel 10 Buchstabe h der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 21 Buchstabe h der Richtlinie 2014/25/EU vorgesehen ist. In den drei Richtlinien werden die jeweils gleichlautenden Ausnahmen für „Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr“, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden, durch eine Auflistung der be-

troffenen CPV-Nummern konkretisiert. Im Ergebnis findet das EU-Sekundärrecht für die Vergabe von Notfallrettungsdiensten (75250000-3 – „Dienstleistungen der Feuerwehr und von Rettungsdiensten“, 75251000-0 – „Dienstleistungen der Feuerwehr“, 752511100-1 – Brandbekämpfung, 75251110-4 – Brandverhütung, 75251120-7 – Waldbrandbekämpfung, 75252000-7 – „Rettungsdienste“, 75222000-8 – Zivilverteidigung, 98113100-9 – Dienstleistungen im Bereich der nuklearen Sicherheit) und den Einsatz von Krankenwagen bestehend in allgemeinen und fachspezifischen ärztlichen Dienstleistungen in einem Rettungswagen (85143000-3 – „Einsatz von Krankenwagen“) keine Anwendung unter der Voraussetzung, dass diese Dienste von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden. Unter gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen sind beispielsweise die Hilfsorganisationen im Sinne des § 26 Absatz 1 S. 2 Gesetz über den Zivilschutz und die Katastrophenhilfe des Bundes (ZSKG) zu verstehen. Demgegenüber unterfallen reine Krankentransporte einem vereinfachten Verfahren für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen der EU-Vergaberichtlinien (siehe beispielsweise Artikel 10 Buchstabe h der Richtlinie 2014/24/EU „mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung“), umgesetzt im neuen § 130. Der erste Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU hebt hervor, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge durch oder im Namen von Behörden der Mitgliedstaaten im Einklang mit den im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) niedergelegten Grundsätzen zu erfolgen hat, insbesondere den Grundsätzen des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie den sich daraus ableitenden Grundsätzen wie Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitige Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz. Diese Prämisse entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu den Anforderungen an binnenmarktrelevante Vergaben öffentlicher Aufträge und Konzessionen im Ausnahmebereich des EU-Vergaberechts, zu Dienstleistungskonzessionen im Rettungswesen siehe EuGH, Urteil vom 10.3.2011, Rs. C-274/09, Rdnr. 49. Die Erwägungsgründe 36 der Richtlinie 2014/23/EU, 28 der Richtlinie 2014/24/EU und 36 der Richtlinie 2014/25/EU stellen darüber hinaus klar, dass gemischte Aufträge für Dienste von Krankenwagen generell unter die Sonderregelung fallen, falls der Wert des Einsatzes von Krankenwagen zur reinen Patientenbeförderung höher wäre als der Wert anderer Rettungsdienste.

Zu Absatz 2

Zu Nummer 1

§ 107 Absatz 2 Nummer 1 übernimmt aus Gründen der Klarstellung die Ausnahme des Artikels 346 Absatz 1 Buchstabe a des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union gemäß Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinien 2014/24/EU, 2014/23/EU, 2014/25/EU sowie Artikel 2 der Richtlinie 2009/81/EG in das deutsche Vergaberecht. § 107 Absatz 2 Nummer 1 greift den Wortlaut des bisherigen § 100 Absatz 6 Nummer 1 GWB auf.

Zu Nummer 2

§ 107 Absatz 2 Nummer 2 übernimmt aus Gründen der Klarstellung die Ausnahme des Artikels 346 Absatz 1 Buchstabe b des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union gemäß Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinien 2014/24/EU, 2014/23/EU, 2014/25/EU sowie Artikel 2 der Richtlinie 2009/81/EG in das deutsche Vergaberecht. § 107 Absatz 2 Nummer 2 greift den Wortlaut des bisherigen § 100 Absatz 6 Nummer 2 GWB auf.

Zu § 108 (Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit)

§ 108 regelt erstmals den Bereich der von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommenen öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit. Damit wird nunmehr gesetzlich Klarheit geschaffen, unter welchen Voraussetzungen zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossene Verträge von der Anwendung des Vierten Teils des GWB ausgenommen sind. Bislang basierten die Vorgaben hierzu auf den von der Rechtsprechung des EuGH

entwickelten Grundsätzen. § 107 dient der Umsetzung von Artikel 12 der Richtlinie 2014/24/EU, Artikel 17 der Richtlinie 2014/23/EU und Artikel 28 der Richtlinie 2014/25/EU.

Grundsätzlich soll das Vergaberecht öffentliche Auftraggeber nicht in ihrer Freiheit beschränken, die ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern oder eigenen Unternehmen zu erfüllen. Allerdings ist der Umstand, dass beide Parteien einer Vereinbarung selbst öffentliche Auftraggeber sind, allein nicht ausreichend, um die Anwendung des Vergaberechts auszuschließen. Hierfür müssen vielmehr weitere Voraussetzungen erfüllt sein. Dadurch sollen insbesondere Wettbewerbsverzerrungen im Verhältnis zu privaten Unternehmen vermieden werden. Über Art und Umfang herrschte bislang allerdings mangels gesetzlicher Regelungen oftmals Ungewissheit. Die neuen EU-Vergaberichtlinien schaffen insofern durch die neuen Vorschriften zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit Rechtssicherheit für öffentliche Auftraggeber und Auftragnehmer. Im Wesentlichen wird damit die Rechtsprechung des EuGH kodifiziert. Im Rahmen der Umsetzung ins deutsche Recht sollen die europäischen Vorgaben möglichst eins-zu-eins übernommen werden.

§ 108 unterscheidet entsprechend der Vorgaben der EU-Richtlinien grundsätzlich zwischen der Zusammenarbeit auf vertikaler und horizontaler Ebene. Während die Zusammenarbeit auf vertikaler Ebene die verschiedenen Inhouse-Konstellationen betrifft und in den Absätzen 1 bis 5 geregelt ist, ist die horizontale Zusammenarbeit von öffentlichen Auftraggebern (bei Beteiligung von Kommunen oftmals auch interkommunale Kooperation genannt) in Absatz 6 geregelt.

§ 108 regelt nicht die Fälle, in denen Befugnisse und Zuständigkeiten für die Ausführung öffentlicher Aufgaben zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Gruppen von öffentlichen Auftraggebern durch Vereinbarungen, Beschlüsse oder auf anderem Wege übertragen werden, ohne dass insoweit eine Vergütung für vertragliche Leistungen vorgesehen ist. Diese Fälle unterfallen – ungeachtet der in § 108 geregelten Ausnahmen – von vornherein nicht diesem Teil, da es sich, wie auch Artikel 1 Absatz 6 der Richtlinie 2014/24/EU festhält, um Angelegenheiten der internen Organisation handelt.

Zu Absatz 1

§ 108 Absatz 1 dient der Umsetzung von Artikel 12 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU und betrifft die klassischen Inhouse-Konstellationen, in denen ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nummer 1 bis 3 eine von ihm kontrollierte juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts beauftragt. Die Voraussetzungen hierfür finden sich in den Nummern 1 bis 3.

Zu Nummer 1

Gemäß § 108 Absatz 1 Nummer 1 ist zunächst erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt. Damit wird die inzwischen langjährige Rechtsprechung des EuGH zum sogenannten Kontrollkriterium übernommen (erstmals EuGH, Urteil vom 18.11.1999, C-107/98, „Teckal“, Rdnr. 50). Die Ausübung einer Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle wird nach § 108 Absatz 2 vermutet, wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausübt. Dies entspricht den vom EuGH in seiner Rechtsprechung entwickelten Erfordernissen (ständige Rechtsprechung seit EuGH, Urteil vom 13.10.2005, C-458/03, „Parking Brixen“, Rdnr. 65; EuGH, Urteil vom 11.5.2006, C-340/04, „Carbotermo“, Rdnr. 36).

Zu Nummer 2

Gemäß § 108 Absatz 1 Nummer 2 ist weiterhin erforderlich, dass die kontrollierte juristische Person mehr als 80 Prozent ihrer Tätigkeiten in Ausführung der Aufgaben ausführt,

mit denen sie von dem kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen durch diesen öffentlichen Auftraggeber kontrollierten juristischen Personen betraut worden ist. Damit wird das durch die Rechtsprechung entwickelte Wesentlichkeitskriterium, wonach die beauftragte juristische Person im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber tätig sein muss, präzisiert (ständige Rspr. des EuGH seit EuGH, Urteil vom 18.11.1999, C-107/98, „Teckal“, Rdnr. 50). Bislang bestand im Einzelnen jedoch Unsicherheit über den erforderlichen Umfang der Tätigkeiten, die für den öffentlichen Auftraggeber erbracht werden müssen. Die nun normierte 80-Prozent-Grenze sorgt insofern für Rechtssicherheit. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob der Begünstigte der Ausführung des Auftrags der Auftraggeber selbst oder ein davon abweichender Nutzer der Leistungen ist.

Zu Nummer 3

§ 108 Absatz 1 Nummer 3 stellt entsprechend der langjährigen Rechtsprechung des EuGH klar, dass bei einer privaten Beteiligung an der beauftragten juristischen Person eine Inhouse-Vergabe grundsätzlich ausgeschlossen ist (ständige Rechtsprechung seit EuGH, Urteil vom 11.1.2005, C- 26/03, „Stadt Halle“, Rdnr. 49). Grund dafür ist, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftrags ohne Wettbewerbsverfahren einem privaten Unternehmen, der am Kapital der kontrollierten juristischen Person beteiligt ist, einen unzulässigen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern verschaffen würde.

Ungeachtet einer direkten privaten Kapitalbeteiligung findet Teil 4 keine Anwendung auf eine nicht beherrschende Form der privaten Kapitalbeteiligung und eine Form der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, wenn diese gesetzlich vorgeschrieben sind und keinen ausschlaggebenden Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

Zu beachten ist zudem, dass § 108 Absatz 1 Nummer 3 allein auf die direkte private Beteiligung an der kontrollierten juristischen Person abstellt. Unschädlich sind indirekte private Beteiligungen an der kontrollierten juristischen Person sowie private Kapitalbeteiligungen am kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber. Solche Beteiligungen führen in der Regel nicht zur einer nachteiligen Beeinflussung des Wettbewerbs zwischen privaten Unternehmen.

Zu Absatz 2

§ 108 Absatz 2 ist eine Vermutungsregelung hinsichtlich des Kontrollkriteriums im Sinne von Absatz 1 Nummer 1 (siehe Erläuterungen zu § 108 Absatz 1 Nummer 1) und dient der Umsetzung von Artikel 12 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU. Zur besseren Lesbarkeit wird der Unterabsatz 2 in einem gesonderten Absatz 2 umgesetzt.

Zu Absatz 3

§ 108 Absatz 3 erstreckt die erlaubten Inhouse-Vergaben des Absatz 1 auf weitere Konstellationen. Die erste Alternative betrifft Konstellationen, in denen eine kontrollierte juristische Person einen Auftrag an ihren kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber gemäß § 99 Nummer 1 bis 3 erteilt (Auftrag der Tochter an die Mutter). Die zweite Alternative betrifft Formen der horizontalen Inhouse-Vergabe, in denen eine kontrollierte juristische Person einen Auftrag an eine andere juristische Person vergibt, die von demselben öffentlichen Auftraggeber kontrolliert wird (Auftrag im Schwesternverhältnis). Die Voraussetzungen des Absatz 1 Nummer 1 bis 3 sind in beiden Alternativen entsprechend anzuwenden.

Zu Absatz 4

§ 108 Absatz 4 erstreckt die erlaubten Inhouse-Vergaben auf Konstellationen, in denen die Kontrolle des Auftragnehmers abweichend von Absatz 1 durch mehrere Auftraggeber gemeinsam erfolgt.

Zu Nummer 1

Nach § 108 Absatz 4 Nummer 1 kann abweichend von Absatz 1 Nummer 1 die Kontrolle des Auftragnehmers auch gemeinsam mit anderen Auftraggebern erfolgen. Die Voraussetzungen für eine gemeinsame Kontrolle ergeben sich aus Absatz 5.

Zu Nummer 2

§ 108 Absatz 4 Nummer 2 überträgt den Wesentlichkeitsgrundsatz des Absatz 1 Nummer 2 auf die Konstellationen einer gemeinsamen Kontrolle. Abweichend von Absatz 1 Nummer 2 bezieht sich das Wesentlichkeitskriterium in diesem Fall auf alle kontrollierenden Auftraggeber. Der Auftragnehmer muss also 80 Prozent seiner Tätigkeiten nicht allein für den Auftraggeber im konkreten Fall, sondern für alle ihn kontrollierenden Auftraggeber oder andere von diesen Auftraggebern kontrollierte juristische Personen erbringen.

Zu Nummer 3

§ 108 Absatz 4 Nummer 3 entspricht der Voraussetzung des Absatz 1 Nummer 3.

Zu Absatz 5

§ 108 Absatz 5 nennt die Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen, um eine gemeinsame Kontrolle im Sinne des Absatz 4 Nummer 1 zu bejahen.

Zu Absatz 6

§ 108 Absatz 6 betrifft die Zusammenarbeit zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern auf horizontaler Ebene (oftmals auch interkommunale Kooperation genannt) und dient der Umsetzung des Artikel 12 Absatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU. Anders als in den Absätzen 1 bis 5 fehlt es in diesen Fällen an einem Über-/Unterordnungsverhältnis und der damit verbundenen Kontrolle des Auftraggebers über den Auftragnehmer. Stattdessen soll § 108 Absatz 6 öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit einräumen, öffentliche Dienstleistungen unter bestimmten Voraussetzungen gemeinsam im Wege der Zusammenarbeit zu erbringen, ohne dass das Vergaberecht zur Anwendung kommt.

Aufträge für die gemeinsame Erbringung öffentlicher Dienstleistungen sollen nach § 108 Absatz 6 dann von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen sein, wenn die Aufträge ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossen werden, die Durchführung dieser Zusammenarbeit ausschließlich von Erwägungen des öffentlichen Interesses bestimmt wird und kein privater Dienstleister einen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern erhält (siehe im Einzelnen Erläuterungen zu Nummer 1 bis 3). Im Wesentlichen kodifizieren die EU-Richtlinien damit die Rechtsprechung des EuGH (vgl. EuGH, Urteil vom 13.6.2013, Rs. C-386/11, „Piepenbrock“; EuGH, Urteil vom 19.12.2012, Rs. C-159/11, „Lecce“ und EuGH, Urteil vom 9.6.2009, Rs. C-480/06, „Kommission/Deutschland“).

Unerheblich ist nach § 108 Absatz 6, ob an den öffentlichen Auftraggebern nach § 99 Nummer 1 bis 3 eine private Kapitalbeteiligung besteht. Sofern der Auftrag ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern nach § 99 Nummer 1 bis 3 geschlossen wird und die übrigen Voraussetzungen des § 108 Absatz 6 Nummer 1 bis 3 erfüllt sind, können somit auch öffentliche Auftraggeber mit einer privaten Kapitalbeteiligung die Ausnahmeregelung für die horizontale Zusammenarbeit in Anspruch nehmen.

Zu Nummer 1

Aus § 108 Absatz 6 Nummer 1 ergibt sich, dass öffentliche Auftraggeber grundsätzlich frei sind, ihre öffentlichen Dienstleistungen gemeinsam im Wege der Zusammenarbeit zu erbringen, ohne zur Einhaltung einer bestimmten Rechtsform verpflichtet zu sein. Die Zu-

sammenarbeit ist dabei nicht auf bestimmte Dienstleistungen beschränkt, sondern kann alle Arten von Tätigkeiten erfassen. Die im Wege der Zusammenarbeit erbrachten Dienstleistungen müssen dabei nicht identisch sein, sondern können sich auch ergänzen.

Im Hinblick auf die Anforderung an die Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen Auftraggebern bestimmt die Richtlinie 2014/24/EU (Artikel 12 sowie Erwägungsgrund 33), dass die Zusammenarbeit auf einem kooperativen Konzept beruhen muss. Dies erfordert jedoch nicht, dass alle teilnehmenden Stellen die Ausführung wesentlicher vertraglicher Pflichten übernehmen, solange sie sich verpflichtet haben, einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten.

Zu Nummer 2

Nach § 108 Absatz 6 Nummer 2 darf die Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen Auftraggebern ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt werden. Dies gilt insbesondere auch für etwaige Finanztransfers zwischen den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern.

Zu Nummer 3

Nach § 108 Absatz 6 Nummer 3 dürfen die öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit nach Nummer 1 erfasst wird. Ähnlich wie durch das Wesentlichkeitskriterium in Absatz 1 Nummer 2 und Absatz 4 Nummer 2 soll damit sichergestellt werden, dass die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nicht zu Wettbewerbsverzerrungen gegenüber privaten Unternehmen führt.

Zu Absatz 7

Sowohl bei den Inhouse-Vergaben (Absätze 1 bis5) als auch bei der horizontalen Zusammenarbeit sollen durch eine prozentuale Begrenzung des Umfangs der Tätigkeiten auf dem offenen Markt Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten privater Unternehmen vermieden werden. § 108 Absatz 7 bestimmt, wie die prozentualen Angaben in Absatz 1 Nummer 2, Absatz 4 Nummer 2 und Absatz 6 Nummer 3 berechnet werden sollen. Maßgeblich sind hierfür der durchschnittliche Gesamtumsatz oder andere tätigkeitsgestützte Werte, wie z.B. die entstandenen Kosten, der vergangenen drei Jahre (entsprechend Artikel 12 Absatz 5 Richtlinie 2014/24/EU.

Zu Absatz 8

Die drei neuen EU-Vergaberichtlinien enthalten im Wesentlichen identische Regelungen zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit sowohl hinsichtlich der Vergabe von öffentlichen Aufträgen als auch hinsichtlich der Vergabe von Konzessionen. Es ist deshalb angezeigt, eine einheitliche Regelung im GWB vorzusehen. Unterschiede innerhalb der Richtlinien gibt es allerdings beim Adressatenkreis. So sollen sich nach den Richtlinien nur öffentliche Auftraggeber auf die Ausnahme berufen können. § 108 Absatz 1 bis 7 betrifft deshalb in Umsetzung von Artikel 12 der Richtlinie 2014/24/EU zunächst nur öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nummer 1 bis 3. § 108 Absatz 8 erstreckt den Anwendungsbereich des § 108 auf die Vergaben von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber gem. § 100 Absatz 1 Nummer 1 sowie auf die Vergabe von Konzessionen durch Konzessionsauftraggeber gemäß § 101 Absatz 1 Nummer 1 und § 101 Absatz 1 Nummer 2. Dadurch wird sichergestellt dass sich private Auftraggeber nach § 101 Absatz 1 Nummer 2 oder § 101 Absatz 1 Nummer 3 nicht auf die Ausnahmeregelungen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit berufen können. Allerdings kommt in diesen Fällen eine Ausnahme vom GWB-Vergaberecht bei verbundenen Unternehmen im Sinne des § 138 in Betracht.

Zu § 109 (Ausnahme für Auftragsvergaben auf der Grundlage internationaler Verfahrensregeln)

§ 109 dient der Umsetzung von Artikel 9 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 20 der Richtlinie 2014/25/EU. Nach diesen Vorschriften kommen die Richtlinien für nach internationalen Regeln vergebene Aufträge und ausgerichtete Wettbewerbe nicht zur Anwendung. Gemäß Artikel 9 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 20 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU ist die Bundesregierung verpflichtet, der Europäischen Kommission alle Rechtsvorschriften im Sinne des Absatzes 1 Nummer 1 Buchstabe a zu übermitteln.

Artikel 9 Absatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 20 Absatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU regeln ausdrücklich, dass diese Vorschriften nicht auf Aufträge und Wettbewerbe mit Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekten Anwendung finden. Die zugehörigen Ausnahmen sind in Artikel 17 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 27 der Richtlinie 2014/25/EU geregelt und in § 117 Nummer 4 umgesetzt Für verteidigungs- oder sicherheitsspezifische Aufträge im Sinne des § 104 GWB ergeben sich die Ausnahmen aufgrund internationaler Vergaberegeln aus § 145 Nummer 4, der Artikel 12 der Richtlinie 2009/81/EG umsetzt.

Zu Nummer 1

§ 109 Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe a) und b) setzt Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a) und b) der Richtlinie 2014/24/EU um.

Zu Nummer 2

§ 109 Absatz 1 Nummer 2 setzt Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU um.

Zu Absatz 2

§ 109 Absatz 2 setzt Artikel 9 Absatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU um.

Zu § 110 (Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen, die verschiedene Leistungen zum Gegenstand haben)

§ 110 bestimmt, nach welchen Vorschriften gemischte öffentliche Aufträge oder gemischte Konzessionen zu vergeben sind, deren verschiedene Leistungen unterschiedlichen Vergaberechtsregimen im Anwendungsbereich ein und derselben Richtlinie unterfallen. Eine solche gemischte Vergabe kann im Falle eines öffentlichen Auftrags eines öffentlichen Auftraggebers oder Sektorenauftraggebers eine Kombination von Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen umfassen. Im Falle der Konzessionsvergabe kann eine Kombination von Bau- oder Dienstleistungen in Betracht kommen.

Zu Absatz 1

Absatz 1 dient der Umsetzung von Artikel 3 Absatz 1 Unterabsatz 1 und Absatz 2 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU sowie von Artikel 5 Absatz 1 Unterabsatz 1 und Absatz 2 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU und Artikel 20 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU. Die Vorschrift betrifft gemischte Aufträge und Konzessionen, die unterschiedliche Leistungen (Liefer-, Bau-, Dienstleistungen) zum Gegenstand haben. Bislang war die Abgrenzung in den Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG für Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen nicht einheitlich geregelt. Die Abgrenzung zwischen Lieferleistungen und Dienstleistungen erfolgte nach dem Wert (Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe d) Unterabsatz 2 der Richtlinie 2004/18/EG und 2004/17/EG), während sich die Abgrenzung zwischen Dienstleistungen und Bauleistungen nach dem Hauptgegenstand des Auftrags richtete (Erwägungsgrund 10 der Richtlinie 2004/18/EG und Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2004/17/EG). Umgesetzt wurde diese Abgrenzung im bisherigen § 99 Absatz 10

GWB a.F. Für gemischte Aufträge aus sogenannten A- und B- Dienstleistungen richtete sich die Abgrenzung in Artikel 22 der Richtlinie 2014/18/EG nach dem höchsten Wert der jeweiligen Dienstleistungen. Bislang geregelt war die Abgrenzung in § 4 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 Vergabeverordnung (VgV). Nunmehr bestimmen sich die für die Gesamtvergabe anwendbaren Vorschriften einheitlich nach dem Hauptgegenstand des Auftrags oder der Konzession.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber stellt im Erwägungsgrund 8 der Richtlinie 2014/24/EU und Erwägungsgrund 10 der Richtlinie 2014/25/EU heraus, dass ein Auftrag nur dann als öffentlicher Bauauftrag gelten sollte, wenn er speziell die Ausführung der in Anhang II der Richtlinie 2014/24/EU bzw. Anhang I der Richtlinie 2014/25/EU aufgeführten Tätigkeiten zum Gegenstand hat und zwar auch dann, wenn er sich auf andere Leistungen erstreckt, die für die Ausführung dieser Tätigkeiten erforderlich sind. Öffentliche Dienstleistungsaufträge, insbesondere im Bereich der Grundstücksverwaltung, können unter bestimmten Umständen Bauleistungen umfassen. Sofern diese Bauleistungen jedoch nur Nebenarbeiten im Verhältnis zum Hauptgegenstand des Vertrags darstellen und eine mögliche Folge oder eine Ergänzung des letzteren sind, rechtfertige die Tatsache, dass der Vertrag diese Bauleistungen umfasst, nicht eine Einstufung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags als öffentlicher Bauauftrag. Abschließend stellt der Gemeinschaftsgesetzgeber klar, dass angesichts der für die öffentlichen Bauaufträge kennzeichnenden Vielfalt der Aufgaben die öffentlichen Auftraggeber sowohl die getrennte als auch die gemeinsame Vergabe von Aufträgen für die Planung und die Ausführung von Bauleistungen vorsehen können. Die EU-Vergaberichtlinien bezweckten nicht, eine gemeinsame oder getrennte Vergabe vorzuschreiben.

Zu Absatz 2

Absatz 2 dient der Umsetzung von Artikel 3 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU sowie von Artikel 5 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU und Artikel 20 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU. Die Vorschrift regelt die Bestimmung des Hauptgegenstandes eines gemischten Auftrags oder einer gemischten Konzession für den Fall, dass der Auftrag oder die Konzession entweder teilweise aus Dienstleistungen, die den Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen für soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne des § 131 bzw. des § 153 unterfallen und teilweise aus anderen Dienstleistungen besteht, oder teilweise aus Dienstleistungen und teilweise aus Lieferleistungen besteht. Der Hauptgegenstand bestimmt sich in diesen Fällen nach dem geschätzten Wert der jeweiligen Dienst- oder Lieferleistung.

Zu § 111 (Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, deren Teile unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterliegen)

§ 111 bestimmt, welchen Vorschriften die Vergabe gemischter öffentlicher Aufträge oder gemischter Konzessionen unterliegt, wenn diese aus mehreren Teilen bestehen und diese Kombination verschiedener Beschaffungskomponenten für sich genommen entweder gar nicht dem Vergaberecht oder einem erleichterten Regime einer anderen Richtlinie unterfallen. Im Unterschied dazu betrifft § 110 lediglich die Kombination verschiedener Leistungen im Anwendungsbereich ein und derselben Richtlinie.

Im Rahmen des Anwendungsbereichs des § 111 können die verschiedenen Beschaffungskomponenten dazu führen, dass die Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge durch öffentliche Auftraggeber mit den Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge durch Sektorenauftraggeber, zur Vergabe verteidigungs- und sicherheitsspezifischer öffentlicher Aufträge oder zur Vergabe von Konzessionen durch Konzessionsauftraggeber zusammenfallen. Exemplarisch verweist der europäische Richtliniengeber sowohl in Erwägungsgrund 11 der Richtlinie 2014/24/EU als auch in Erwägungsgrund 13 der Richtlinie 2014/25/EU sowie in Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2014/23/EU auf die Errichtung eines einzigen Gebäudes, von dem ein Gebäudeteil direkt vom Auftraggeber genutzt und

ein anderer Gebäudeteil auf der Basis einer Konzession, zum Beispiel als öffentliches Parkhaus, bewirtschaftet werden soll.

Zu Absatz 1

Absatz 1 betrifft öffentliche Aufträge, deren Auftragsteile jeweils unterschiedlichen vergaberechtlichen Vorschriften unterliegen und objektiv trennbar sind. In diesem Fall hat der Auftraggeber die Wahl, entweder getrennte Aufträge für jeden Teil oder einen Gesamtauftrag zu vergeben.

Zu Nummer 1

Nummer 1 dient der Umsetzung von Artikel 3 Absatz 3 Unterabsatz 1 und Absatz 4 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU sowie von Artikel 5 Absatz 3 Unterabsatz 1 und Absatz 4 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU und sieht für den Fall der Vergabe getrennter Aufträge vor, dass sich die anwendbaren vergaberechtlichen Vorschriften nach den Merkmalen des jeweiligen Einzelauftrags bestimmen.

Zu Nummer 2

Nummer 2 bestimmt unter den Buchstaben a bis e, welche Regelungen in unterschiedlichen Konstellationen auf die Vergabe eines Gesamtauftrags Anwendung finden. Wie der europäische Richtliniengeber in Erwägungsgrund 11 der Richtlinie 2014/24/EU, Erwägungsgrund 13 der Richtlinie 2014/25/EU und Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2014/23/EU ausdrücklich klargestellt hat, kann sich die Notwendigkeit für die Vergabe eines Gesamtauftrags sowohl aus Gründen technischer als auch wirtschaftlicher Art ergeben.

Zu Buchstaben a und b

Buchstaben a und b dienen der Umsetzung von Artikel 3 Absatz 3 Unterabsatz 2 und Artikel 16 Absatz 2 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU sowie von Artikel 5 Absatz 3 Unterabsatz 2 und Artikel 25 Absatz 2 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU. Buchstabe a bestimmt, dass ein Auftrag, bei dem ein Auftragsteil die Voraussetzungen für eine Ausnahme gemäß § 107 Absatz 2 Nummer 1 und 2 erfüllt, ohne Anwendung des Teils 4 des GWB vergeben werden kann, wenn die Vergabe eines Gesamtauftrags aus objektiven Gründen gerechtfertigt ist. Nach Buchstabe b kann ein Auftrag insgesamt gemäß den Vorschriften über die Vergabe verteidigungs- und sicherheitsspezifischer öffentlicher Aufträge vergeben werden, wenn ein Auftragsteil in den Anwendungsbereich dieser Vorschriften fällt. Voraussetzung ist in beiden Fällen, dass die Vergabe eines Gesamtauftrags aus objektiven Gründen gerechtfertigt ist.

Zu Buchstabe c

Buchstabe c dient der Umsetzung von Artikel 3 Absatz 5 der Richtlinie 2014/24/EU sowie Artikel 5 Absatz 4 Unterabsätze 2 und 3 der Richtlinie 2014/25/EU und Artikel 20 Absatz 4 der Richtlinie 2014/23/EU. Die Vorschrift betrifft die Vergabe öffentlicher Aufträge, bei denen die verschiedenen Teile des Auftrags für ein und dieselbe Tätigkeit bestimmt sind, ein Auftragsteil jedoch in den Anwendungsbereich der Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung sowie des Verkehrs fällt und ein anderer Auftragsteil anderen vergaberechtlichen Vorschriften unterliegt. Für einen solchen Fall bestimmt die Vorschrift grundsätzlich, dass die Vergabe eines Gesamtauftrags den Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung sowie des Verkehrs unterliegt, ungeachtet des Werts derjenigen Teile, die an sich anderen rechtlichen Regelungen unterliegen würden. Unterliegt ein Auftragsteil den Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung sowie des Verkehrs und ein anderer Auftragsteil den Vorschriften über die Vergabe von Konzessionen, gilt dies allerdings nur,

wenn der Wert des Auftragsteils, der unter die Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung sowie des Verkehrs fällt, den geltenden Schwellenwert erreichet oder überschreitet. Andernfalls finden die Vorschriften über die Vergabe von Konzessionen Anwendung.

Zu Buchstabe d

Buchstabe d dient der Umsetzung von Artikel 3 Absatz 4 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU und von Artikel 20 Absatz 4 der Richtlinie 2014/23/EU. Die Vorschrift betrifft die Vergabe eines Auftrags, bei dem ein Auftragsteil den Vorschriften zur Vergabe von Konzessionen und ein anderer Auftragsteil den Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge unterliegt. Die Vergabe des Gesamtauftrags erfolgt gemäß den Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge, wenn der Wert des Auftragsteils, der unter diese Vorschriften fällt, den geltenden Schwellenwert erreicht oder überschreitet. Andernfalls finden die Vorschriften über die Vergabe von Konzessionen Anwendung

Zu Buchstabe e

Buchstabe e dient der Umsetzung von Artikel 3 Absatz 4 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU sowie von Artikel 5 Absatz 4 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU und von Artikel 20 Absatz 3 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU. Die Vorschrift betrifft öffentliche Aufträge, bei denen ein Auftragsteil dem Teil 4 des GWB unterliegt und ein anderer Auftragsteil sonstigen Vorschriften unterliegt. Die Vorschrift bestimmt, dass der Auftrag in einem solchen Fall ungeachtet des Wertes der Auftragsteile, die an sich anderen rechtlichen Regelungen unterliegen würden, gemäß den jeweils einschlägigen Bestimmungen des GWB vergeben werden.

Zu Absatz 2

Absatz 2 betrifft öffentliche Aufträge im Sinne von Absatz 1, die jedoch nicht objektiv trennbar sind.

Zu Nummer 1

Nummer 1 dient der Umsetzung von Artikel 3 Absatz 6 der Richtlinie 2014/24/EU sowie von Artikel 5 Absatz 5 der Richtlinie 2014/25/EU und von Artikel 20 Absatz 5 der Richtlinie 2014/23/EU. Die anwendbaren Vorschriften zur Vergabe eines gemischten öffentlichen Auftrags, der nicht objektiv trennbar ist, bestimmen sich grundsätzlich nach dem Hauptgegenstand des Auftrags. Für den besonderen Fall, dass ein Auftrag sowohl Elemente einer Dienstleistungskonzession als auch eines Lieferauftrags umfasst, wird der Hauptgegenstand anhand des geschätzten Wertes der Dienstleistungen oder der Lieferungen ermittelt.

Zu Nummer 2

Nummer 2 dient der Umsetzung von Artikel 16 Absatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU sowie von Artikel 25 Absatz 4 der Richtlinie 2014/25/EU und von Artikel 21 Absatz 3 der Richtlinie 2014/23/EU. Die Vorschrift bestimmt, dass ein Auftrag, bei dem ein Auftragsteil entweder in den Anwendungsbereich der Ausnahmevorschrift des § 107 Absatz 2 Nummer 1 und 2 oder der Vorschriften zur Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen fällt, im ersten Fall ohne Beachtung der Vorschriften des Teils 4 des GWB und im zweiten Fall gemäß den Vorschriften zur Vergabe verteidigungs- und sicherheitsspezifischer öffentlicher Aufträge vergeben werden kann.

Zu Absatz 3

Absatz 3 dient der Umsetzung von Artikel 16 Absatz 2 Unterabsatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU sowie von Artikel 25 Absatz 2 Unterabsatz 4 der Richtlinie 2014/25/EU und

Artikel 21 Absatz 2 Unterabsatz 4 der Richtlinie 2014/23/EU. Die Vorschrift stellt klar, dass die Entscheidung, einen Gesamtauftrag zu vergeben, nicht zur Umgehung von vergaberechtlichen Vorschriften erfolgen darf.

Zu Absatz 4

Absatz 4 erklärt die Regelungen des Absatzes 1 Nummer 1 und Nummer 2 Buchstabe a und b sowie die Absätze 2 und 3, die sich aus Gründen der Verständlichkeit und der Übersichtlichkeit nur auf die Vergabe öffentlicher Aufträge beziehen, auf die Vergabe von Konzessionen für entsprechend anwendbar. Insofern dient Absatz 4 der Umsetzung von Artikel 20 Absatz 2 bis 5 und Artikel 21 der Richtlinie 2014/23/EU.

Zu § 112 (Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, die verschiedene Tätigkeiten umfassen)

§ 112 bestimmt, welche Vorschriften auf die Vergabe gemischter öffentlicher Aufträge oder gemischter Konzessionen Anwendung finden, wenn diese in den Anwendungsbereich unterschiedlicher Vergaberechtsregime verschiedener Richtlinien fallen. Im Unterschied zu § 111 dieses Gesetzes betrifft § 112 allerdings Sachverhaltskonstellationen, in denen die Anwendbarkeit unterschiedlicher Vergaberechtsregime nicht daraus resultiert, dass verschiedene Beschaffungskomponenten umfasst sich, sondern ein und dieselbe Beschaffung im Rahmen eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession für die Ausübung verschiedener Tätigkeiten des Auftraggebers bestimmt ist.

Das ist der Fall, wenn die Auftrags- oder Konzessionsvergabe zwar teilweise zum Zwecke einer Sektorentätigkeit im Sinne von § 102 GWB erfolgt, diese darüber hinaus aber auch für die Ausübung einer anderen Tätigkeit bestimmt ist. Denn gemäß Artikel 1 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU bezeichnet die Auftragsvergabe im Sinne der Sektorenrichtlinie den Erwerb von Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen durch einen oder mehrere Auftraggeber bereits dann, sofern die betreffenden Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen für einen der in Artikel 8 bis 14 genannten Zweck bestimmt ist. Gleiches gilt für Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU, der für die Eigenschaft als Auftraggeber im Sinne der Konzessionsrichtlinie darauf abstellt, dass eine Konzession zum Zwecke der Ausübung einer der in Anhang II genannten Tätigkeiten vergeben wird. Auf dieser Grundlage enthält der Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2014/25/EU die ergänzende Erläuterung durch den Unionsgesetzgeber, dass Sektorenauftraggeber Aufträge vergeben können, die unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterworfen sein können, um die Erfordernisse in mehreren Tätigkeitsbereichen zu erfüllten.

Zu Absatz 1

Absatz 1 regelt die Abgrenzung der anzuwendenden Vorschriften bei der Vergabe von Aufträgen, die neben einer Sektorentätigkeit im Sinne von § 102 zumindest eine weitere Tätigkeit umfassen, die entweder dem Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/23/EU, der Richtlinie 2014/24/EU, der Richtlinie 2009/81/EG unterfallen oder außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Richtlinien liegen. Die Vorschrift dient der Umsetzung von Artikel 6 und 26 der Richtlinie 2014/25/EU. Entsprechende Aufträge dürfen grundsätzlich entweder nach der jeweiligen Tätigkeit getrennt oder als Gesamtauftrag vergeben werden.

Zu Nummer 1

Nummer 1 dient der Umsetzung von Artikel 6 Absatz 1 und Artikel 26 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU. Wird ein Auftrag, der neben einer Sektorentätigkeit eine andere Tätigkeit umfasst, in Form getrennter Aufträge vergeben, sieht die Regelung vor, dass sich die anwendbaren Vorschriften für die einzelnen Aufträge nach den Merkmalen der jeweils betroffenen Tätigkeit bestimmen.

Zu Nummer 2

Nummer 2 betrifft den Fall, dass ein Gesamtauftrag vergeben wird.

Zu Buchstabe a

Buchstabe a dient der Umsetzung von Artikel 6 Absatz 1 und Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU. Die Vorschrift bestimmt, dass die Vergabe eines Gesamtauftrags, der neben einer Sektorentätigkeit im Sinne von § 102 noch mindestens eine weitere Tätigkeit umfasst, im Regelfall denjenigen Bestimmungen unterliegt, die für die Tätigkeit gelten, für die der Auftrag hauptsächlich bestimmt ist. In Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2014/25/EU stellt der Unionsgesetzgeber klar, dass die Ermittlung der Tätigkeit, auf die der Auftrag in erster Linie abzielt, auf einer Analyse der Erfordernisse beruhen kann, zu deren Erfüllung der betreffende Auftrag vergeben werden soll.

Zu Buchstabe b

Buchstabe b dient der Umsetzung von Artikel 6 Absatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU. Die Vorschrift betrifft den Fall, dass bei der Vergabe eines Gesamtauftrags für verschiedene Tätigkeiten nicht objektiv bestimmbar ist, welcher Tätigkeit dieser hauptsächlich dienen soll. Die Doppelbuchstaben aa bis cc bestimmen für einen solchen Fall die anwendbaren Vorschriften für unterschiedliche Tätigkeitskombinationen.

Zu Doppelbuchstabe aa

Doppelbuchstabe aa sieht vor, dass der Gesamtauftrag nach den Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge durch öffentliche Auftraggeber vergeben wird, wenn ein Auftrag nicht nur für eine Sektorentätigkeit, sondern darüber hinaus für eine weitere Tätigkeit bestimmt ist, die für sich genommen unter die Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge durch öffentliche Auftraggeber fallen würde.

Zu Doppelbuchstabe bb

Doppelbuchstabe bb bestimmt, dass der Gesamtauftrag nach den Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung sowie des Verkehrs vergeben wird, wenn eine solche weitere Tätigkeit für sich genommen unter die Vorschriften zur Vergabe von Konzessionen fallen würde.

Zu Doppelbuchstabe cc

Doppelbuchstabe cc sieht ebenfalls vor, dass der Gesamtauftrag nach den Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung sowie des Verkehrs vergeben wird, wenn eine solche weitere Tätigkeit für sich genommen weder den Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge durch öffentliche Auftraggeber noch den Vorschriften zur Vergabe von Konzessionen unterfallen würde.

Zu Buchstabe c

Buchstabe c dient der Umsetzung von Artikel 26 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU. Die Vorschrift betrifft die Vergabe eines Gesamtauftrags, der sowohl für eine Sektorentätigkeit als auch für eine Tätigkeit bestimmt ist, die Verteidigungs- und Sicherheitsaspekte umfasst. Die Vorschrift verweist zur Bestimmung der anwendbaren Vergaberegeln dem Grunde nach auf § 111 Absatz 3 Nummer 2 Buchstabe a und b. Diese Bestimmungen entsprechen inhaltlich der zu Grunde liegenden Regelung des Artikels 26 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU.

Zu Absatz 2

Absatz 2 dient der Umsetzung von Artikel 22 und Artikel 23 der Richtlinie 2014/23/EU. Die Vorschrift regelt die Abgrenzung der anzuwendenden Vorschriften bei der Vergabe von Konzessionen, die neben einer Sektorentätigkeit im Sinne von § 102 zumindest eine weitere Tätigkeit umfassen, die entweder dem Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU oder der Richtlinie 2009/81/EG unterfallen oder außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Richtlinien liegen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird dazu grundsätzlich Absatz 1 für anwendbar erklärt. Schließlich entsprechen die in Absatz 1 umgesetzten Artikel 6 und 26 der Richtlinie 2014/25/EU inhaltlich weitgehend den Artikeln 22 und 23 der Richtlinie 2014/23/EU. Lediglich im Hinblick auf die Vergabe von Gesamtkonzessionen für mehrere Tätigkeiten, bei denen es objektiv unmöglich ist, zu bestimmen, für welche Tätigkeit sie hauptsächlich vorgesehen sind, sieht Artikel 22 Absatz 3 der Richtlinie 2014/23/EU abweichende Regelungen vor. Deren Umsetzung dient Absatz 2 Nummer 1 bis 3.

Zu Nummer 1

Nummer 1 dient der Umsetzung von Artikel 22 Absatz 3 Buchstabe a der Richtlinie 2014/23/EU. Die Vorschrift sieht vor, dass die Vergabe einer Gesamtkonzession, die sowohl für eine Tätigkeit, die für sich genommen in den Anwendungsbereich der Vorschriften zur Vergabe von Konzessionen durch Konzessionsauftraggeber im Sinne von § 101 Absatz 1 Nummer 2 und Nummer 3 fallen würde, als auch für eine Tätigkeit bestimmt ist, die für sich genommen in den Anwendungsbereich der Vorschriften zur Vergabe von Konzessionen durch Konzessionsauftraggeber im Sinne von § 101 Absatz 1 Nummer 1 fallen würde, nach diesen Bestimmungen vergeben wird.

Zu Nummer 2

Nummer 2 dient der Umsetzung von Artikel 22 Absatz 3 Buchstabe b der Richtlinie 2014/23/EU. Die Vorschrift bestimmt, dass die Vergabe einer Gesamtkonzession nach den Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber erfolgt, wenn eine der Tätigkeiten, für die die Konzession bestimmt ist, diesen Vorschriften unterliegt.

Zu Nummer 3

Nummer 3 dient der Umsetzung von Artikel 22 Absatz 3 Buchstabe b der Richtlinie 2014/23/EU. Die Vorschrift stellt klar, dass die Vergabe einer Gesamtkonzession nach den Vorschriften zur Vergabe von Konzessionen erfolgt, wenn eine der Tätigkeiten, für die sie bestimmt ist, weder diesen Vorschriften noch den Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber oder den Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung sowie des Verkehrs unterliegt.

Zu Absatz 3

Absatz 3 dient der Umsetzung von Artikel 6 Absatz 1 Unterabsatz 3 und Artikel 26 Absatz 2 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU sowie Artikel 22 Absatz 1 Unterabsatz 3 und Artikel 23 Absatz 2 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/23/EU. Die Regelung stellt klar, dass die Entscheidung einen Gesamtauftrag zu vergeben, nicht zur Umgehung der Vorschriften des Teils 4 des GWB genutzt werden dürfen.

Zu § 113 (Verordnungsermächtigung)

§ 113 regelt die Verordnungsermächtigung der Bundesregierung neu. Bislang waren die Verordnungsermächtigungen der Bundesregierung in den bisherigen § 97 Absatz 6 und § 127 enthalten. So sind die bisherigen § 97 Absatz 6 und § 127 die Grundlage der Verord-

nung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung vom 23.9.2009 (SektVO), der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) vom 11.2.2003 und der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) vom 12.07.2012.

Die Inhalte der bisherigen §§ 97 Absatz 6, 127 werden nunmehr vereinfacht und in § 113 zusammengeführt. Dabei ergibt sich der Inhalt der Verordnungsermächtigung aus der Abgrenzung zum neuen Regelungsgehalt des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Wesentliche Inhalte der Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU, die nunmehr einer Regelung im Gesetz selbst zugeführt werden, wie zum Beispiel der dynamische Verweis auf die EU-Schwellenwerte, sind folgerichtig nicht mehr Gegenstand der Verordnungsermächtigung. Damit entfällt die bislang in § 127 Nummer 1 geregelte Ermächtigung zur Umsetzung der vergaberechtlichen Schwellenwerte der Richtlinien der Europäischen Union. Auf der Grundlage der in § 183 aufgenommenen Regelung zum Korrekturmechanismus bedarf es auch nicht mehr der in § 127 Nummer 7 enthaltenen Ermächtigung zur Regelung eines freiwilligen Streitschlichtungsverfahrens der Europäischen Kommission. Weiterhin entfällt die bislang in § 97 Abs. 6 und § 127 Nummer 2 und 3 systematisch angelegte Unterscheidung zwischen der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber. Die Verordnungsermächtigung differenziert nur noch nach dem Auftragsgegenstand zwischen der Vergabe öffentlicher Aufträge – die auch die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber umfasst – und der Vergabe von Konzessionen. Aus Gründen der Klarstellung greift die Ermächtigung lediglich gesondert die besonderen Anforderungen verteidigungs- und sicherheitsspezifischer öffentlicher Aufträge in § 113 Satz 2 Nummer 7 auf. Schließlich ist mangels Handlungsbedarfs entfallen die in § 127 Nummer 6 enthaltene Verordnungsermächtigung zur Regelung eines Verfahrens, nach dem öffentliche Auftraggeber durch unabhängige Prüfer eine Bescheinigung erhalten können, dass ihr Vergabeverfahren vergaberechtskonform ist. Auch der Vertragsabschluss selbst unterliegt nicht dem Vergabe-, sondern dem Zivilrecht, so dass es der in § 97 Absatz 6 bislang enthaltenen Verordnungsermächtigung zur Regelung des Vertragsabschlusses nicht mehr bedarf.

§ 113 bestimmt gemäß Artikel 80 Absatz 1 S. 2 GG Inhalt, Zweck und Ausmaß der bislang in §§ 97 Absatz 6, 127 geregelten Verordnungsermächtigungen. In § 113 Satz 1 wird die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die näheren Bestimmungen zur Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen zu regeln. § 113 Satz 2 Halbsatz 1 konkretisiert diese Ermächtigung dahin gehend, dass davon zum einem die Befugnis zur Regelung von Anforderungen an den Auftragsgegenstand und zum anderen die Befugnis zur Regelung von Anforderungen an das Vergabeverfahren erfasst ist. Klargestellt wird dadurch, dass sich die Verordnungsermächtigung nicht allein auf verfahrensmäßige Vorgaben, sondern auch auf materiell-rechtliche Anforderungen an den Auftragsgegenstand bezieht. Solche Anforderungen an den Auftragsgegenstand können zum Beispiel die in § 4 Abs. 4 bis 6b und § 6 Absatz 2 bis 6 VgV geregelte Berücksichtigung der Energieeffizienz zu energieverbrauchsrelevanten Waren, technischen Geräten und Ausrüstungen im Rahmen der Beschaffung von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen und die in § 4 Absatz 7 bis 9 VgV geregelte Berücksichtigung von Energieverbrauch und Umweltauswirkung bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen sein. Diese Anforderungen an den Auftragsgegenstand können sich selbstverständlich zugleich als Anforderung an das Unternehmen im Vergabeverfahren (Eignungs- oder Zuschlagskriterien, Inhalt der Leistungsbeschreibung, Ausführungsbedingungen) auswirken. Weiterhin enthält § 113 Satz 2 Nummer 2 wie die Vorgängerregelung in § 97 Absatz 6 GWB, eine ergänzende Aufzählung, welche die Verordnungsermächtigung zur Regelung der Anforderungen an das Vergabeverfahren weiter konkretisiert.

Zu Nummer 1

§ 113 Satz 2 Nummer 1 nimmt aus Gründen der Klarstellung die Befugnis zur Regelung der Schätzung des Auftragswertes in die Verordnungsermächtigung auf.

Zu Nummer 2

§ 113 Satz 2 Nummer 2 greift die bislang in § 97 Absatz 6 enthaltene Befugnis zur Regelung der Bekanntmachung, der Verfahrensarten und des Ablaufs des Vergabeverfahrens auf.

Zu Nummer 3

§ 113 Satz 2 Nummer 3 nimmt die Befugnis zur Regelung der von den Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU vorgesehenen besonderen Methoden und Instrumente im Vergabeverfahren und für Sammelbeschaffungen in die Verordnungsermächtigung auf. In Bezug auf die elektronische Auftragsvergabe betrifft dies das dynamische elektronische Beschaffungssystem, die elektronische Auktion und den elektronischen Katalog. Unter den Begriff Sammelbeschaffungen fallen Regelungen über Rahmenvereinbarungen, zentrale Beschaffungstätigkeiten und zentrale Beschaffungsstellen, die gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe sowie die Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedsstaaten.

Zu Nummer 4

§ 113 Satz 2 Nummer 4 konkretisiert auf der Grundlage von § 97 Absatz 5 die Verordnungsermächtigung im Hinblick auf die Befugnis zur Regelung der Einzelheiten des Sendens, Empfangens, des Weiterleitens und Speicherns von Daten in einem Vergabeverfahren, einschließlich der Kommunikation. Damit wird die Bundesregierung ermächtigt, die in den Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU jeweils enthaltene Verpflichtung zur elektronischen Kommunikation durch Rechtsverordnungen umzusetzen.

Zu Nummer 5

§ 113 Satz 2 Nummer 5 greift die bislang in § 97 Absatz 6 enthaltene Befugnis zur Regelung der Auswahl und Prüfung der Unternehmen und Angebote auf.

Zu Nummer 6

§ 113 Satz 2 Nummer 6 nimmt aus Gründen der Klarstellung die Befugnis zur Regelung der Aufhebung des Vergabeverfahrens in die Verordnungsermächtigung auf.

Zu Nummer 7

§ 113 Satz 2 Nummer 7 übernimmt die bislang in § 127 Nummer 3 enthaltene Verordnungsermächtigung zur Regelung des Vergabeverfahrens für verteidigungs- und sicherheitsspezifische Aufträge im Sinne des § 104. Die beispielhafte Aufzählung zur Konkretisierung der Verordnungsermächtigung dient der Klarstellung und konzentriert sich dabei auf die besonderen Aspekte des Vergabeverfahrens von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Aufträgen.

Zu Nummer 8

§ 113 Satz 2 Nummer 8 fasst die bislang in § 127 Nummer 9 enthaltene Befugnis zur Regelung des Freistellungsverfahrens für Sektorenauftraggeber und Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz sowie im bisherigen § 127 a Absatz 2 enthaltene Befugnis zur Regelung der Einzelheiten der Kostenerhebung einschließlich von Vollstreckungserleichterungen zusammen. Dabei wird im Hinblick auf die Vergabe von Konzessionen der in Artikel 16 der Richtlinie 2014/23/EU vorgesehene Ausschluss von Tätigkeiten, die unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt sind, berücksichtigt.

Zu § 114 (Monitoring und Statistikpflichten)

Zu Absatz 1

§ 114 Absatz 1 dient der Umsetzung der Vorgaben der drei neuen EU-Vergaberichtlinien zum Monitoring der Anwendung des Vergaberechts durch die jeweils zuständigen Stellen gemäß Artikel 83 der Richtlinie 2014/24/EU, Artikel 99 der Richtlinie 2014/25/EU und Artikel 45 der der Richtlinie 2014/23/EU.

Gemäß Artikel 83 Absatz 2 Satz 1 der Richtlinie 2014/24/EU, Artikel 99 Absatz 2 Satz 1 der Richtlinie 2014/25/EU und Artikel 45 Absatz 2 Satz 1 der Richtlinie 2014/23/EU stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die Anwendung der Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe und die Konzessionsvergabe überwacht werden. Die Richtlinien fordern keine zentrale Aufsichtsstelle, sondern überlassen es den Mitgliedstaaten im Rahmen der bestehenden Strukturen ein Monitoring sicherzustellen. Gemäß Artikel 83 Absatz 3 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 99 Absatz 3 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU übermitteln die Mitgliedstaaten der Kommission bis zum 18. April 2017 und danach alle drei Jahre einen Überwachungsbericht. Gemäß Artikel 45 Absatz 3 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU kann die Kommission höchstens alle drei Jahre von den Mitgliedstaaten verlangen, ihr einen Überwachungsbericht vorzulegen. In dem Überwachungsbericht sollen die Mitgliedstaaten über die Ursachen falscher Rechtsanwendung, Rechtsunsicherheiten sowie strukturelle und wiederkehrende Anwendungsprobleme berichten. Zudem soll über die Beteiligung kleinerer und mittlerer Unternehmen an Vergabeverfahren informiert werden. Außerdem soll über Vorbeugung, Aufdeckung und angemessene Berichtserstattung von Betrug, Bestechung, Interessenkonflikten oder sonstigen schwerwiegenden Unregelmäßigkeiten berichtet werden. Im Rahmen der Richtlinie 2014/23/EU (Artikel 45 Absatz 3 Unterabsatz 2) ist ebenfalls ein Überwachungsbericht in einem dreijährigen Turnus − allerdings nur zu einem eingeschränkten Kanon an Themen − zu übermitteln.

§ 114 Absatz 1 sieht zur Sicherstellung der Kontinuität bei der Umsetzung der Vorgaben der drei neuen EU-Vergaberichtlinien eine jährliche Berichtspflicht der obersten Bundesbehörden und der Länder an das innerhalb der Bundesregierung federführende Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vor. Diese Berichte ermöglichen es dann dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie der EU-Kommission die in den Richtlinien geforderten Überwachungsberichte zu übermitteln. § 114 setzt dabei voraus, dass von den jeweils zuständigen Bundes- und Landesbehörden im Rahmen bestehender Rechtsaufsicht auch die Frage der Übereinstimmung der Vergabepraxis mit den Anforderungen dieses Teils und der aufgrund § 113 erlassenen Rechtsverordnungen geprüft wird.

Zu Absatz 2

Zum öffentlichen Auftragswesen existieren in Deutschland keine einheitlichen Daten und keine belastbare Statistik. Ebenso fehlt ein einheitliches Erhebungs- und Auswertungsinstrument. Derzeit melden die einzelnen Vergabestellen verschiedene Daten in sehr unterschiedlicher Form und Vollständigkeit im Rahmen der bestehenden Statistikregelungen an das auf Bundesebene für Meldungen an die EU-Kommission zuständige Bundesministerium für Wirtschaft und Energie. Aufgrund des fehlenden Datenmaterials sind derzeit valide Aussagen zum öffentlichen Beschaffungswesen in Deutschland nur eingeschränkt möglich. Weder das Gesamtvolumen der öffentlichen Beschaffungen in Deutschland noch die Anzahl der Vergabestellen kann zuverlässig angegeben werden.

Schätzungen gehen von einem Volumen der jährlich durch die Behörden des Bundes, der Länder und der Gemeinden vergebenen öffentlichen Aufträge zwischen 160 und 360 Milliarden Euro aus. Das entspricht je nach Schätzung einem Anteil von rund 5,9 beziehungsweise von rund 13,2 Prozent am Bruttoinlandsprodukt der Bundesrepublik Deutschland. Die vergebenen öffentlichen Aufträge haben daher erhebliche Auswirkungen auf den

Wirtschaftsstandort Deutschland. Eine abschließend valide Datenlage für die Bundesrepublik Deutschland existiert allerdings bislang nicht. Das Fehlen valider Daten über vergebene öffentliche Aufträge gefährdet insofern den gezielten und damit auch den wirtschaftlichen Einsatz von Haushaltsmitteln. Daneben lässt die mangelhafte Datenlage keine Wertungen zu, inwieweit strategische Ziele beim öffentlichen Einkauf verfolgt werden und inwieweit ein rationaler, am effizienten und effektiven Einsatz von Steuermitteln orientierter staatlicher Einkauf gewährleistet ist. Die zu erhebenden statistischen Daten sind unverzichtbar für die Beobachtung des Einkaufsverhaltens der öffentlichen Hand sowie für die Vorbereitung und Kontrolle gesetzgeberischer und strategischer Entscheidungen, Maßnahmen und Planungsvorhaben. Zudem sind statistische Daten über die vergebenen öffentlichen Aufträge sowohl für die öffentliche Hand als auch für die als Bieter an Vergabeverfahren teilnehmenden Wirtschaftsunternehmen hilfreich oder sogar erforderlich.

Ferner enthalten die EU-Richtlinien 2014/23/EU mit Artikel 45 Absatz 3, 2014/24/EU mit Artikel 83 Absatz 3 und Artikel 85 sowie 2014/25/EU mit Artikel 99 Absatz 3 und Artikel 101 mehrere Berichts- und Statistikpflichten der Bundesrepublik Deutschland gegenüber der Europäischen Kommission.

In § 114 Absatz 2 Satz 1 wird daher eine Verpflichtung aller Auftraggeber im Sinne des § 98 aufgenommen, die für die Erstellung und Durchführung einer bundesweiten Beschaffungsstatistik unterhalb und oberhalb der jeweils geltenden Schwellenwerte erforderlichen Daten zu erheben und an die statistikführende Stelle zu übermitteln.

Die Einbeziehung der öffentlichen Aufträge unterhalb der jeweils geltenden Schwellenwerte ist notwendig und erforderlich, um einen hohen Grad an Genauigkeit der erhobenen Daten sicherzustellen. Zahl und Wert der öffentlichen Auftragsvergaben unterhalb der jeweils geltenden Schwellenwerte sind so umfangreich, dass fehlende statistische Daten zu diesen öffentlichen Auftragsvergaben die Berechnung der gesamtstaatlichen Ausgaben und deren Zuordnung zu bestimmten Lieferungs- beziehungsweise Leistungsgruppen sowie die Planung von Investitionen beeinträchtigen würden.

Die Einzelheiten der Datenerhebung und -übermittlung sollen durch eine von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates zu erlassende Rechtsverordnung geregelt werden. § 114 Absatz 2 Satz 2 enthält daher eine entsprechende Ermächtigung für die Bundesregierung. Darüber hinaus wird die Bundesregierung ermächtigt, die Einzelheiten der Veröffentlichung einer bundesweiten Vergabestatistik durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates zu regeln.

Zu Abschnitt 2 (Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber)

Zu Unterabschnitt 1 (Anwendungsbereich)

Zu § 115 (Anwendungsbereich)

§ 115 legt den Anwendungsbereich des Abschnitts 2 fest. Danach findet Abschnitt 2 Anwendung auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Sinne des § 103 durch öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99. Auf alle übrigen Vergaben findet Abschnitt 2 nur insoweit Anwendung als auf die jeweiligen Vorschriften gesondert verwiesen wird (z.B. in den §§ 142, 147 und 154). Abschnitt 2 dient damit im Kern der Umsetzung der wesentlichen Vorgaben der Richtlinie 2014/24/EU und bündelt erstmals alle zentralen Elemente des Vergabeverfahrens im GWB. Abschnitt 2 ist untergliedert in den Unterabschnitt 1 zum Anwendungsbereich und den Unterabschnitt 2 zu Vergabeverfahren und Auftragsausführung.

Zu § 116 (Besondere Ausnahmen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber)

§ 116 enthält besondere Ausnahmen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftragnehmer und dient im Wesentlichen der Umsetzung von Artikel 10 der Richtlinie 2014/24/EU. Sofern die in § 116 genannten Ausnahmen auch auf die besonderen Bereiche des Abschnitts 3 anwendbar sind, wird in den §§ 137, 145 und 150 auf die jeweiligen Ausnahmen des § 116 verwiesen.

Zu Nummer 1

§ 116 Nummer 1 GWB enthält eine Ausnahme für bestimmte Rechtsdienstleistungen und dient der Umsetzung von Artikel 10 Buchstabe d) der Richtlinie 2014/24/EU. Entsprechende Ausnahmen finden sich ebenfalls in Artikel 10 Abs. 8 Buchstabe d) der Richtlinie 2014/23/EU sowie Artikel 21 Buchstabe c) der Richtlinie 2014/25/EU. § 137 Nummer 1 und § 149 Nummer 1 verweisen insofern auf die Ausnahme für Rechtsdienstleistungen im Sinne des § 116 Nummer 1. Die Richtlinie 2009/81/EG enthält keine Ausnahme für Rechtsdienstleistungen.

§ 116 Nummer 1 sieht keine generelle Ausnahme für Rechtsdienstleistungen vor, sondern beschränkt die Ausnahme auf die in Nummer 1 Buchstabe a) bis e) genannten Fälle. Im Wesentlichen betrifft dies Rechtsdienstleistungen, die von gerichtlich bestellten Dienstleistern erbracht werden, die die anwaltliche Vertretung von Mandanten in Gerichts- oder Verwaltungsverfahren betreffen, durch Notare erbracht werden müssen oder mit der Ausübung von hoheitlichen Befugnissen verbunden sind. Für die Vergabe von sonstigen Rechtsdienstleistungen, die nicht unter die Ausnahme des § 116 Nummer 1 fallen, kommt nicht das allgemeine Vergabeverfahren zur Anwendung, sondern das vereinfachte Verfahren im Sinne des § 130 GWB, für das ein höherer Schwellenwert in Höhe von 750000€ gilt.

Zu Buchstabe a

Nummer 1 Buchstabe a) betrifft die anwaltliche Vertretung sowohl in Gerichts- oder Verwaltungsverfahren als auch in Schiedsgerichts- oder Streitbeilegungsverfahren. Der Umfang der anwaltlichen Vertretung ergibt sich dabei aus dem jeweiligen Mandatsvertrag und kann fallspezifisch variieren. Unerheblich ist dabei, ob die anwaltliche Vertretung in Deutschland, anderen EU-Mitgliedstaaten, Drittstaaten oder vor internationalen Organisationen und Einrichtungen stattfindet. Nummer 1 Buchstabe a) findet auch im Falle der Beiordnung des Rechtsanwalts durch das Gericht Anwendung. Entscheidend für die Ausnahme der Nummer 1 Buchstabe a) ist, dass das jeweilige Gerichts- bzw. Schiedsgerichts- oder Schlichtungsverfahren begonnen hat. Die rein vorbereitende Beratung im Hinblick auf spätere Gerichts- oder Verwaltungsverfahren ist gesondert in Nummer 1 Buchstabe b geregelt.

Zu Buchstabe b

§ 116 Nummer 1 Buchstabe b) sieht eine Ausnahme für Rechtsdienstleistungen vor, die – über die anwaltliche Vertretung in Gerichts-, Verwaltungs-, Schiedsgerichts- oder Schlichtungsverfahren im Sinne des Buchstaben a) hinaus – die anwaltliche Beratung betreffen. Aufgrund der in den genannten Verfahren bestehenden Notwendigkeit umfassender Prozessverantwortung durch den Rechtsbeistand ist eine Ausnahme vom Vergaberecht angezeigt. Nummer 1 Buchstabe b) enthält dabei keine allgemeine Ausnahme für sämtliche anwaltliche Beratungsleistungen, sondern fordert im Kern, dass ein Bezug zu einem künftigen nationalen oder internationalen Gerichts-, Verwaltungs-, Schiedsgerichts- oder Schlichtungsverfahren besteht. Dies ist entweder der Fall, wenn die anwaltliche Beratung zur Vorbereitung eines Verfahrens im Sinne von Nummer 1 Buchstabe a) dient oder wenn zumindest konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass es in der Zukunft zu einem solchen

Verfahren kommen kann. Nummer 1 Buchstabe b) findet auch auf gerichtlich beigeordnete Rechtsanwälte Anwendung.

Zu Buchstabe c

§ 116 Nummer 1 Buchstabe c) betrifft Beglaubigungs- und Beurkundungsdienstleistungen, sofern sie von Notaren zu erbringen sind.

Zu Buchstabe d

§ 116 Nummer 1 Buchstabe d) erfasst insbesondere die Tätigkeit von Ergänzungs- und Umgangspflegern, Verfahrens- und Nachlasspflegern, Insolvenzverwaltern, Sachwaltern und Treuhändern sowie von Zwangsverwaltern und Sequestern in Zwangsvollstreckungsverfahren. Diese Ausnahme gilt auch für Rechtsdienstleistungen von gerichtlich bestellten Sachverständigen. Sie werden von den Gerichten aufgrund ihrer besonderen Sachkunde zur Beratung und Beweiserhebung bestellt. Durch die Bestellung wird ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen Gericht und Sachverständigem begründet.

Zu Buchstabe e

§ 116 Nummer 1 Buchstabe e) gilt u.a. für die Gerichtsvollzieher, die einerseits ihre Tätigkeit als selbständiges Organ der Rechtspflege hoheitlich ausüben, andererseits aufgrund des Vollstreckungsauftrags an die Weisungen des Gläubigers insoweit gebunden sind, wie diese sich im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften halten und den Dienstanweisungen des Gerichtsvollziehers nicht widersprechen.

Zu Nummer 2

§ 116 Nummer 2 sieht eine Ausnahme für Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen vor und dient der Umsetzung von Artikel 14 der Richtlinie 2014/24/EU. Artikel 25 der Richtlinie 2014/23/EU und Artikel 32 der Richtlinie 2014/25/EU enthalten entsprechende Regelungen. Bislang war die Ausnahme für Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen als allgemeine Ausnahme in § 100 Absatz 4 Nummer 2 GWB vorgesehen. Da die neuen EU-Vergaberichtlinien einen etwas weiteren Ausnahmebereich für Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen vorsehen als bislang und für Vergaben in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit die bisherige Vorschrift des Artikel 13 Buchstabe j der Richtlinie 2009/81/EG unverändert weiter gilt, ist eine Einordnung unter die allgemeinen Ausnahmen des § 107 nicht mehr möglich.

Anders als bislang gilt die Rückausnahme des bisherigen § 100 Absatz 4 Nummer 2 GWB künftig nur noch für bestimmte Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen. Dies betrifft die CPV-Nummern 73000000-2 (Forschungs- und Entwicklungsdienste und zugehörige Beratung), 73100000-3 (Dienstleistungen im Bereich Forschung und experimentelle Entwicklung), 73110000-6 (Forschungsdienste), 73111000-3 (Forschungslabordienste), 73112000-0 (Meeresforschungsdienste), 73120000-9 (Experimentelle Entwicklung), 73300000-5 (Planung und Ausführung von Forschung und Entwicklung), 73420000-2 (Vordurchführbarkeitsstudie und technologische Demonstration) und 73430000-5 (Test und Bewertung). Alle Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen, die unter andere CPV-Nummern fallen, sind vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ganz ausgenommen, ohne dass die Rückausnahme des § 116 Nummer 2 2. Halbsatz zur Anwendung kommt. Dies betrifft zum Beispiel Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit (z.B. CPV-Nummern 73400000-6 Forschung und Entwicklung für Sicherheits- und Verteidigungsgüter oder 73410000-9 Militärforschung und -technologie).

Für die in § 116 Nummer 2 genannten CPV-Nummern gilt die bisherige Rückausnahme des § 100 Absatz 4 Nummer 2, wonach das Vergaberecht dann zur Anwendung kommen soll, wenn die Dienstleistungen allein durch den Auftraggeber finanziert werden und wenn

das Ergebnis der Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten dem betreffenden öffentlichen Auftraggeber zugutekommt. Damit soll insbesondere die Kofinanzierung von Forschungs- und Entwicklungsprogrammen durch die Industrie gefördert werden, da in diesen Fällen das Vergaberecht nicht zur Anwendung kommen soll (Erwägungsgrund 35 der Richtlinie 2014/24/EU).

Zu Nummer 3

§ 116 Nummer 3 dient der Umsetzung von Artikel 10 Buchstabe b) der Richtlinie 2014/24/EU. § 116 Nummer 3 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 100a Absatz 2 Nummer 1 GWB, passt diesen jedoch entsprechend dem Wortlaut des Artikel 10 Buchstabe b) der Richtlinie 2014/24/EU an die technischen Entwicklungen der vergangenen Jahre an.

Ziel der Ausnahmevorschrift für die Vergabe öffentlicher Aufträge über bestimmte audiovisuelle und Hörfunkmediendienste durch Anbieter von Mediendiensten ist, dass besondere kulturelle und gesellschaftspolitische Erwägungen angemessen berücksichtigt werden können. Aus diesen Gründen sieht § 116 Nummer 3 eine Ausnahme für die von Anbietern von audiovisuellen Mediendiensten oder Hörfunkmediendiensten vergebenen öffentlichen Dienstleistungsaufträge vor, die den Ankauf, die Entwicklung, die Produktion oder die Koproduktion von sendefertigem Material sowie andere Vorbereitungsdienste zum Gegenstand haben, wie z. B. Dienste im Zusammenhang mit den für die Produktion von Sendungen erforderlichen Drehbüchern oder künstlerischen Leistungen. § 116 Nummer 3 bezieht sich gleichermaßen auf Rundfunk-Mediendienste und auf Abruf (on-demand)-Dienste (nichtlineare Dienste). Nicht von der Ausnahme erfasst werden soll dabei die Bereitstellung des für die Produktion, die Koproduktion und die Ausstrahlung dieser Sendungen erforderlichen technischen Materials.

Die Begriffe „audiovisuelle Mediendienste“ und „Anbieter von Mediendiensten“ haben dabei dieselbe Bedeutung wie in Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe a beziehungsweise Buchstabe d der Richtlinie 2010/13/EU. Der Begriff „Sendung“ hat dieselbe Bedeutung wie in Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 2010/13/EU, umfasst jedoch zusätzlich Hörfunksendungen und Hörfunk-Sendematerial. Der Begriff „Sendematerial“ hat dieselbe Bedeutung wie „Sendung“.

Zu Nummer 4

§ 116 Nummer 4 betrifft Ausnahmen für bestimmte finanzielle Dienstleistungen, die bislang teilweise in § 100a Absatz 2 Nummer 2 und § 100b Absatz 2 Nummer 1 GWB geregelt waren. Die Vorschrift dient der Umsetzung von Artikel 10 Buchstabe e der Richtlinie 2014/24/EU. Neu im Vergleich zur bisherigen Ausnahme ist, dass Transaktionen mit der neu geschaffenen Finanzstabilisierungsfazilität und dem Europäischen Stabilitätsmechanismus ebenfalls von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen sein sollen. Die Ausnahme für bestimmte finanzielle Dienstleistungen ist entsprechend in Artikel 10 Absatz 8 Buchstabe e der Richtlinie 2014/23/EU und Artikel 21 Buchstabe d der Richtlinie 2014/25/EU enthalten. Insofern verweisen § 137 Nummer 4 und § 149 Nummer 4 auf die Ausnahme des § 116 Nummer 4.

Zu Nummer 5

§ 116 Nummer 5 betrifft eine neue Ausnahme vom Anwendungsbereich des Vergaberechts für Kredite und Darlehen und zwar unabhängig davon, ob sie mit der Ausgabe von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten oder mit anderen diese betreffenden Transaktionen im Zusammenhang stehen oder nicht. § 116 Nummer 5 dient der Umsetzung von Artikel 10 Buchstabe f der Richtlinie 2014/24/EU. Die Ausnahme für Kredite und Darlehen ist entsprechend in Artikel 10 Absatz 8 Buchstabe f der Richtlinie 2014/23/EU und Artikel 21 Buchstabe e der Richtlinie 2014/25/EU enthalten. Insofern verweisen § 137 Nummer 5 und § 149 Nummer 5 auf die Ausnahme des § 116 Nummer 5.

Zu Nummer 6

§ 116 Nummer 6 dient der Umsetzung von Artikel 11 der Richtlinie 2014/24/EU und entspricht dem bisherigen § 100 a Absatz 3 GWB. Die Ausnahmeregelung betrifft Fälle, in denen ein bestimmter öffentlicher Auftraggeber oder ein Verbund von öffentlichen Auftraggebern der einzige Anbieter einer bestimmten Dienstleistung sein kann, da er für deren Erbringung ein auf Gesetz oder Verordnung beruhendes und mit den Vorschriften des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union in Einklang stehendes ausschließliches Recht besitzt. In diesen Fällen soll das Vergaberecht des Teils 4 des GWB keine Anwendung finden.

Zu § 117 (Besondere Ausnahmen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfassen)

§ 117 setzt Artikel 15 Absatz 2 und 3, Artikel 17 der Richtlinie 2014/24/EU sowie Artikel 24 Absatz 2 und 3, Artikel 26 der Richtlinie 2014/25/EU um. Artikel 15 und Artikel 17 der Richtlinie 2014/24/EU sowie Artikel 24 und Artikel 26 der Richtlinie 2014/25/EU regeln die Anwendung des Vergaberechts auf Aufträge, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte beinhalten. Artikel 15 Absatz 2 und 3, Artikel 17 der Richtlinie 2014/24/EU sowie Artikel 24 Absatz 2 und 3, Artikel 26 der Richtlinie 2014/25/EU erfassen die besonderen Ausnahmen vom Vergaberecht für solche Aufträge, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfassen, ohne die Voraussetzungen des Artikel 2 der Richtlinie 2009/81/EG bzw. § 104 zu erfüllen, und die daher nicht in den besonderen Ausnahmebereich der Artikel 8, 12 und 13 der Richtlinie 2009/81/EG fallen, siehe Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe a) und b) der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 24 Absatz 1 Buchstabe a) und b) der Richtlinie 2014/25/EU.

Zu Nummer 1

§ 117 Nummer 1 setzt Artikel 15 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 24 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um. Im Gegensatz zu Artikel 346 Buchstabe b des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union erweitern Artikel 15 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 24 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU die Ausnahme von der Anwendung des Vergaberechts über die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit auf sämtliche Verträge, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte aufweisen, ohne in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/81/EG zu fallen. Gleichzeitig greifen Artikel 15 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 24 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU zum Zwecke der Klarstellung ausdrücklich den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf. Artikel 15 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 24 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU lassen die Ausnahme vom Vergaberecht nämlich nur insoweit zu, als der Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen eines Mitgliedsstaats nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen gewährleistet werden kann. Zu den weniger einschneidenden Maßnahmen gehören zum Beispiel Anforderungen, die auf den Schutz der Vertraulichkeit solcher Informationen abzielen, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines Vergabeverfahrens zur Verfügung stellt.

Zu Nummer 2

§ 117 Nummer 2 dient der Umsetzung von Artikel 15 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 24 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU. Artikel 15 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 24 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU nehmen ausdrücklich Artikel 346 Buchstabe a des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union in Bezug. Die Fassung der neu in § 117 Nummer 2 übernommenen Ausnahme für Aufträge, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte beinhalten, orientiert sich am Wortlaut der bisherigen allgemeinen Ausnahme gemäß § 100 Absatz 6 Nummer 2 GWB.

Zu Nummer 3

§ 117 Nummer 3 setzt Artikel 15 Absatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 24 Absatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU in das deutsche Recht um. Anders als Artikel 14 der Richtlinie 2004/18/EG greifen Artikel 15 Absatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 24 Absatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU wiederum zum Zwecke der Klarstellung ausdrücklich das Verhältnismäßigkeitsgebot auf. Das Vergaberecht findet keine Anwendung, sofern der Mitgliedstaat festgestellt hat, dass die betreffenden wesentlichen Interessen nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen gewährleistet werden können. Zu den weniger einschneidenden Maßnahmen gehören zum Beispiel Anforderungen, die auf den Schutz der Vertraulichkeit solcher Informationen abzielen, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines Vergabeverfahrens zur Verfügung stellt.

Zu Nummer 4

§ 117 Nummer 4 Buchstaben a, b und c dient der Umsetzung von Artikel 17 Absatz 1 Buchstaben a, b und c der Richtlinie 2014/24/EU.

Zu Nummer 5

§ 117 Nummer 5 setzt Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU um.

Zu § 118 (Bestimmten Auftragnehmern vorbehaltene öffentliche Aufträge)

§ 118 dient der Umsetzung des Artikels 20 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU, des Artikels 24 Satz 1 der Richtlinie 2014/23/EU und des Artikels 38 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU. Für die Vergabe öffentlicher Aufträge durch Sektorenauftraggeber und für die Vergabe von Konzessionen kommt § 118 über die Verweisung in § 142 bzw. § 154 zur Anwendung. § 118 hat keine Entsprechung im bisherigen deutschen Vergaberecht. Die Umsetzung von Artikel 20 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU, des Artikels 24 Satz 2 der Richtlinie 2014/23/EU sowie des Artikels 38 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU erfolgt auf Verordnungsebene.

Beschäftigung und Beruf tragen wesentlich zur Integration von Menschen mit Behinderung und benachteiligten Personen in die Gesellschaft bei. In diesem Zusammenhang können geschützte Werkstätten und Unternehmen, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration dieser Personen ist (Sozialunternehmen), eine wichtige Rolle spielen, indem sie neben einer geschützten Arbeitsumgebung auch besondere Unterstützung, Förderung und Hilfestellung für diese Personengruppen anbieten. Unter normalen Wettbewerbsbedingungen ist es für diese Institutionen jedoch häufig schwierig, öffentliche Aufträge zu erhalten. Daher sollte den öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit eröffnet werden, Vergabeverfahren von vornherein auf diese Institutionen zu beschränken. Ein Wettbewerb findet in diesen Fällen nur noch zwischen geschützten Werkstätten und Sozialunternehmen statt. Die Teilnahme anderer privatwirtschaftlicher Bewerber oder Bieter ist ausgeschlossen. Von dieser Möglichkeit der Beschränkung des Teilnehmerkreises unberührt bleibt die Möglichkeit für die öffentlichen Auftraggeber zur Bevorzugung von geschützten Werkstätten bei der Zuschlagserteilung nach § 141 des Neunten Buchs Sozialgesetzbuch sowie den auf dieser Grundlage angewandten Verwaltungsvorschriften.

Zu Absatz 1

§ 118 Absatz 1 übernimmt Artikel 20 Absatz 1 Satz 1 Halbsatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU, des Artikels 24 Satz 1 Halbsatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU sowie des Artikels 38 Absatz 1 Halbsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU.

Zu Absatz 2

§ 118 Absatz 2 bestimmt in Umsetzung der Vorgabe des Artikels 20 Absatz 1 Satz 1 Halbsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU, des Artikels 24 Satz 1 Halbsatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU sowie des Artikels 38 Absatz 1 Halbsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU, dass mindestens 30 Prozent der in den geschützten Werkstätten oder Unternehmen beschäftigten Personen Menschen mit Behinderung oder benachteiligte Personen sind.

Zu Unterabschnitt 2 (Vergabeverfahren und Auftragsausführung)

Zu § 119 (Verfahrensarten)

Zu Absatz 1

§ 119 Absatz 1 benennt die zulässigen Vergabeverfahrensarten zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträgen abschließend und entspricht inhaltlich dem bisherigen § 101 Absatz 1. Neu hinzugekommen als zulässige Verfahrensart ist die Innovationspartnerschaft, die im Zuge der Modernisierung des EU-Vergaberechts als neue Verfahrensart in Artikel 31 der Richtlinie 2014/24/EU eingeführt wurde.

Zu Absatz 2

§ 119 Absatz 2 regelt das Verhältnis der Vergabeverfahrensarten untereinander. Wesentliche Neuerung im Vergleich zur bisherigen Regelung des § 101 Absatz 7 GWB ist die grundsätzliche Wahlfreiheit für öffentliche Auftraggeber zwischen dem offenen und nicht offenen Verfahren. Bislang sah § 101 Absatz 7 Satz 1 GWB den Vorrang des offenen Verfahrens – auch vor dem nicht offenen Verfahren – vor. Die grundsätzliche Wahlfreiheit zwischen dem offenen und dem nicht offenen Verfahren entspricht der Intention des Unionsgesetzgebers in Artikel 26 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU. Entscheidend für diese Wahlfreiheit ist, dass das nicht offene Verfahren zwingend einen vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb erfordert.

Die nunmehr vorgesehene Wahlfreiheit zwischen dem offenen und dem nicht offenen Verfahren bringt Vorteile für Auftragnehmer und Auftraggeber. Bieter haben im nicht offenen Verfahren den Vorteil, dass sie weniger Aufwand für die Angebotserstellung betreiben müssen. Erst nach Aufforderung zur Angebotsabgabe müssen sie ein verbindliches Angebot erstellen. Dies ermöglicht ihnen eine ihren Erfolgsaussichten entsprechende, effiziente Vorgehensweise bei der Bewerbung um öffentliche Aufträge. Dadurch kann die Bereitschaft zur Teilnahme an Vergabeverfahren insgesamt gesteigert werden, was wiederum den Wettbewerb fördert. Für die im Teilnahmewettbewerb ausgewählten Unternehmen erhöht sich die Zuschlagschance bei Abgabe eines Angebots. Zudem bestehen bereits im Teilnahmewettbewerb Rechtsschutzmöglichkeiten.

Für Auftraggeber kann die Wahl des nicht offenen Verfahrens ebenfalls zu Effizienzsteigerungen führen: Angebote werden nur noch von den tatsächlich geeigneten Unternehmen gefordert, wodurch sich der Prüfaufwand für die Angebote insgesamt reduziert. Zudem erhöht die Wahlfreiheit zwischen dem offenen und nicht offenen Verfahren die Flexibilität der öffentlichen Auftraggeber, indem sie eine dem jeweiligen Auftragsgegenstand angemessene Lösung ermöglicht, ohne die Wahl an bestimmte, im Einzelfall zu dokumentierende Voraussetzungen zu knüpfen. Eine Steigerung der Flexibilität des öffentlichen Auftraggebers bei der Wahl der Verfahrensart entspricht der grundsätzlichen Intention der Richtlinie 2014/24/EU (Erwägungsgrund 42 der Richtlinie 2014/24/EU).

Die vorgesehene Wahlfreiheit zwischen dem offenen und dem nicht offenen Verfahren trägt gleichzeitig den Grundsätzen der Transparenz und des Wettbewerbs hinreichend Rechnung. Das nicht offene Verfahren setzt nach Absatz 4 zwingend einen öffentlichen Teilnahmewettbewerb voraus. Somit steht auch bei einem nicht offenen Verfahren die Teilnahme am Wettbewerb grundsätzlich jedem Unternehmen offen. Die danach vom

öffentlichen Auftraggeber zu treffende Auswahl erfolgt nach objektiven, diskriminierungsfreien Gesichtspunkten und ist im Vergabevermerk zu dokumentieren (BayObLG, Beschluss vom 20. April 2005, Az. Verg 26/04). Der öffentliche Auftraggeber hat eine im vergaberechtlichen Zusammenhang pflichtgemäße Ermessensentscheidung zu treffen, wobei er insbesondere das Wettbewerbs-, Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot als Ausprägungen des generellen Willkürverbots beachten muss (VK Bund, Beschluss vom 25. Juni 2003, Az. VK 1-45/03). In jedem Fall muss die Zahl der zugelassenen Bewerber einen echten Wettbewerb sicherstellen (BayObLG, Beschluss vom 20. April 2005, Az. Verg 26/04). Dadurch ist auch im nicht offenen Verfahren grundsätzlich gewährleistet, dass die für die öffentliche Auftragsvergabe erforderliche Transparenz und Gleichbehandlung sichergestellt sind und ein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchgeführt wird. Ein Missbrauch durch intransparente Verfahrensgestaltung wird wirksam ausgeschlossen. Zugleich ist durch die Sicherstellung eines echten Wettbewerbs gewährleistet, dass öffentliche Auftraggeber auch im Rahmen des nicht offenen Verfahrens das wirtschaftlich beste Ergebnis erzielen können.

Die übrigen Vergabeverfahrensarten (Verhandlungsverfahren, wettbewerblicher Dialog und Innovationspartnerschaft) sind wie bisher nur zulässig, sofern die jeweiligen Voraussetzungen dafür vorliegen. Die einzelnen Voraussetzungen dieser Verfahrensarten sowie die jeweiligen Verfahrensabläufe werden weiterhin in den untergesetzlichen Regelungen festgelegt.

Zu Absatz 3

Die Definition des offenen Verfahren in Absatz 3 entspricht der bisherigen Regelung in § 101 Abs. 2 GWB.

Zu Absatz 4

Die Definition des nicht offenen Verfahren in Absatz 4 entspricht inhaltlich der Definition des bisherigen § 101 Abs. 3 GWB. Die Anpassungen sind sprachlicher Natur.

Zu Absatz 5

Die Definition des Verhandlungsverfahren in Absatz 5 entspricht der bisherigen Regelung des § 101 Abs. 5 GWB. Die Anpassungen sind sprachlicher Natur.

Zu Absatz 6

Absatz 6 definiert den wettbewerblichen Dialog. Die Definition ist an die neue Formulierung in Artikel 30 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU angepasst.

Zu Absatz 7

Absatz 7 definiert das neue Verfahren der Innovationspartnerschaft, das nunmehr in Artikel 31 der Richtlinie 2014/24/EU eingeführt wird. Die Innovationspartnerschaft ist ein besonderes Vergabeverfahren zur Entwicklung und dem anschließenden Erwerb innovativer Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen, wenn der bestehende Bedarf nicht durch bereits auf dem Markt verfügbare Lösungen befriedigt werden kann. Die Innovationspartnerschaft ermöglicht es öffentlichen Auftraggebern, eine langfristige Innovationspartnerschaft mit einem oder mehreren Partnern für die Entwicklung und den anschließenden Erwerb neuer, innovativer Leistungen zu begründen, ohne dass ein getrenntes Vergabeverfahren für den Kauf erforderlich ist. Voraussetzung ist, dass für solche innovativen Leistungen die vereinbarten Leistungs- und Kostenniveaus eingehalten werden können.

Die Innovationspartnerschaft stützt sich im Kern auf die Verfahrensregeln, die für das Verhandlungsverfahren gelten, da dies für den Vergleich von Angeboten für innovative Lösungen am besten geeignet ist, wobei die Auftragsvergabe auf der Grundlage des bes-

ten Preis-Leistungs-Verhältnisses erfolgt. Unabhängig davon, ob es um sehr große Vorhaben oder um kleinere innovative Vorhaben geht, sollte die Innovationspartnerschaft so strukturiert sein, dass sie die erforderliche Marktnachfrage bewirken kann, die die Entwicklung einer innovativen Lösung anstößt, ohne jedoch zu einer Marktabschottung zu führen. Vor diesem Hintergrund darf die Innovationspartnerschaft nicht genutzt werden, um den Wettbewerb zu behindern, einzuschränken oder zu verfälschen. In bestimmten Fällen könnten solche Effekte durch die Gründung von Innovationspartnerschaften mit mehreren Partnern vermieden werden.

Zu § 120 (Besondere Methoden und Instrumente im Vergabeverfahren)

Die neue Vorschrift des § 120 enthält Definitionen zu verschiedenen Methoden und Instrumenten für die elektronische Auftragsvergabe und für Sammelbeschaffungen, die in den Artikel 33 bis 39 der Richtlinie 2014/24/EU angelegt sind. Es ist angebracht, diese Methoden und Instrumente einheitlich auf gesetzlicher Ebene im GWB anzulegen, um sicherzustellen, dass diese Mittel allen öffentlichen Auftraggebern und Sektorenauftraggebern zur Verfügung stehen.

Zu Absatz 1

§ 120 Absatz 1 definiert das dynamische elektronische Verfahren und entspricht dem bisherigen § 101 Absatz 6 Satz 2 GWB. Es dient insofern der Umsetzung von Artikel 34 der Richtlinie 2014/24/EU und von Artikel 52 der Richtlinie 2014/25/EU.

Zu Absatz 2

§ 120 Absatz 2 Satz 2 entspricht weitgehend dem bisherigen § 101 Absatz 6 Satz 1 GWB. Entsprechend Artikel 35 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 53 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU wird ergänzt, dass die elektronische Auktion als ein iteratives elektronisches Verfahren ausgestaltet ist.

Zu Absatz 3

§ 120 Absatz. 3 dient insofern der Umsetzung von Artikel 36 der Richtlinie 2014/24/EU sowie Artikel 54 der Richtlinie 2014/25/EU und definiert den elektronischen Katalog.

Zu § 121 (Leistungsbeschreibung)

§ 121 führt den – bisher im vierten Teil des GWB nicht enthaltenen – zentralen Begriff der Leistungsbeschreibung ein und setzt damit Artikel 42 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU in Teilen um.

Zu Absatz 1

Nach Absatz 1 legt der öffentliche Auftraggeber mit der Leistungsbeschreibung den Auftragsgegenstand und damit sowohl den sachlichen Gehalt der Angebote als auch den Inhalt des abzuschließenden Vertrags fest. Für die Wertung der Angebote gibt die Leistungsbeschreibung die Entscheidungsmaßstäbe vor, an die sich der öffentliche Auftraggeber selbst bindet. Hierdurch soll den Bewerbern und Bietern im Vergabeverfahren eine sichere Kalkulationsgrundlage zur Hand gegeben werden. Gleichzeitig dient die Leistungsbeschreibung aber auch dazu, die Vergleichbarkeit der Angebote zu sichern. Die Vorschrift greift den Regelungsgehalt der §§ 7 VOB/A EG, 8 VOL/A EG und 6 VOF auf.

Zu Absatz 2

Absatz 2 stellt sicher, dass die Leistungsbeschreibung zwingend bereits der Bekanntmachung des öffentlichen Auftrags oder den Vergabeunterlagen, die darüber hinaus auch

noch weitere wesentliche Informationen zum Vergabeverfahren wie etwa den Vertragsentwurf enthalten, beizufügen ist.

Zu § 122 (Eignung)

§ 122 nimmt den Regelungsgehalt des bisherigen § 97 Absatz 4 Satz 1, Absatz 4a GWB auf und legt dabei die Grundanforderungen an die Eignung der Unternehmen, die sich in einem Vergabeverfahren um öffentliche Aufträge bewerben möchten, abschließend fest. Die Vorschrift greift dabei die Terminologie und Systematik des Artikels 58 der Richtlinie 2014/24/EU auf.

Zu Absatz 1

Während nach der bisherigen deutschen Systematik des § 97 Absatz 4 Satz 1 GWB die Eignung aus den vier Elementen Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Gesetzestreue besteht, orientiert sich Absatz 1 nunmehr an den Vorgaben des Artikels 58 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU. Zwar bleiben die Begriffe Fachkunde und Leistungsfähigkeit als zentrale, definierende Komponenten der Eignung erhalten. Das Begriffspaar Fachkunde und Leistungsfähigkeit wird jedoch vollständig durch die in Absatz 2 aufgeführten drei Kategorien ausgefüllt, die die Anforderungen der Richtlinie 2014/24/EU abbilden.

Nach § 123 sind Unternehmen bei Vorliegen von zwingenden Ausschlussgründen vom Vergabeverfahren (ohne Entscheidungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers) auszuschließen. Unternehmen können nach einer Ermessensentscheidung des öffentlichen Auftraggebers ausgeschlossen werden, sofern ein fakultativer Ausschlussgrund nach § 124 vorliegt. Ein solcher fakultativer Ausschlussgrund ist nach § 124 Nummer 1 gegeben, wenn das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat. Nach § 124 Nummer 3 kann ein Unternehmen ausgeschlossen werden, wenn eine schwere Verfehlung des Unternehmens (oder einer Person, deren Handeln dem Unternehmen zuzurechnen ist) nachweislich vorliegt, durch die die Integrität des Unternehmens in Frage gestellt wird.

§ 128 Absatz 1 regelt (in Umsetzung des Artikels 18 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU), dass die beauftragten Unternehmen auch bei der Ausführung des öffentlichen Auftrags allen für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen nachkommen müssen. Dies gilt insbesondere für die Entrichtung von Steuern und Sozialabgaben, die Einhaltung arbeitsschutzrechtlicher Bestimmungen sowie die Gewährung gesetzlich festgelegter Mindestentgelte. Allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge sind ebenfalls zwingend zu beachten.

Über diese detaillierten Vorgaben der §§ 123, 124 und § 128 Absatz 1 wird – entsprechend der Systematik der Richtlinie 2014/24/EU – sichergestellt, dass nur solche Unternehmen den Zuschlag erhalten, die Recht und Gesetz in der Vergangenheit eingehalten haben und bei denen gesetzestreues Verhalten auch in Zukunft zu erwarten ist. Die unbestimmten Rechtsbegriffe der Zuverlässigkeit und Gesetzestreue, die bisher zur Definition der Eignung herangezogen wurden, können daher künftig entfallen.

Zu Absatz 2

Absatz 2 greift die in Artikel 58 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU enthaltenen drei Kategorien der Eignung zur Konkretisierung des Eignungsbegriffs auf. Im Einzelfall legt der öffentliche Auftraggeber Eignungskriterien fest, um zu gewährleisten, dass nur Angebote solcher Unternehmen in die Auswahl einbezogen werden, die für die ordnungsgemäße Ausführung des konkreten Auftrags geeignet sind. Mit den drei in Artikel 58 Absatz 1 vorgesehenen Kategorien „Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung“, „wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit“ sowie die „technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ sind die zugelassenen Kategorien der Eignung abschließend geregelt. Alle Eig-

nungskriterien, die öffentliche Auftraggeber an die bietenden Unternehmen stellen, müssen daher unter eine dieser drei Kategorien untergeordnet werden können. Die weitere Konkretisierung – entsprechend den Vorgaben der Artikel 58, 60 und 62 der Richtlinie 2014/24/EU – wird in der Vergabeverordnung und für die Vergabe von Bauleistungen in der VOB/A 2. Abschnitt erfolgen.

Zu Absatz 3

Absatz 3 entspricht wortgleich dem bisherigen § 97 Absatz 4a GWB und lässt die Einrichtung staatlicher oder privatwirtschaftlich organisierter, anerkannter Präqualifizierungssysteme zum vereinfachten Nachweis der Eignung zu. Der Absatz greift damit den Regelungsgehalt des Artikel 64 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU auf.

Zu Absatz 4

§ 122 Absatz 4 Satz 1 GWB stellt sicher, dass öffentliche Auftraggeber bei Vergabeverfahren nur angemessene Anforderungen an die Eignung stellen. Diese hängen maßgeblich von der Art des Auftrags, vom Auftragsgegenstand und von den Bedingungen der Auftragsausführung ab. So werden in der Regel die Eignungsvorgaben an den Lieferanten bei der Beschaffung marktüblicher Waren deutlich geringer ausfallen können als die Eignungsvorgaben an einen Bauunternehmer, der mit der Realisierung eines komplexen Bauvorhabens betraut werden soll. Darüber hinaus sind (wie bisher) Anforderungen an die Eignung verboten, die in keiner Verbindung zum Auftragsgegenstand stehen.

§ 122 Absatz 4 Satz 2 GWB setzt Artikel 58 Absatz 5 der Richtlinie 2014/24/EU in Übereinstimmung mit den bisherigen Anforderungen um. Die Eignungskriterien müssen allen interessierten Wirtschaftsteilnehmern rechtzeitig bekannt gemacht werden. Demnach müssen öffentliche Auftraggeber die Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessenbestätigung angeben. Eine Aufforderung zur Interessenbestätigung versenden diejenigen subzentralen öffentlichen Auftraggeber, die den Aufruf zum Wettbewerb gemäß Artikel 48 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU durch eine Vorinformation ersetzen dürfen, an diejenigen Wirtschaftsteilnehmer, die auf die Veröffentlichung der Vorinformation hin ihr Interesse bekundet haben (Artikel 26 Absatz 5 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU). § 122 Absatz 4 Satz 2 GWB stellt zudem klar, dass die subzentralen öffentlichen Auftraggeber die Eignungskriterien entsprechend Anhang V Teil B Nummer 5 Buchstabe c der Richtlinie 2014/24/EU auch schon in die Vorinformation nach Artikel 48 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU aufnehmen können.

Zu § 123 (Zwingende Ausschlussgründe)

§ 123 regelt, wann ein Unternehmen zwingend von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden muss. Bei Vorliegen eines zwingenden Ausschlussgrundes steht dem öffentlichen Auftraggeber kein Ermessen bei der Entscheidung zu, ob das Unternehmen ausgeschlossen wird. Damit setzt § 123 die Bestimmungen in Artikel 57 Absätze 1, 2 und Absatz 5 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU um. Da der Ausschluss eines Unternehmens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren in Grundrechte eingreifen kann, erfolgt nunmehr eine Regelung im Gesetz.

Nur in Ausnahmefällen haben öffentliche Auftraggeber trotz des Vorliegens eines zwingenden Ausschlussgrundes die Möglichkeit bzw. sogar die Verpflichtung, von einem Ausschluss des Unternehmens abzusehen. Zum einen kann nach § 123 Abs. 6 bei zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses von einem Ausschluss abgesehen werden. Zum anderen ist ein Ausschluss dann nicht zulässig, wenn das Unternehmen eine erfolgreiche Selbstreinigung nach § 125 durchgeführt hat.

Artikel 57 Absatz 1 Unterabsatz 1 und Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU enthalten einen Katalog von Straftaten. Im Vergleich zur Richtlinie 2004/18/EG wurde dieser Katalog um terroristische Straftaten und Terrorismusfinanzierung sowie um Kinderarbeit und Men-

schenhandel ergänzt. Die Umsetzung in § 123 geht nicht über die verpflichtenden Vorgaben der Richtlinie hinaus. Insbesondere wurde davon abgesehen, solche Ausschlussgründe, die nach der Richtlinie 2014/24/EU fakultativ sind, in § 123 als zwingende Ausschlussgründe zu gestalten oder nicht in der Richtlinie aufgeführte Straftaten in den Katalog des § 123 aufzunehmen. Angesichts der gravierenden Rechtsfolge des zwingenden Ausschlusses von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren darf die Festlegung obligatorischer Ausschlussgründe nicht weiter als unbedingt notwendig gehen.

Zu Absatz 1

Mit der Formulierung am Anfang von § 123 Absatz 1 „zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens“ wird Artikel 57 Absatz 5 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt. Ein Unternehmen ist nicht nur dann von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen, wenn der öffentliche Auftraggeber zum Zeitpunkt der Prüfung der Eignung des Unternehmens Kenntnis von dem Vorliegen eines zwingenden Ausschlussgrundes hat, sondern auch noch dann, wenn der öffentliche Auftraggeber erst in einem späteren Stadium des Vergabeverfahrens davon Kenntnis erlangt. Dasselbe gilt, wenn die rechtskräftige Verurteilung einer Person, deren Verhalten dem Unternehmen nach § 123 Absatz 4 zuzurechnen ist, erst im Laufe des Vergabeverfahrens erfolgt. Der letzte Zeitpunkt für den Ausschluss eines Unternehmens von einem Vergabeverfahren ist unmittelbar vor Erteilung des Zuschlags. Bei Kenntniserlangung nach Zuschlagserteilung greift das Kündigungsrecht des Auftraggebers nach § 133 Nummer 2 ein.

Absatz 1 Nummer 1 und 2 setzen Artikel 57 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe a, d und e (letzteres betreffend Terrorismusfinanzierung) der Richtlinie 2014/14/EU um. Die Formulierung in Absatz 1 Nummer 2 entspricht der Formulierung in § 1 Absatz 2 Nummer 1 und 2 Geldwäschegesetz. Durch Absatz 1 Nummer 3 wird Artikel 57 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe e (betreffend Geldwäsche) der Richtlinie 2014/14/EU umgesetzt. Absatz 1 Nummer 4 und 5 setzen Artikel 57 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe c (Betrug) der Richtlinie 2014/14/EU um. Durch Absatz 1 Nummer 6, 7, 8 und 9 wird Artikel 57 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe b (Bestechung) der Richtlinie 2014/14/EU umgesetzt.

Absatz 1 Nummer 11 setzt zusammen mit Absatz 5 die Regelung in Artikel 57 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/14/EU um. Danach ist ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen, wenn dem öffentlichen Auftraggeber bekannt ist, dass das Unternehmen seinen Verpflichtungen zur Entrichtung seiner Steuern oder Sozialabgaben nicht nachgekommen ist und dies durch eine endgültige und verbindliche Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung festgestellt wurde. Für den Unterfall einer rechtskräftigen Verurteilung wegen Steuerhinterziehung wird mit Absatz 1 Nummer 11 im Rahmen des Straftatenkatalogs des Absatzes 1 ein zwingender Ausschluss vorgesehen, generell für den Fall einer Nichtentrichtung von Steuern oder Sozialabgaben ein zwingender Ausschluss nach Absatz 5.

Zu Absatz 2

Absatz 2 greift den Regelungsgehalt des bisherigen § 6 Absatz 4 Satz 2 VOL/A EG und entsprechender Regelungen in der VOB/A, der VSVgV und der Sektorenverordnung auf. Die Regelung erfasst die Verurteilung in anderen Staaten, die naturgemäß nicht auf der Grundlage deutscher Strafnormen erfolgen kann, sofern diese inhaltlich den in Artikel 57 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU genannten Tatbeständen entsprechen.

Zu Absatz 3

Die in Absatz 3 genannten Vorschriften enthalten besondere Regelungen zum Ausschluss von Unternehmen. Danach sollen Unternehmen von der Teilnahme ausgeschlossen werden, wenn sie z.B. gegen Vorgaben des Mindestlohngesetzes verstoßen haben und deswegen mit einer bestimmten Geldbuße belegt wurden. Absatz 3 stellt klar, dass diese

spezialgesetzlichen Vorgaben von den allgemeinen vergaberechtlichen Regelungen unberührt bleiben.

Zu Absatz 4

Absatz 4 regelt, wann das Verhalten einer wegen einer Straftat verurteilten natürlichen Person einem Unternehmen zugerechnet werden kann. Damit wird Artikel 57 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt. Da das deutsche Strafrecht keine Unternehmensstrafbarkeit vorsieht, sondern nur natürliche Personen wegen Straftaten verurteilt werden können, kann nur dann eine Verpflichtung zum Ausschluss eines Unternehmens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren wegen einer begangenen Straftat bestehen, wenn dem Unternehmen die Straftat einer natürlichen Person zuzurechnen ist.

Die Formulierung in Absatz 4 („für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher“) erfolgt in Anlehnung an § 30 Absatz 1 Nummer 5 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten: Diese Vorschrift regelt, wann aufgrund des Handelns einer natürlichen Person eine Geldbuße gegen eine juristische Person oder eine Personenvereinigung verhängt werden kann. Dabei enthält § 30 Absatz 1 Nummer 5 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten den Oberbegriff des relevanten Personenkreises, während die in § 30 Absatz 1 Nummer 1 bis 4 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten aufgelisteten Personen Unterfälle darstellen.

Das Wort „darin“ in Artikel 57 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU, wonach die Zurechnung einer Straftat erfolgt, wenn „die rechtskräftig verurteilte Person ein Mitglied im Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremium dieses Unternehmens ist oder darin Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse hat“, bezieht sich auf das Unternehmen insgesamt und nicht nur eingeschränkt auf das Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremium dieses Unternehmens. Ansonsten würde der zweite Halbsatz weitgehend leerlaufen und insbesondere der Fall eines Prokuristen nicht erfasst werden, der eventuell nur für einen Teil der wirtschaftlichen Tätigkeit eines Unternehmens Prokura besitzt und nicht Mitglied eines Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremiums des Unternehmens ist. Auch Straftaten eines solchen Prokuristen sollten aber dem Unternehmen, für das der Prokurist tätig ist, zugerechnet werden können.

Durch die Formulierung in Absatz 4, dass nur Straftaten einer Person, die als „für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher gehandelt hat“, dem Unternehmen zugerechnet werden, wird klargestellt, dass ein Ausschluss eines Unternehmens vom Vergabeverfahren nur aufgrund von solchen (durch natürliche Personen begangenen) Straftaten erfolgen kann, die einen Unternehmensbezug aufweisen. Eine ausschließlich im privaten Zusammenhang stehende Straftat beispielsweise des Geschäftsführers eines Unternehmens, die keinen Bezug zur wirtschaftlichen Tätigkeit des Unternehmens aufweist, kann dagegen keinen Ausschlussgrund nach § 123 darstellen.

Zu Absatz 5

Absatz 5 Satz 1 legt in den Nummern 1 und 2 den neuen zwingenden Ausschlussgrund der Nichtentrichtung von Steuern und Sozialabgaben fest und setzt damit Artikel 57 Absatz 2 der Richtlinie 2014/14/EU um. Bisher war hierfür im europäischen und im deutschen Vergaberecht nur ein fakultativer Ausschluss vorgesehen. Absatz 5 Satz 2 enthält eine spezielle Vorschrift zur Möglichkeit der Selbstreinigung bei Vorliegen dieses Ausschlussgrundes, die der strengeren allgemeinen Regelung in § 125 vorgeht. Unter diesen Ausschlussgrund fällt die durch bestandskräftige Verwaltungsentscheidung oder rechtskräftige Gerichtsentscheidung festgestellte Nichtentrichtung von Steuern, Abgaben und Sozialversicherungsbeiträgen trotz bestehender Verpflichtung des Unternehmens hierzu, einschließlich einer rechtskräftigen Verurteilung nach § 266a Strafgesetzbuch wegen Vorenthaltung und Veruntreuung von Sozialversicherungsbeiträgen.

Zu Absatz 6

Absatz 6 gibt öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit, ausnahmsweise von einem an sich zwingend vorgesehenen Ausschluss eines Unternehmens abzusehen, wenn dies aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses geboten ist. Damit wird von der nach Artikel 57 Absatz 3 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU bestehenden Möglichkeit, eine Ausnahme vom zwingenden Ausschluss vorzusehen, Gebrauch gemacht. Diese Ausnahmeregelung ist eng auszulegen. Es reicht nicht, wenn die Teilnahme des Unternehmens, bei dem ein zwingender Ausschlussgrund nach § 123 Absatz 1 vorliegt, aus Gründen des öffentlichen Interesses sinnvoll erscheint, sondern seine Teilnahme muss aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses geboten sein. Erwägungsgrund 100 der Richtlinie 2014/24/EU führt als Beispiel hierfür die Beschaffung dringend benötigter Impfstoffe an, die nur von einem Unternehmen erworben werden können, bei dem ein zwingender Ausschlussgrund vorliegt. Weniger eng formuliert ist die Ausnahmemöglichkeit nach Absatz 6 – in Umsetzung von Artikel 57 Absatz 3 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU – für den Fall einer Nichtentrichtung von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen. Hierbei genügt es für die Möglichkeit einer Ausnahme vom zwingenden Ausschluss, wenn ein Ausschluss offensichtlich unverhältnismäßig wäre. Die Richtlinie führt in Artikel 57 Absatz 3 Unterabsatz 2 Beispiele für eine solche offensichtliche Unverhältnismäßigkeit auf.

Zu § 124 (Fakultative Ausschlussgründe)

§ 124 regelt, wann ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann. Schwerwiegendes berufliches Fehlverhalten stellt die Integrität eines Unternehmens infrage und kann zum Ausschluss führen, selbst wenn die Eignung nach § 122 ansonsten gegeben ist. Dabei besteht bei § 124 – anders als bei Vorliegen eines zwingenden Ausschlussgrundes nach § 123 – ein Ermessen des öffentlichen Auftraggebers, ob er das Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließt. Es handelt sich hier nicht nur um ein Beurteilungsermessen des öffentlichen Auftraggebers hinsichtlich des Vorliegens des Ausschlussgrundes, sondern auch um einen Ermessensspielraum hinsichtlich des „Ob“ des Ausschlusses. Es steht im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers zu entscheiden, ob aufgrund des Fehlverhaltens des Unternehmens, das einen fakultativen Ausschlussgrund nach § 124 begründet, die Zuverlässigkeit des Unternehmens zu verneinen ist. Dabei handelt es sich um eine Prognoseentscheidung dahingehend, ob von dem Unternehmen trotz des Vorliegens eines fakultativen Ausschlussgrundes im Hinblick auf die Zukunft zu erwarten ist, dass es den öffentlichen Auftrag gesetzestreu, ordnungsgemäß und sorgfältig ausführt.

Die öffentlichen Auftraggeber haben bei der Anwendung fakultativer Ausschlussgründe insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Wie Erwägungsgrund 101 der Richtlinie 2014/24/EU ausführt, sollten daher kleinere Unregelmäßigkeiten nur in Ausnahmefällen zum Ausschluss eines Unternehmens führen; allerdings können wiederholte Fälle kleinerer Unregelmäßigkeiten einen Ausschluss rechtfertigen.

Scheitert ein zwingender Ausschluss eines Unternehmens am Fehlen bestimmter Tatbestandsvoraussetzungen eines zwingenden Ausschlussgrundes, kann ein fakultativer Ausschluss nach § 124 in Betracht kommen. Erwägungsgrund 101 der Richtlinie 2014/24/EU stellt klar, dass ein öffentlicher Auftraggeber ein schwerwiegendes berufliches Fehlverhalten eines Unternehmens auch dann bejahen – und ihn deswegen nach § 124 ausschließen – kann, wenn vor einer rechtskräftigen Entscheidung über das Vorliegen zwingender Ausschlussgründe Nachweise vorliegen, dass das Unternehmen gegen seine Verpflichtungen verstoßen hat.

Der in Artikel 57 Absatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU enthaltene Katalog fakultativer Ausschlussgründe ist umfangreicher als der Katalog in Artikel 45 Absatz 2 der Richtlinie 2004/18/EG. Neu hinzugekommen sind fakultative Ausschlussgründe bei Verstoß gegen

geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen, bei wettbewerbsverzerrenden Absprachen, bei Interessenkonflikt, bei Wettbewerbsverzerrung aufgrund vorheriger Einbeziehung des Unternehmens, bei mangelhafter früherer Auftragsausführung sowie bei versuchter unzulässiger Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung des öffentlichen Auftraggebers. Der bisherige fakultative Ausschlussgrund des Nichtentrichtens von Steuern oder Sozialabgaben wurde zu einem zwingenden Ausschlussgrund. Die bereits in der Richtlinie 2004/18/EG vorgesehenen fakultativen Ausschlussgründe wurden teilweise umformuliert.

Die Umsetzung von Artikel 57 Absatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU in § 124 orientiert sich eng an den Vorgaben der Richtlinie.

Zu Nummer 1

Nummer 1 sieht die Möglichkeit eines Ausschlusses für den Fall vor, dass ein Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat. Damit wird Artikel 57 Absatz 4 Buchstabe a der Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt, der Verstöße gegen geltende Verpflichtungen gemäß Artikel 18 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU mit der Ausschlussmöglichkeit sanktioniert. Davon umfasst sind alle für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, aber auch Tarifverträge festgelegt sind. Erforderlich für das Bestehen eines Ausschlussgrundes nach Nummer 1 ist, dass der öffentliche Auftraggeber einen Verstoß gegen die Verpflichtungen nachweist.

Zu Nummer 2

Nummer 2 setzt Artikel 57 Absatz 4 Buchstabe b um.

Zu Nummer 3

Nummer 3 setzt Artikel 57 Absatz 4 Buchstabe c um. Nummer 3 enthält den fakultativen Ausschlussgrund der "schweren Verfehlung", der in der bisherigen Praxis eine wichtige Rolle als Auffangtatbestand einnimmt. Dieser Ausschlussgrund wird gegenüber der Formulierung in Artikel 45 Absatz 2 Buchstabe d der Richtlinie 2004/18/EG in der neuen Richtlinie insofern etwas eingeengt, als nunmehr die im Rahmen der beruflichen Tätigkeit des Unternehmens begangene schwere Verfehlung des Unternehmens oder einer für das Unternehmen verantwortlich handelnden Person die Integrität des Unternehmens infrage stellen muss.

Zu Nummer 4

Die Formulierung in Nummer 4 greift die Formulierung des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen in § 1 GWB auf. Dieser Ausschlussgrund ist nicht auf Fälle von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen im Rahmen des laufenden Vergabeverfahrens beschränkt.

Zu Nummer 5

Dagegen erfasst Nummer 5 nur den Fall, dass gerade im Rahmen des laufenden Vergabeverfahrens ein Interessenkonflikt nach Artikel 24 der Richtlinie 2014/24/EU im Hinblick auf die Unparteilichkeit einer für den öffentlichen Auftraggeber im Auswahlprozess tätigen Person besteht, der nicht wirksam durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen beseitigt werden kann.

Zu Nummer 6

Nummer 6 betrifft den Fall, dass ein Unternehmen in die Vorbereitung des gerade laufenden Vergabeverfahrens einbezogen wurde und daraus eine Wettbewerbsverzerrung im laufenden Vergabeverfahren resultiert, die nicht wirksam durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen beseitigt werden kann.

Zu Nummer 7

Nach Nummer 7 besteht nunmehr auch dann eine Ausschlussmöglichkeit, wenn bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags oder Konzessionsvertrages durch das Unternehmen erhebliche Mängel aufgetreten sind. Dieser fakultative Ausschlussgrund liegt vor, wenn im Rahmen der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags oder Konzessionsvertrages – nicht notwendigerweise desselben öffentlichen Auftraggebers – das Unternehmen eine wesentliche Anforderung erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies auch zu einer vorzeitigen Beendigung, Schadensersatz oder einer vergleichbaren Sanktion geführt hat. Erwägungsgrund 101 der Richtlinie 2014/24/EU führt als Beispiele für relevante Mängel Lieferungs- oder Leistungsausfall oder erhebliche Defizite der gelieferten Waren oder Dienstleistungen, die sie für den beabsichtigten Zweck unbrauchbar machten, an. Die mangelhafte Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Sinne von Artikel 57 Absatz 4 Buchstabe g der Richtlinie 2014/24/EU kann auch die Verletzung einer wesentlichen vertraglichen Pflicht sein.

Zu Nummer 8

Nummer 8 setzt Artikel 57 Absatz 4 Buchstabe h um.

Zu Nummer 9

Nummer 9 setzt Artikel 57 Absatz 4 Buchstabe i um.

Zu § 125 (Selbstreinigung)

Die Regelung in Artikel 57 Absatz 6 der Richtlinie 2014/24/EU zur Selbstreinigung stellt die erste Kodifizierung dieses Instruments auf europäischer Ebene dar. In Deutschland – wie in den meisten Mitgliedstaaten – gab es bisher keine gesetzliche Regelung zur Selbstreinigung. Die deutsche Rechtsprechung, unterstützt von der Literatur, hat aber die Möglichkeit einer Selbstreinigung zu einem allgemein akzeptierten Instrument entwickelt und die dafür zu erfüllenden Voraussetzungen herausgearbeitet. Diese Rechtsprechung und Literatur hat die Regelung zur Selbstreinigung in der neuen europäischen Richtlinie mitgeprägt.

Unter Selbstreinigung sind Maßnahmen zu verstehen, die ein Unternehmen ergreift, um seine Integrität wiederherzustellen und eine Begehung von Straftaten oder schweres Fehlverhalten in der Zukunft zu verhindern. Liegt ein fakultativer oder obligatorischer Ausschlussgrund vor, ist das Unternehmen dennoch nicht vom Vergabeverfahren auszuschließen, wenn es ausreichende Selbstreinigungsmaßnahmen durchgeführt hat. Selbstreinigungsmaßnahmen, die eine Wiederherstellung der Zuverlässigkeit dauerhaft gewährleisten, haben bereits nach bisheriger Rechtsprechung Einfluss auf die Prognoseentscheidung, ob ein Unternehmen als zuverlässig angesehen werden kann (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. April 2003 - Verg 43/02; OLG Frankfurt, Beschluss vom 20. Juli 2004 - 11 Verg 6/04). Hat ein Unternehmen, bei dem ein Ausschlussgrund vorliegt, Maßnahmen ergriffen, die dazu führen, dass sich ein in der Vergangenheit liegendes Fehlverhalten höchstwahrscheinlich nicht wiederholen wird, darf aus dem Fehlverhalten nicht mehr die fehlende Zuverlässigkeit des Unternehmens für die Zukunft abgeleitet werden. Es gibt keinen Grund mehr, das Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen.

Zu Absatz 1

Artikel 57 Absatz 6 Unterabsatz 1 Satz 2 der Richtlinie 2014/24/EU begründet einen Rechtsanspruch des Unternehmens, trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes nicht von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden, wenn es ausreichende Maßnahmen zur Wiederherstellung seiner Integrität nachgewiesen hat. Zwar hat der öffentliche Auftraggeber einen weiten Beurteilungsspielraum, ob die vom Unternehmen durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen ausreichend sind. Wenn ein Unternehmen aber ausreichende Selbstreinigungsmaßnahmen nachgewiesen hat, darf der öffentliche Auftraggeber das Unternehmen trotz des Vorliegen eines Ausschlussgrundes – auch eines zwingenden Ausschlussgrundes – nicht wegen Unzuverlässigkeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen. Dem öffentlichen Auftraggeber steht diesbezüglich kein Ermessen zu.

Die zwingende Verpflichtung, Selbstreinigungsmaßnahmen zu berücksichtigen, ergibt sich auch aus den betroffenen Grundrechten. Der Ausschluss eines Unternehmens, das ausreichende Maßnahmen zur Selbstreinigung getroffen und damit seine Integrität wieder hergestellt hat, wäre nicht geeignet, die Funktionsfähigkeit der Verwaltung und der öffentlichen Haushalte sowie den fairen Wettbewerb zu schützen oder Wirtschaftskriminalität zu bekämpfen; der Ausschluss wäre daher in einem solchen Fall auch nicht verhältnismäßig.

Das Unternehmen hat ein Prüfungsrecht hinsichtlich der von ihm durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen. Wie Erwägungsgrund 102 der Richtlinie 2014/24/EU klarstellt, sollen Unternehmen beantragen können, dass die im Hinblick auf ihre etwaige Zulassung zum Vergabeverfahren getroffenen Compliance-Maßnahmen auch tatsächlich geprüft werden. Die Richtlinie stellt es – so ausdrücklich Erwägungsgrund 102 – dabei den Mitgliedstaaten anheim, welche genauen verfahrenstechnischen Bedingungen sie für die Prüfung von Selbstreinigungsmaßnahmen vorsehen. Nach der in § 125 getroffenen Regelung steht dem Unternehmen aber kein abstraktes, von der Durchführung eines konkreten Vergabeverfahrens unabhängiges Prüfungsrecht zu. Die getroffenen Selbstreinigungsmaßnahmen sind nur im Hinblick auf die Prüfung der Zuverlässigkeit eines Bieters, bei dem ein Ausschlussgrund vorliegt, in einem konkreten Vergabeverfahren von Bedeutung.

Es obliegt dem Unternehmen, das trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes an einem Vergabeverfahren teilnehmen will, nachzuweisen, welche Selbstreinigungsmaßnahmen es vorgenommen hat und dass die vorgenommenen Maßnahmen zur Wiederherstellung seiner Integrität ausreichend sind. Das Unternehmen trägt die Darlegungs- und Beweislast für eine erfolgreiche Selbstreinigung, da es mit dem ihm zurechenbaren Delikt oder Fehlverhalten die Ursache für die Notwendigkeit einer Selbstreinigung gesetzt hat.

Absatz 1 setzt Artikel 57 Absatz 6 Unterabsatz 2 um und Absatz 2 setzt Artikel 57 Absatz 6 Unterabsatz 3 um. Da es in Deutschland keine durch gerichtliche Entscheidung verhängten Ausschlüsse von Vergabeverfahren gibt, wurde von einer Umsetzung von Artikel 57 Absatz 6 Unterabsatz 4 abgesehen.

Zu Nummer 1

Die Verpflichtung, den Schaden zu ersetzen, der durch die dem Unternehmen zuzurechnende Straftat oder das Fehlverhalten dem öffentlichen Auftraggeber oder einem anderen entstanden ist, war bisher umstritten, wenn auch durch Rechtsprechung und Literatur überwiegend anerkannt. Artikel 57 Absatz 6 der Richtlinie 2014/24/EU statuiert nunmehr, dass jeder Schaden ersetzt werden muss, der durch die Straftat oder das Fehlverhalten des Unternehmens verursacht wurde. Alternativ genügt es auch, wenn sich das Unternehmen zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet hat, es also die Verpflichtung zur Leistung eines Schadensersatzes dem Grunde und der Höhe nach verbindlich anerkannt hat.

Dabei kann nicht nur der Ausgleich eines rechtskräftig festgestellten Schadens verlangt werden. Vielmehr muss das Unternehmen unabhängig vom Vorliegen einer rechtskräfti-

gen Gerichtsentscheidung nachweisen, dass es den durch die Straftat oder das Fehlverhalten verursachten Schaden ersetzt bzw. seine Schadensersatzpflicht anerkannt hat.

Ist eine Schadensersatzforderung zwar dem Grunde nach unstreitig berechtigt, besteht aber über die Höhe des Schadens Unklarheit oder Streit, kann es für die Anerkennung von Selbstreinigungsmaßnahmen unter Umständen ausreichen, wenn das Unternehmen seine Verpflichtung zur Schadensersatzleistung dem Grunde nach anerkennt. Falls die genaue Bezifferung des Schadens noch nicht möglich ist bzw. an Umständen scheitert, die nicht dem Unternehmen zugerechnet werden können, oder falls die Höhe der Schadensersatzforderungen streitig ist, kann es unverhältnismäßig sein, dem Unternehmen allein aus diesem Grund eine Selbstreinigung zu verweigern. Von einem Unternehmen kann nicht verlangt werden, dass es Schadensersatzforderungen anerkennt oder ausgleicht, die nicht substantiiert und möglicherweise unbegründet sind, damit seine Selbstreinigungsmaßnahmen als ausreichend angesehen werden (vgl. KG Berlin, Urteil vom 17. Januar 2011 - U 4/06). Daher kann unter Umständen, wenn der verursachte Schaden nicht offensichtlich und unstreitig ist, der Ersatz nur des unstreitig entstandenen Schadens und bzw. oder eine Anerkennung der Verpflichtung zum Ausgleich des Schadens nur dem Grunde nach ausreichen. Insbesondere bei Kartellverstößen kann es angesichts der dabei häufig schwierigen Feststellung des Gesamtschadens unter Umständen ausreichend für die Selbstreinigung sein, wenn das Unternehmen sich generell zum Ersatz des durch seine Beteiligung an einem Kartell entstandenen Schadens bereit erklärt.

Allerdings kann von dem Unternehmen – wie sich aus Nummer 2 ergibt – grundsätzlich eine Mitwirkung bei der Aufklärung der Schadenshöhe verlangt werden. Die generelle Pflicht zur Mitwirkung bei der Sachverhaltsaufklärung gilt umfassend für alle Tatsachen und Umstände der Straftat oder des Fehlverhaltens und damit grundsätzlich auch für die Höhe des durch die Straftat oder das Fehlverhalten verursachten Schadens.

Zu Nummer 2

Auch die deutsche Rechtsprechung und Literatur stellten bisher schon als weiteres Kriterium für eine erfolgreiche Selbstreinigung darauf ab, ob ein Unternehmen sich ernsthaft und nachdrücklich darum bemüht hat, die Vorgänge aufzuklären, auf denen das Vorliegen eines Ausschlussgrundes beruht. Ohne Aufklärung der Vorgänge ist eine Vermeidung künftiger Straftaten oder künftigen Fehlverhaltens nicht möglich. Dabei ist es nicht erforderlich, dass das Unternehmen sämtliche Vorwürfe einräumt. Das Unternehmen muss sich aber aktiv, ernsthaft und erkennbar um eine umfassende Sachverhaltsaufklärung bemühen. Aufgeklärt werden müssen die Tatsachen und Umstände, die das Vorliegen eines Ausschlussgrundes begründen bzw. mit der Straftat oder dem Fehlverhalten zusammenhängen, einschließlich der Schadensumstände

In Artikel 57 Absatz 6 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU ist ausdrücklich festgelegt, dass zur Sachverhaltsaufklärung eine aktive Zusammenarbeit mit den „Ermittlungsbehörden“ erfolgen muss. Der Richtlinienbegriff der Ermittlungsbehörden ist dabei weit zu verstehen. Zur Aufklärung des Sachverhalts muss das Unternehmen zum einen mit den Ermittlungsbehörden im engeren Sinne aktiv zusammenarbeiten. Zum anderen muss es aber auch mit dem öffentlichen Auftraggeber zur Aufklärung des Sachverhalts aktiv zusammenarbeiten (so bisher schon OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. April 2003 – Verg 66/02; Beschluss vom 28. Juli 2004 – Verg 42/05; LG Berlin, Urteil vom 22. März 2006 – 23 O 118/04). Denn letztlich muss der öffentliche Auftraggeber zur Prüfung der Zuverlässigkeit des Bieters in der Lage sein, die durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen zu beurteilen. Da der Bieter, bei dem ein Ausschlussgrund vorliegt, mit seinem Delikt oder Fehlverhalten die Ursache für die Notwendigkeit einer Selbstreinigungsprüfung gesetzt hat, muss er auch den das Vergabeverfahren durchführenden öffentlichen Auftraggeber durch aktive Zusammenarbeit in die Lage versetzen, den Sachverhalt und die durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen zu beurteilen. Für dieses weite Verständnis des in Artikel 57 Absatz 6 der Richtlinie 2014/24/EU verwandten Begriffs der „Ermittlungsbehör-

den“ spricht neben dem Sinn und Zweck der Regelung insbesondere auch die englische Sprachfassung der Richtlinie, in der von „investigating authorities“ die Rede ist, sowie die französische Sprachfassung, die von „autorités chargées de l’enquête“ spricht. Diese Sprachfassungen legen nahe, dass nicht „Ermittlungsbehörden“ im engeren Sinne, sondern „ermittelnde Behörden“ gemeint sind.

Eine umfassende Sachverhaltsaufklärung durch aktive Zusammenarbeit mit externen Stellen setzt voraus, dass das Unternehmen zunächst intern die zur Sachverhaltsaufklärung notwendigen Maßnahmen ergriffen hat. Zu dieser notwendigen internen Sachverhaltsaufklärung können insbesondere auch eine interne Revision und bzw. oder die Durchführung einer Sonderprüfung durch vom Unternehmen unabhängige Personen gehören.

Zu Nummer 3

Als dritte Voraussetzung für eine ausreichende Selbstreinigung führt Artikel 57 Absatz 6 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU an, dass das Unternehmen konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, weitere Straftaten oder Fehlverhalten zu vermeiden. Welche aus dem breiten Spektrum von infrage kommenden Maßnahmen dabei im Einzelnen erforderlich sind, hängt vom jeweiligen konkreten Einzelfall ab. Die ergriffenen technischen, organisatorischen und personellen Maßnahmen müssen jedenfalls konkreter Art und dazu geeignet sein, das Ziel der Vermeidung weiterer Straftaten oder Fehlverhalten zu erreichen. Dabei müssen die Maßnahmen nicht nur generell der Begehung von Straftaten entgegenwirken, sondern auch konkret geeignet sein, eine erneute Begehung der gleichen Straftat zu vermeiden bzw. ausreichende Garantien bieten, dass ein derartiges Fehlverhalten nicht erneut vorkommt. Hierbei handelt es sich um eine Prognoseentscheidung des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers.

Rechtsprechung und Literatur haben Fallgruppen und Hinweise für derartige Selbstreinigungsmaßnahmen erarbeitet. Dabei handelt es sich um sogenannte Compliance-Maßnahmen im weitesten Sinne. Erwägungsgrund 102 der Richtlinie 2014/24/EU erläutert die infrage kommenden Compliance-Maßnahmen: „Bei diesen Maßnahmen kann es sich insbesondere um Personal- und Organisationsmaßnahmen handeln, wie den Abbruch aller Verbindungen zu an dem Fehlverhalten beteiligten Personen oder Organisationen, geeignete Personalreorganisationsmaßnahmen, die Einführung von Berichts- und Kontrollsystemen, die Schaffung einer internen Audit-Struktur zur Überwachung der Compliance oder die Einführung interner Haftungs- und Entschädigungsregelungen. Soweit derartige Maßnahmen ausreichende Garantien bieten, sollte das jeweilige Unternehmen nicht länger alleine aus diesen Gründen ausgeschlossen werden.“ Diese Auflistung möglicher Maßnahmen ist beispielhaft und weder verbindlich noch abschließend.

Für die Selbstreinigung einer juristischen Person ist es in jedem Fall erforderlich, dass auch personelle Maßnahmen ergriffen werden, da diese für die erfolgreiche Wiederherstellung der Zuverlässigkeit von herausragender Bedeutung sind. Welche personellen Konsequenzen jeweils erforderlich sind, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, wozu es eine umfassende Rechtsprechung gibt.

Das Unternehmen muss außerdem strukturelle und organisatorische Maßnahmen ergreifen, die geeignet sind, weitere Straftaten oder Fehlverhalten wirksam zu verhindern. Die Einführung eines sogenannten Compliance Management Systems (bzw. die Veränderung eines bereits bestehenden Systems) kann diese technischen und organisatorischen Maßnahmen umfassen. Faktoren wie Größe, Struktur und Tätigkeitsbereich des Unternehmens, die Art des Delikts oder Fehlverhaltens und die Funktion der verurteilten Personen spielen eine wesentliche Rolle bei der Beurteilung der im Einzelfall erforderlichen Selbstreinigungsmaßnahmen.

Absatz 1 Satz 2 stellt klar, dass der in § 123 Absatz 5 Satz 3 geregelte spezielle Selbstreinigungstatbestand für den zwingenden Ausschlussgrund der Nichtzahlung von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen dem allgemeinen Selbstreinigungstatbestand nach § 125 vorgeht.

Zu Absatz 2

Die Richtlinie 2014/24/EU überlässt es in Artikel 57 Absatz 7 Satz 1 – wie auch der Erwägungsgrund 102 ausdrücklich klarstellt – den Mitgliedstaaten, die genauen verfahrenstechnischen und inhaltlichen Bedingungen zu bestimmen, die für die Prüfung von Selbstreinigungsmaßnahmen gelten sollen. Gemäß Erwägungsgrund 102 soll es den Mitgliedstaaten insbesondere freistehen zu entscheiden, ob es den jeweiligen öffentlichen Auftraggebern überlassen wird, die einschlägigen Bewertungen vorzunehmen, oder ob sie diese Bewertungen anderen Behörden auf zentraler oder dezentraler Ebene überträgt.

Grundsätzlich muss jeder einzelne öffentliche Auftraggeber sowohl die Prüfung eines Ausschlusses aufgrund des Vorliegens von Ausschlussgründen als auch gegebenenfalls die Prüfung von durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen in eigener Verantwortung vornehmen, denn beides gehört zusammen. Um den öffentlichen Auftraggebern die Prüfung durchgeführter Selbstreinigungsmaßnahmen und den Bietern den Nachweis einer erfolgreichen Selbstreinigung zu erleichtern, kommen verschiedene Wege in Betracht. So könnte die Prüfung durchgeführter Selbstreinigungsmaßnahmen in einem Land bei einzelnen Landesbehörden gebündelt werden. Ferner könnten Präqualifizierungsstellen hierbei eine entsprechende Funktion übernehmen. Es wäre aber etwa auch an die Möglichkeit einer Zertifizierung von Selbstreinigungsmaßnahmen durch eine unabhängige, dafür akkreditierte Stelle zu denken. Dabei würde das Unternehmen die Zertifizierung der von ihm durchgeführten Maßnahmen freiwillig beauftragen und die Anerkennung eines solchen Zertifikats würde im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers stehen.

Absatz 2 setzt Artikel 57 Absatz 6 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU um. Bei der Bewertung, ob die ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen ausreichend sind, um die Integrität des Unternehmens wiederherzustellen und ausreichende Garantien zu bieten, dass von ihm in Zukunft höchstwahrscheinlich keine Gefahr der Begehung von Straftaten oder eines Fehlverhaltens mehr ausgeht, ist danach der Einzelfall zu berücksichtigen. Dabei müssen sowohl die Schwere als auch die besonderen Umstände der Straftat oder des Fehlverhaltens im Hinblick auf den zu vergebenden Auftrag Berücksichtigung finden. Es handelt sich um eine auf das konkrete Vergabeverfahren bezogene Prognoseentscheidung. Bei Vorliegen eines obligatorischen Ausschlussgrundes sind daher höhere Anforderungen an die Selbstreinigungsmaßnahmen zu stellen als bei Vorliegen eines fakultativen Ausschlussgrundes. Je nachdem, um welchen Ausschlussgrund es sich handelt, werden die erforderlichen Selbstreinigungsmaßnahmen unterschiedlich sein. Ferner hängen die erforderlichen Selbstreinigungsmaßnahmen unter anderem davon ab, ob es sich um einen Einzelfall oder um systematisches Fehlverhalten handelt, wie hoch der entstandene Schaden ist und wieviel Zeit seit dem Delikt bzw. dem Fehlverhalten verstrichen ist.

Zu § 126 (Höchstdauer eines Ausschlusses)

§ 126 setzt Artikel 57 Absatz 7 Satz 2 und 3 der Richtlinie 2014/24/EU um. Danach darf die Dauer von Auftragssperren, sofern sie nicht durch eine gerichtliche Entscheidung erfolgen, bestimmte Fristen nicht überschreiten. Der Zeitpunkt des betreffenden Ereignisses bestimmt sich nach den Vorschriften zu den Ausschlussgründen (§§ 123 und 124).

Dabei kann es sich um einfache Auftragssperren handeln, die ein öffentlicher Auftraggeber ausspricht, oder um koordinierte Auftragssperren, die für die Vergabeverfahren mehrerer öffentlicher Auftraggeber gelten. Auch die Grundlage für die Auftragssperre wird

nicht festgelegt, so dass alle Arten von Auftragssperren mit Ausnahme einer durch gerichtliche Entscheidung festgelegten Auftragssperre erfasst werden.

Die Regelung zur zulässigen Höchstdauer einer Auftragssperre verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht dazu, Auftragssperren einzuführen oder beizubehalten. Artikel 57 Absatz 7 der Richtlinie 2014/24/EU beschränkt sich vielmehr darauf, für den Fall von nach nationalem Recht zulässigen Auftragssperren die Höchstdauer der Auftragssperre zu begrenzen. Weitere Regelungen über Voraussetzungen oder Auswirkungen von Auftragssperren enthält die Richtlinie nicht. Die Umsetzung dieser Vorschrift geht nicht über die Regelung in Artikel 57 Absatz 7 hinaus.

Zu § 127 (Zuschlag)

Neben der Leistungsbeschreibung (§ 121), der Vorgabe von Eignungskriterien (§ 122) und ggf. Ausführungsbedingungen (§ 128 Absatz 2) stellt die Festlegung von Zuschlagskriterien und der Zuschlag ein zentrales Element der Planung und Durchführung eines jeden Vergabefahrens dar. Denn nach den Zuschlagskriterien bestimmt sich letztlich, welches Angebot aus dem Kreis der geeigneten Bieter den Zuschlag erhält.

Zu Absatz 1

Wie bisher nach § 97 Absatz 5 GWB muss nach Absatz 1 auch künftig der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden. Im Unterschied zur bisherigen Regelung enthält § 127 in seinen Absätzen 2 bis 5 darüber hinaus weitere grundlegende Vorgaben zum Zuschlag und zur Gestaltung der Zuschlagskriterien, die bisher nur auf untergesetzlicher Ebene in § 16 Absatz 6 VOB/A EG, §§ 19 Absatz 9, 21 Absatz 1 VOL/A EG sowie § 11 Absatz 5 VOF enthalten waren.

Absatz 1 Satz 2 stellt klar, dass es sich beim Zuschlag um eine Wertungsentscheidung handelt. Während die Eignung eines Bewerbers oder Bieters grundsätzlich absolut festgestellt wird (Eignung liegt vor oder liegt nicht vor) und Ausführungsbedingungen (§ 128 Absatz 2) als feste Vorgabe vom späteren Auftragnehmer zwingend beachtet werden müssen, sind die Zuschlagskriterien vom öffentlichen Auftraggeber mit einer Wertungsskala zu versehen und Kriterien für die Beurteilung im Rahmen dieser Wertungsskala festzulegen.

Mit § 127 wird Artikel 67 der Richtlinie 2014/24/EU im Grundsatz umgesetzt; die weitere Konkretisierung der Vorschriften zum Zuschlag erfolgt auf der Ebene der Rechtsverordnung (insbesondere Vergabeverordnung).

Nach Absatz 1 Satz 3 stellt die "Wirtschaftlichkeit" des Angebots auch künftig den Maßstab für die Angebotswertung dar. Ausgefüllt wird der Begriff durch das Konzept des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses: der Angebotspreis oder die (unter Einbeziehung weiterer Faktoren, wie z.B. dem finanziellen Aufwand für Betrieb und Wartung der Leistung, errechneten) Kosten müssen ins Verhältnis gesetzt werden zur Leistung, die im Rahmen des öffentlichen Auftrages erbracht werden soll. Preis oder Kosten müssen bei der Angebotsbewertung zwingend berücksichtigt werden. Erstmals wird dabei auf gesetzlicher Ebene klargestellt, dass bei der Leistungsbewertung auch zusätzliche Kriterien wie etwa qualitative, umweltbezogene, innovative oder soziale Aspekte Berücksichtigung finden können.

Zwar ist es auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses auch künftig zulässig, den Zuschlag allein auf das preislich günstigste Angebot zu erteilen. Der öffentliche Auftraggeber wird jedoch – insbesondere bei der Beschaffung von nichtmarktüblichen, nicht standardisierten Leistungen – seine Vergabeentscheidung in der Regel auf weitere Zuschlagskriterien wie z.B. Qualität, Zweckmäßigkeit, technischer Wert, Lieferfrist oder Ausführungsdauer stützen. Soziale Aspekte, wie etwa die Förderung der sozialen Integration von benachteiligten Personen und positive Umwelteigenschaften (z.B.

Klima- und Energieeffizienzeigenschaften) der Leistung können dabei vom öffentlichen Auftraggeber ebenfalls als Zuschlagskriterium vorgegeben werden.

Die Aufzählung der Zuschlagskriterien in Absatz 1 Satz 3 ist nicht abschließend. Die Auswahl der Kriterien, auf die der öffentliche Auftraggeber für die Erteilung des Zuschlags abzustellen beabsichtigt, bleibt dessen freiem Ermessen überlassen, sofern Sonderregelungen nicht die Vorgabe bestimmter Kriterien zwingend vorschreiben.

Zu Absatz 2

Bei Geltung einer gesetzlichen Gebühren- oder Honorarordnung, z.B. der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) sind die entsprechenden Honorarvorgaben bei der Beurteilung des Zuschlagskriteriums "Preis" entsprechend zu berücksichtigen. Sofern die Gebühren- oder Honorarordnung für die betreffende Leistung keine Schwankungsbreite zulässt, ist vom öffentlichen Auftraggeber das festgelegte Honorar als fixe Position in Anschlag zu bringen. Die Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebots kann dann nur aufgrund der Bewertung anderer Zuschlagskriterien als des Zuschlagskriteriums "Preis" erfolgen.

Zu Absatz 3

Voraussetzung für die Vorgabe eines Zuschlagskriteriums ist stets, dass dieses mit dem Auftragsgegenstand sachlich in Verbindung steht. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass ein weniger wirtschaftliches Angebot aus sachfremden Erwägungen den Zuschlag erhält. Der in § 97 Absatz 1 normierte Wettbewerbsgrundsatz würde dann verletzt.

Absatz 3 stellt in Umsetzung des Artikels 67 Absatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU klar, dass ein Auftragsbezug künftig auch dann angenommen werden kann, wenn sich das Kriterium auf ein beliebiges Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht. Dies kann insbesondere Prozesse der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung betreffen, aber (insbesondere bei Warenlieferungen) z.B. auch den Handel mit ihr. Dabei müssen sich solche Kriterien nicht zwingend auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken. Künftig kann somit ein zu beschaffendes Produkt, das aus fairem Handel stammt, im Rahmen der Zuschlagswertung mit einer höheren Punktezahl versehen werden als ein konventionell gehandeltes Produkt. Damit steigen dessen Chancen, auch bei einem höheren Angebotspreis den Zuschlag zu erhalten. Gleiches gilt nach dem Erwägungsgrund 97 der Richtlinie 2014/24/EU z.B. für Kriterien, wonach zur Herstellung der zu beschaffenden Waren keine giftigen Chemikalien verwendet werden dürfen, oder dass die auszuführenden Dienstleistungen unter Einsatz energieeffizienter Maschinen erbracht werden.

Zu Absatz 4

Mit Absatz 4 wird Artikel 67 Absatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt. Grundsätzlich steht dem öffentlichen Auftraggeber bei der Festlegung von Zuschlagskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu. Dieser findet seine Begrenzung in den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen der Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Transparenz. Daher sind die Zuschlagskriterien so zu gestalten, dass dem Auftraggeber bei der Zuschlagserteilung keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit eingeräumt wird. Die Kriterien müssen vielmehr so vorgegeben werden, dass sie einen effektiven Wettbewerb der konkurrierenden Angebote zulassen. Darüber hinaus muss der öffentliche Auftraggeber in der Lage sein, die Erfüllung der von ihm festgelegten Kriterien objektiv zu überprüfen.

Zu Absatz 5

Absatz 5 stellt zur Wahrung der Transparenz im Vergabeverfahren klar, dass sowohl die Zuschlagskriterien wie auch ihre Gewichtung im Rahmen der Wertungsprüfung bereits in

der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen enthalten sein müssen. Ein späteres Nachschieben von Zuschlagskriterien ist unzulässig.

Zu § 128 (Auftragsausführung)

§ 128 fasst in seinen beiden Absätzen Regelungen zur Ausführung des öffentlichen Auftrages zusammen. Während Absatz 1 eine generelle Aussage zu den bei der Auftragsausführung einzuhaltenden Rechtsvorschriften trifft, kann der öffentliche Auftraggeber nach Absatz 2 individuelle Ausführungsbedingungen vorgeben, die gesetzlich zwar nicht gefordert, dem öffentlichen Auftraggeber aber dennoch sinnvoll erscheinen.

Zu Absatz 1

Mit Absatz 1 wird Artikel 18 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt. Danach haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass Unternehmen, die öffentliche Aufträge ausführen, die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten. Die Regelung in Absatz 1 geht hierüber noch hinaus, indem sie klarstellt, dass alle für das betreffende Unternehmen geltenden rechtlichen Vorschriften eingehalten werden müssen.

Die Sicherstellung der Einhaltung dieser Vorschriften erfolgt dabei über Vorgaben in den einzuhaltenden Regelungen selbst, da diese bereits spezielle Sanktionsmechanismen (wie etwa Straf- oder Bußgeldtatbestände, besondere Ausschlussgründe für künftige Vergabeverfahren, Einrichtung besonderer Kontrollbehörden etc.) enthalten. Die in den in Anhang X der Richtlinie 2014/24/EU aufgeführten, von allen EU-Mitgliedstaaten ratifizierten internationalen Übereinkommen (insbesondere ILO-Übereinkommen) enthaltenen, unmittelbar an die Vertragsstaaten gerichteten Verpflichtungen wurden vollständig in das deutsche Recht und die Rechtordnungen der EU-Mitgliedstaaten umgesetzt. Daher ist ein ausdrücklicher Verweis auf diese Abkommen, wie ihn Artikel 18 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU enthält, entbehrlich.

Den Erwägungsgründen 37 und 38 der Richtlinie 2014/24/EU entsprechend sind die für den Auftragnehmer am Ort der Leistungserbringung geltenden rechtlichen Verpflichtungen maßgeblich. So sind z.B. bei der Beauftragung eines Call Centers durch die öffentliche Hand die am Betriebsort des Centers geltenden rechtlichen Verpflichtungen anzuwenden, ungeachtet des Ortes, an dem der öffentliche Auftraggeber seinen Sitz hat. Bei reinen Warenlieferungen dagegen wird der Ort der Leistungserfüllung (Anlieferung, Übersendung der Ware) in der Regel der Sitz des öffentlichen Auftraggebers sein.

Zu Absatz 2

Neben Leistungsbeschreibung, Eignungs- und Zuschlagskriterien bieten Ausführungsbedingungen ein weiteres wesentliches Instrument für den öffentlichen Auftraggeber, um das Vergabeverfahren nach seinem Beschaffungsbedarf zu gestalten. Denn mit der Vorgabe solcher Bedingungen kann der öffentliche Auftraggeber auch für den Zeitraum nach der Zuschlagserteilung auf die Art und Weise der Erbringung der Leistung unmittelbar Einfluss nehmen. Ausführungsbedingungen kommt somit eine wichtige Steuerungswirkung zu. Regelungstechnisch handelt es sich hierbei um Vertragsbedingungen, die dem Auftragnehmer zwingend zur Beachtung und Einhaltung vorgegeben werden. Anders als bei den Zuschlagskriterien findet hier keinerlei Wertung statt; sofern ein Bewerber oder Bieter nicht willens oder in der Lage ist, im Falle der Zuschlagserteilung diese Bedingungen bei der Auftragsausführung zu beachten, liegt von Beginn an kein zuschlagsfähiges Angebot vor. Kommt ein Auftragnehmer den Ausführungsbedingungen während der Erbringung der Leistung nicht nach, liegt eine Vertragsverletzung vor, die zivilrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann. Darüber hinaus bleibt es dem öffentlichen Auftraggeber unbenommen, sich die Einhaltung der Ausführungsbedingungen bei Angebotsabgabe durch eine gesonderte Erklärung seitens des Bieters oder Bewerbers zusichern zu lassen oder die Einhaltung durch Vertragsstrafen bzw. Sonderkündigungsrechte abzusichern.

Die Möglichkeit zur Vorgabe von Ausführungsbedingungen war bisher in § 97 Absatz 4 Satz 2 GWB normiert, nicht jedoch in den die GWB-Vorgaben konkretisierenden untergesetzlichen Vorschriften (VgV, VOL/A EG, VOB/A EG, SektVO, VSVgV). Mit Absatz 2 wird Artikel 70 der Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt.

Zulässig ist die Vorgabe von Ausführungsbedingungen durch öffentliche Auftraggeber nur, wenn diese bereits in der Bekanntmachung des Auftrags oder den Vergabeunterlagen schriftlich niedergelegt sind. Nur so kann ein Interessent auf gesicherter Grundlage entscheiden, ob er im Falle des Zuschlags diese Bedingungen einhalten kann. Darüber hinaus müssen die Bedingungen mit dem Gegenstand des Auftrags in Verbindung stehen. Es gilt der gleiche Maßstab wie bei den Zuschlagskriterien. Damit ist es auch weiterhin nicht möglich, über Ausführungsbedingungen dem Unternehmen allgemeine Vorgaben für seine Unternehmenspolitik oder Betriebsorganisation zu machen. Eine allgemeine Quotierung von Führungspositionen für Frauen oder eine Mindestquote von Ausbildungsplätzen scheiden demnach aus. Zulässig ist es dagegen beispielsweise, den Einsatz von Auszubildenden oder Langzeitarbeitslosen bei der Ausführung des konkreten Auftrages festzuschreiben, da in diesen Fällen eine unmittelbare Verbindung zum Auftragsgegenstand vorliegt.

Die Ausführungsbedingungen können sich auf wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Aspekte beziehen; diese Aufzählung ist nicht abschließend. Im Rahmen der Vorgabe von sozialen Kriterien kann z.B. den Belangen von Menschen mit Behinderung besonders Rechnung getragen werden. Einer gesonderten Begründung des öffentlichen Auftraggebers für die Vorgabe von Auftragsbedingungen bedarf es nicht.

Zu § 129 (Zwingend zu berücksichtigende Ausführungsbedingungen)

Grundsätzlich steht es dem öffentlichen Auftraggeber frei, durch die Definition der zu beschaffenden Leistung, die Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie durch die Vorgabe von Ausführungsbedingungen „sein“ Vergabeverfahren frei zu gestalten. Dabei liegt es im Gestaltungsspielraum des Auftraggebers, ob und welche Ausführungsbedingungen im konkreten Vergabeverfahren bzw. bei der späteren Vertragsausführung vom Auftragnehmer beachtet werden müssen. Es kann jedoch aus übergeordneten politischen Erwägungen heraus das Bedürfnis entstehen, den öffentlichen Auftraggeber zu verpflichten, bestimmte Bedingungen dem Auftragnehmer obligatorisch für die Ausführung des Auftrags vorzugeben. Dies können insbesondere soziale, beschäftigungspolitische und umweltbezogene Aspekte sein. Mit § 129 wird der Regelungsgehalt des bisherigen § 97 Absatz 4 Satz 3 GWB aufgegriffen und präzisiert.

Zu § 130 (Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen)

§ 130 dient der Umsetzung der neuen Vorschriften der Richtlinie 2014/24/EU zur Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber. Die bisherige Unterscheidung gemäß Artikel 20 f. der Richtlinie 2004/18/EG zwischen sogenannten vorrangigen A- und nachrangigen B-Dienstleistungen ist entfallen. Artikel 74 ff. der Richtlinie 2014/24/EU unterstellen bestimmte soziale und andere besondere Dienstleistungen besonderen erleichterten Beschaffungsregelungen (Sonderregime). Diese sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen sind im Einzelnen im Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU aufgeführt.

Als besondere Beschaffungsregelungen sieht die Richtlinie 2014/24/EU für diese soziale und anderen besonderen Dienstleistungen ein vereinfachtes Vergabeverfahren vor. Dieses vereinfachte Vergabeverfahren zeichnet sich dadurch aus, dass öffentliche Auftraggeber gemäß Artikel 76 Absatz 1 Satz 1 der Richtlinie 2014/24/EU lediglich verpflichtet sind, im Vergabeverfahren die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung

das Unternehmen einzuhalten. Darüber hinaus sind gemäß Artikel 75 der Richtlinie 2014/24/EU die beabsichtigte Vergabe sowie die Ergebnisse des Vergabeverfahrens EU-weit bekannt zu machen. Gemäß Artikel 74 i.V.m. Artikel 4 Buchstabe d greift für soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne des Anhangs XIV der Richtlinie 2014/24/EU ein besonderer Schwellenwert von 750.000 €.

Grund für dieses vereinfachte Vergabeverfahren und den erhöhten Schwellenwert ist, dass diesen oftmals personen- oder ortsgebundenen Dienstleistungen nur eingeschränkt eine grenzüberschreitende Dimension zukommt (vergleiche Erwägungsgrund 114 ff. der Richtlinie 2014/24/EU). Gerade Dienstleistungen im Sozial-, Gesundheits- und Bildungsbereich werden in einem besonderen Kontext erbracht, der sich aufgrund unterschiedlicher kultureller Tradition in den einzelnen Mitgliedstaaten sehr unterscheidet (siehe Erwägungsgrund 114 der Richtlinie 2014/24/EU). Erfasst sind durch Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU als soziale Dienstleistungen zum Beispiel die Arbeitsmarktdienstleistungen des Sozialgesetzbuchs II, III und IX. Betroffen ist auch der Einsatz von Krankenwagen zur reinen Patientenbeförderung. Dagegen unterfallen Notfallrettungsdienste und der Einsatz von Krankenwagen, sofern er in allgemeinen und fachspezifischen ärztlichen Dienstleistungen in einem Rettungswagen besteht, nicht dem Vergaberecht, siehe Artikel 10 Buchstabe h der Richtlinie 2014/24/EU und § 107 Nummer 4. Im Hinblick auf Gaststätten- und Beherbergungsdienstleistungen werden diese üblicherweise nur von den Unternehmen angeboten, die an dem konkreten Ort der Erbringung dieser Dienstleistungen angesiedelt sind (siehe Erwägungsgrund 115 der Richtlinie 2014/24/EU). Rechtsberatungsdienstleistungen werden in der Regel von Unternehmen in dem jeweiligen Mitgliedstaat angeboten (siehe Erwägungsgrund 116 der Richtlinie 2014/24/EU). Soweit Rettungs- und Feuerwehrdienste nicht ohnehin vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen sind, bieten diese Dienstleistungen in der Regel nur dann ein grenzüberschreitendes Interesse, wenn sie aufgrund eines relativ hohen Auftragswertes eine ausreichend kritische Masse erreichen (Erwägungsgrund 117 der Richtlinie 2014/24/EU). Im Übrigen sind die im Anhang XIV aufgeführten Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens und dazugehörige Dienstleistungen erfasst, sofern sie in den Anwendungsbereich des GWB fallen. Die Richtlinie 2014/24/EU stellt in Artikel 1 Abs. 5 und der Fußnote zu Anhang XIV klar, dass Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung nicht von der Richtlinie erfasst sind, wenn sie als nicht-wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse organisiert werden.

Sowohl in Anhang XIV Richtlinie 2014/24/EU als auch Anhang XVII Richtlinie 2014/25/EU sind Postdienste unter Nennung der CPV-Nummern als soziale und andere besondere Dienstleistungen aufgeführt, für die das erleichterte Sonderregime gilt. Allerdings stellen Erwägungsgrund 119 Richtlinie 2014/24/EU und 125 Richtlinie 2014/25/EU klar, dass eine Bezugnahme auf eine CPV-Abteilung nicht automatisch eine Bezugnahme auf untergeordnete Unterteilungen des CPV-Nummern bedeutet. Insofern gilt das erleichterte Regime ausschließlich für die in den genannten Anhängen aufgeführten Dienste, sofern diese Dienste die nachfolgend aufgeführten Leistungen nicht umfassen, für welche mangels Nennung in den Anhängen dann das strenge, vollumfängliche Vergaberecht (und nicht § 130) gilt:

64120000-3 (Kurierdienste), 64121000-0 (Multi-modale Kurierdienste), 64121100-1 (Postzustellung), 64121200-2 (Paketzustellung), 60160000-7 (Postbeförderung auf der Straße), 60161000-4 (Paketbeförderung), 60411000-2 (Luftpostbeförderung im Linienverkehr), 60421000-5 (Luftpostbeförderung im Gelegenheitsverkehr).

Die von der Richtlinie 2014/24/EU in den Artikeln 74 ff. eröffnete Flexibilität für öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe sozialer Dienstleistungen wird nunmehr im deutschen Vergaberecht aufgegriffen. Gemäß Artikel 76 Absatz 1 Satz 1 der Richtlinie 2014/24/EU führen die Mitgliedstaaten einzelstaatliche Regeln für die Vergabe sozialer und anderer besonderer Dienstleistungen ein, um sicherzustellen, dass die öffentlichen Auftraggeber die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Unternehmen einhalten.

Gemäß Artikel 76 Absatz 1 Satz 2 der Richtlinie 2014/24/EU ist es den Mitgliedstaaten überlassen, die anwendbaren Verfahrensregeln für soziale und andere besondere Dienstleistungen festzulegen, sofern derartige Regeln es den öffentlichen Auftraggebern ermöglichen, den Besonderheiten der jeweiligen Dienstleistungen Rechnung zu tragen.

§ 130 Satz 1 eröffnet öffentlichen Auftraggebern die Wahl zwischen offenem Verfahren, nichtoffenem Verfahren, Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, wettbewerblichen Dialog und Innovationspartnerschaft. Künftig sollen öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe sozialer und anderer besonderer Dienstleistungen zwischen den wettbewerblichen Verfahrensarten frei wählen dürfen. Das hat insbesondere zur Folge, dass die Zulassungsvoraussetzungen für das Verhandlungsverfahren und den Wettbewerblichen Dialog gemäß Artikel 26 Absatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU keine Anwendung finden. Im Übrigen kommen die Vorschriften des Abschnitts 1 des Teils 4, Unterabschnitt 1 und 2, sowie die Verfahrensvorschriften der Vergabeverordnung uneingeschränkt zur Anwendung. Insbesondere die dort geregelten Vorgaben für die Leistungsbeschreibung (§ 121), die Eignung (§ 122), den Zuschlag (§ 127) und die Ausführungsbedingungen (§ 128) bieten für die Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten der sozialen und anderen Dienstleistungen ausreichend Flexibilität. Artikel 76 Absatz 1 Satz 2 der Richtlinie 2014/24/EU setzt voraus, dass die anwendbaren Verfahrensregeln für soziale und andere besondere Dienstleistungen es den öffentlichen Auftraggebern ermöglichen, den Besonderheiten der jeweiligen Dienstleistungen Rechnung zu tragen. Denn die von Artikel 74 ff. i.V.m. Anhang XIV der Richtlinie erfassten sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen können sehr unterschiedlich sein. Erfasst sind durch Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU als soziale Dienstleistungen zum Beispiel die Arbeitsmarktdienstleistungen des Sozialgesetzbuchs II, III und IX, und als andere besondere Dienstleistungen die rechtsanwaltlichen Beratungsdienstleistungen ohne forensische Tätigkeit sowie Dienstleistungen des Gaststätten und Beherbergungsgewerbes. Über die Auswahl der Verfahrensart hinaus kann es zum Beispiel bei der Anwendung der Vorschriften zur Leistungsbeschreibung, der Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie der Ausführungsbedingungen erforderlich sein, die besonderen Anforderungen an die Erbringung der jeweiligen sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen zu beachten. Das bedeutet vor allem, dass abhängig von den Besonderheiten der jeweiligen sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen und den unterschiedlichen Möglichkeiten zur Standardisierung dieser Dienstleistungen Qualitäts- und Nachhaltigkeitskriterien gegenüber Aspekten der Wirtschaftlichkeit in unterschiedlichem Ausmaß zum Tragen kommen können. Je nach Möglichkeit zur Standardisierung von Leistungsanforderungen in der Leistungsbeschreibung können öffentliche Auftraggeber beispielsweise beim Zuschlag dem Preis unterschiedliches Gewicht gegenüber qualitativen Aspekten einräumen.

§ 130 Satz 2 bestimmt, dass ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nur zur Verfügung steht, soweit dies auf Grund dieses Gesetzes gestattet ist. Somit müssen die in der Vergabeverordnung umgesetzten Zulassungsvoraussetzungen für das Verhandlungsverfahren ohne vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb gemäß Artikel 32 der Richtlinie 2014/24/EU beachtet werden.

Die in Artikel 75 der Richtlinie 2014/24/EU festgelegten Bekanntmachungspflichten werden in der Vergabeverordnung umgesetzt.

Zu § 131 (Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Personenverkehrsleistungen im Eisenbahnverkehr)

Die neue Vorschrift des § 131 schreibt die bisher bestehende Rechtslage bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Eisenbahndienste im wesentlichen fort. Für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Personenverkehrsdienste im Eisenbahnverkehr galten bei Überschreiten des Schwellenwerts bisher schon die vergaberechtlichen Vorgaben des Vierten Teils des GWB. Der Bundesgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 8. Februar 2011 die Anwendbarkeit des allgemeinen Vergaberechts und des Grundsatzes der öffent-

lichen Ausschreibung auf die Vergaben von Eisenbahnleistungen bestätigt (BGH, Beschluss vom 8.2.2011, X ZB 4/10). Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs hat Klarheit darüber geschaffen, dass in Deutschland nationales Recht der allgemeinen Direktvergabemöglichkeit im Eisenbahnverkehr nach Artikel 5 Absatz 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 entgegensteht.

Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Eisenbahnverkehr soll auch in Zukunft grundsätzlich im Wettbewerb erfolgen. Die bisherige Ausschreibungspraxis im Schienenpersonennahverkehr belegt, dass wettbewerbliche Vergabeverfahren zu mehr Effizienz sowie besserer Dienstleistungsqualität führen und der öffentlichen Hand dabei helfen, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. Artikel 10 Buchstabe i der Richtlinie 2014/24/EU nimmt zwar öffentliche Aufträge, die zum Gegenstand Personenverkehrsdienste auf Schiene oder per Untergrundbahn haben, vom Anwendungsbereich der Richtlinie aus. Soweit die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 aber die Möglichkeit einräumt, im nationalen Recht von den Vorschriften der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 abzuweichen, sollen die Mitgliedstaaten – wie Erwägungsgrund 27 ausdrücklich klarstellt – weiterhin in ihren nationalen Rechtsvorschriften vorsehen können, dass solche öffentlichen Aufträge durch ein Vergabeverfahren vergeben werden müssen, das ihren allgemeinen Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe entspricht.

Neben dem GWB-Vergaberecht waren bisher auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Eisenbahnverkehr die Verfahrensvorschriften des 1. Abschnitts der VOL/A anwendbar, bei Überschreitung des Schwellenwertes über die Verweisung in der bisherigen Fassung des § 4 Absatz 2 Nummer 2 VgV für sogenannte nachrangige Dienstleistungen gemäß Anlage I Teil B. Da die Richtlinie 2014/24/EU die bisherige Unterscheidung in vorrangige und nachrangige Dienstleistungen aufhebt, war insofern eine Neuregelung erforderlich, die parallel zu der Regelung der Vergabe öffentlicher Aufträge über soziale und andere besondere Dienstleistungen getroffen wurde, die ebenfalls bisher sogenannte nachrangige Dienstleistungen gemäß Anlage I Teil B waren.

Für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Dienstleistungskonzessionen über Personenverkehrsdienste gemäß § 1 des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) sollen auch weiterhin die Regelungen der §§ 8a, 8b PBefG gelten. Bei den Personenverkehrsdiensten gemäß § 1 PBefG handelt es sich um Personenverkehrsdienste auf der Straße, insbesondere mit Straßenbahnen, Untergrundbahnen, Oberleitungsbussen oder mit Kraftfahrzeugen. Als „Straßenbahnen“ im Sinne von § 1 PBefG gelten gemäß § 4 Absatz 2 PBefG auch Hoch- und Untergrundbahnen, Schwebebahnen und ähnliche Bahnen besonderer Bauart. Für öffentliche Aufträge verweist § 8a PBefG auf das GWB-Vergaberecht und auf die Verordnung (EG) 1370/2007. Für Dienstleistungskonzessionen gestaltet § 8b PBefG das wettbewerbliche Vergabeverfahren nach Artikel 5 Absatz 3 der Verordnung (EG) 1370/2007 aus. § 149 Nummer 12 nimmt die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen über die Beförderung von Personen im Sinne von § 1 PBefG von Teil 4 des GWB aus, so dass hierauf weiterhin § 8b PBefG Anwendung findet.

§ 131 stellt die auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Eisenbahndienste anwendbaren Vorschriften klar, ohne inhaltlich wesentliche Veränderung gegenüber den bisherigen Vorgaben zu bewirken. § 131 Absatz 1 stellt sicher, dass die Aufgabenträger im Schienenpersonennahverkehr bei der Wahl der Verfahrensart und der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens ebenso wie nach der bisherigen Rechtslage die notwendige Flexibilität haben, um den Besonderheiten und der Komplexität dieser Vergaben Rechnung tragen zu können. Gleichzeitig entspricht diese Regelung den Vorgaben für das wettbewerbliche Vergabeverfahren nach Artikel 5 Absatz 3 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.

Zu Absatz 1

Die Aufgabenträger haben nach § 131 Absatz 1 Satz 1 die freie Wahl zwischen den wettbewerblichen Verfahrensarten nach § 119, einschließlich des Verhandlungsverfahrens mit

Teilnahmewettbewerb, des wettbewerblichen Dialogs und der Innovationspartnerschaft. Die in Artikel 26 Absatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU festgelegten Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb oder des wettbewerblichen Dialogs sollen für die Vergaben von Eisenbahnverkehrsdiensten nicht gelten. Damit erhalten die Aufgabenträger mehr Flexibilität als nach der bisherigen Regelung in § 3 VOL/A, die die Möglichkeit einer freihändigen Vergabe nur in bestimmten Fällen vorsah. Auch für Vergaben im Eisenbahnbereich soll das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb in den hierfür allgemein nach Artikel 32 der Richtlinie 2014/24/EU festgelegten Fällen zulässig sein, damit die Regelung für die Vergaben von öffentlichen Aufträgen über Eisenbahnverkehrsdienste nicht strenger ist als die allgemeinen vergaberechtlichen Vorgaben. § 131 Absatz 1 Satz 2 legt fest, dass ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nur zur Verfügung steht, soweit dies auf Grund dieses Gesetzes gestattet ist.

Zu Absatz 2

Gemäß § 131 Absatz 2 Satz 1 ist für die Vergabe von Eisenbahnverkehrsdiensten an einen internen Betreiber anstelle der allgemeinen Regelung in § 108 Absatz 1 die Regelung des Artikels 5 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 anwendbar, nach der die zuständige örtliche Behörde unter bestimmten Voraussetzungen selbst Personenverkehrsleistungen erbringen oder öffentliche Aufträge über Personenverkehrsleistungen direkt an eine von ihr kontrollierte Einheit vergeben kann. Artikel 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 stellt eine für den Bereich der gemeinwirtschaftlichen Personenverkehrsdienste auf der Schiene und auf der Straße geltende Sonderregelung zu der allgemeinen Inhouse-Ausnahme nach Artikel 12 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EG dar. Unter einer Direktvergabe ist dabei nach der Definition in Artikel 2 Buchstabe h der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens zu verstehen.

§ 131 Absatz 2 Satz 2 stellt ausdrücklich klar, dass die unmittelbar anwendbaren Regelungen in Artikel 5 Absatz 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und in Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 weiterhin auf die Vergabe von Eisenbahnverkehrsdiensten Anwendung finden. Die in Artikel 5 Absatz 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vorgesehenen Möglichkeiten für Notmaßnahmen einschließlich der Möglichkeit einer Direktvergabe im Fall einer Unterbrechung des Verkehrsdienstes oder der unmittelbaren Gefahr des Eintretens einer solchen Situation gelten daher ebenso unverändert fort wie die nach Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bestehende Pflicht zur Veröffentlichung einer Vorinformation über die beabsichtigte Vergabe spätestens ein Jahr vor Einleitung des Vergabeverfahrens. Im Fall einer Direktvergabe nach der Verordnung (EG) 1370/2007 sind nach Artikel 6 Absatz 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 für die Frage der beihilferechtlichen Zulässigkeit einer Ausgleichsleistung die Bestimmungen des Anhangs der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zu beachten.

Zu Absatz 3

Artikel 4 Absatz 5 der Verordnung (EG) Nummer 1370/2007 sieht vor, dass die zuständige Behörde unbeschadet des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, einschließlich Tarifverträge zwischen den Sozialpartnern, den ausgewählten Betreiber eines öffentlichen Dienstes verpflichten kann, den Arbeitnehmern, die zuvor zur Erbringung der Dienste eingestellt wurden, die Rechte zu gewähren, auf die sie Anspruch hätten, wenn ein Übergang im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG erfolgt wäre. Absatz 3 fügt die sich aus Artikel 4 Absatz 5 der Verordnung (EG) Nummer 1370/2007 ergebende Ermächtigung in das GWB-Vergaberecht ein. Die Regelung macht deutlich, dass es kein entgegenstehendes nationales Recht gibt.

Zu § 132 (Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit)

Der neue § 132 enthält erstmals klare Vorgaben, wann Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit ein neues Vergabeverfahren erfordern. Die Vorschrift dient der Umsetzung von Artikel 72 der Richtlinie 2014/24/EU. Bislang basierten die Vorgaben dazu auf den durch die Rechtsprechung des EuGH entwickelten Grundsätzen zu Auftragsänderungen (insb. EuGH, Urteil vom 19. Juni 2008, C-454/06, „Pressetext").

Zu Absatz 1

Absatz 1 dient der Umsetzung von Artikel 72 Absatz 5 der Richtlinie 2014/24/EU. Im Grundsatz stellt Absatz 1 klar, dass wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während dessen Vertragslaufzeit ein neues Vergabeverfahren erfordern. Wesentlich sind Änderungen grundsätzlich dann, wenn sich der Auftrag infolge der Änderung während der Vertragslaufzeit erheblich von dem ursprünglich vergebenen Auftrag unterscheidet. Dies betrifft insbesondere Änderungen, die den Umfang und die inhaltliche Ausgestaltung der gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien einschließlich der Zuweisung der Rechte des geistigen Eigentums betreffen. Derartige Änderungen sind Ausdruck der Absicht der Parteien, wesentliche Bedingungen des betreffenden Auftrags neu zu verhandeln. Die Nummern 1 bis 4 zählen beispielhaft auf, in welchen Fällen eine wesentliche Änderung im Sinne von Absatz 1 vorliegt.

Zu Absatz 2

Absatz 2 dient der Umsetzung von Artikel 72 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU und zählt die Fälle auf, in denen eine Änderung des ursprünglichen Vertrags zulässig ist und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine wesentliche Änderung im Sinne des Absatz 1 handelt oder nicht.

Zu Nummer 1

Eine Änderung ist nach Absatz 2 Nummer 1 dann zulässig, wenn in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klare, präzise und eindeutig formulierte Überprüfungsklauseln enthalten sind, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen für eine Änderung des Vertrags enthalten. Dies betrifft zum Beispiel Preisüberprüfungsklauseln. Entsprechende Klauseln sollen öffentlichen Auftraggebern keinen unbegrenzten Ermessensspielraum einräumen. Dabei gibt es aber – anders als bei den erlaubten Vertragsänderungen der Nummern 2 und 3 – keine pauschale Obergrenze in Höhe von 50 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes. Entscheidend ist vielmehr, dass sich durch Änderungen im Sinne der Nummer 1 der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert.

Zu Nummer 2

Absatz 2 Nummer 2 dient der Umsetzung von Artikel 72 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 2014/24/EU und betrifft Situationen, in denen öffentliche Auftraggeber zusätzliche Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen benötigen. In diesen Fällen kann eine Änderung des ursprünglichen Auftrags ohne neues Vergabeverfahren gerechtfertigt sein, insbesondere wenn die zusätzlichen Lieferungen entweder als Teilersatz oder zur Erweiterung bestehender Dienstleistungen, Lieferungen oder Einrichtungen bestimmt sind. Voraussetzung dafür ist, dass ein Wechsel des Lieferanten aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den Auftraggeber verbunden wäre. Dies betrifft zum Beispiel den Fall, dass der öffentliche Auftraggeber Material, Bau- oder Dienstleistungen mit unterschiedlichen technischen Merkmalen erwerben müsste und dies eine Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Instandhaltung mit sich bringen würde.

Für erlaubte Änderungen nach Absatz 2 Nummer 2 gilt – wie auch für Änderungen nach Nummer 3 – eine pauschale Obergrenze. Der Wert der Änderung darf hierbei nicht mehr als 50 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes betragen.

Zu Nummer 3

Absatz 2 Nummer 3 betrifft Fälle, in denen öffentliche Auftraggeber mit externen Umständen konfrontiert werden, die sie zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung nicht absehen konnten. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn sich die Ausführung des Auftrags über einen längeren Zeitraum erstreckt. Absatz 2 Nummer 3 setzt Artikel 72 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 2014/24/EU um und ermöglicht dem Auftraggeber ein gewisses Maß an Flexibilität, um den Auftrag an diese Gegebenheiten anzupassen, ohne ein neues Vergabeverfahren einleiten zu müssen. „Unvorhersehbare Umstände“ sind Umstände, die auch bei einer nach vernünftigem Ermessen sorgfältigen Vorbereitung der ursprünglichen Zuschlagserteilung durch den öffentlichen Auftraggeber unter Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden Mittel, der Art und Merkmale des spezifischen Projekts, der bewährten Praxis und der Notwendigkeit, ein angemessenes Verhältnis zwischen den bei der Vorbereitung der Zuschlagserteilung eingesetzten Ressourcen und dem absehbaren Nutzen zu gewährleisten, nicht hätten vorausgesagt werden können. Voraussetzung ist allerdings, dass sich mit der Änderung nicht der Gesamtcharakter des gesamten Auftrags ändert, indem beispielsweise die zu beschaffenden Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen durch andersartige Leistungen ersetzt werden oder indem sich die Art der Beschaffung grundlegend ändert.

Wie bei den Änderungen nach Nummer 2 darf auch in den Fällen von Nummer 3 der Wert der Änderung nicht mehr als 50 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes betragen.

Zu Nummer 4

Absatz 2 Nummer 4 dient der Umsetzung von Artikel 72 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie 2014/24/EU. Damit soll dem erfolgreichen Bieter die Möglichkeit eingeräumt werden, während der Ausführung des Auftrags gewisse interne strukturelle Veränderungen (Wechsel des Auftragnehmers) zu vollziehen, ohne dass deswegen ein neues Vergabeverfahren durchgeführt werden muss. Dies betrifft zum Beispiel rein interne Umstrukturierungen, Übernahmen, Zusammenschlüsse, Unternehmenskäufe oder Insolvenzen.

Zu Absatz 3

Absatz 3 dient der Umsetzung von Artikel 72 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU. Absatz 3 führt eine de-minimis-Grenze für Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit ein, wonach geringfügige Änderungen des Auftragswerts bis zu einer bestimmten Höhe in einem bestimmten Maße grundsätzlich zulässig sind, ohne dass ein neues Vergabeverfahren durchgeführt werden muss. Voraussetzung ist nach Absatz dabei, dass der Wert der Änderung den entsprechenden Schwellenwert nach § 106 nicht übersteigt und zusätzlich bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nicht mehr als 10 Prozent und bei Bauaufträgen nicht mehr als 15 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes beträgt. Sofern die Auftragsänderungen eine dieser Grenzen übersteigt, ist eine Änderung ohne erneutes Vergabeverfahren nur zulässig, wenn die übrigen Voraussetzungen des § 132 erfüllt sind.

Zu Absatz 4

Absatz 4 dient der Umsetzung von Artikel 72 Absatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU.

Zu Absatz 5

Absatz 5 dient der Umsetzung von Artikel 72 Absatz 1 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU.

Zu § 133 (Kündigung von öffentlichen Aufträgen)

§ 133 dient der Umsetzung von Artikel 73 der Richtlinie 2014/24/EU. Die Vorschrift legt erstmals die Bedingungen fest, unter denen öffentliche Auftraggeber vergaberechtlich die Möglichkeit haben, einen öffentlichen Auftrag während der Vertragslaufzeit zu kündigen. Die Vorschrift bietet öffentlichen Auftraggebern damit die Möglichkeit, in bestimmten Situationen einen noch laufenden Vertrag vorzeitig zu beenden. So kann es zum Beispiel erforderlich sein, einen laufenden Vertrag zu kündigen, um ein ansonsten drohendes Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission zu verhindern.

Anders als die Regelung zur Unwirksamkeit in § 135, die nach § 135 Absatz 2 Satz 1 nur innerhalb von sechs Monaten nach Vertragsschluss festgestellt werden kann, bietet § 133 eine Kündigungsmöglichkeit auch über die ersten sechs Monate hinaus. Sofern eine der in Nummer 1 bis 3 genannten Kündigungsgründe vorliegt, können öffentliche Auftraggeber damit künftig öffentliche Aufträge während der gesamten Laufzeit kündigen.

Zu Nummer 1

Nummer 1 dient der Umsetzung von Artikel 73 Buchstabe a der Richtlinie 2014/24/EU und räumt öffentlichen Auftraggebern eine Kündigungsmöglichkeit ein, wenn eine wesentliche Auftragsänderung im Sinne von § 132 vorgenommen wurde, ohne ein erforderliches neuen Vergabeverfahren durchzuführen.

Zu Nummer 2

Nach Nummer 2 liegt ein Kündigungsgrund vor, wenn zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung ein zwingender Ausschlussgrund nach § 123 Absatz 1 bis 4 vorlag. Nummer 2 setzt Artikel 73 Buchstabe b der Richtlinie 2014/24/EU um. Für das Vorliegen einer Kündigungsmöglichkeit nach Nummer 2 ist es allerdings nicht erforderlich, dass der öffentliche Auftragnehmer zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung Kenntnis vom Vorliegen des zwingenden Ausschlussgrundes erlangt hat. Vielmehr ist die Kündigungsmöglichkeit auch dann gegeben, wenn ein zwingender Ausschlussgrund nach § 124 Absatz 1 bis 4 zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung vorlag, der öffentliche Auftraggeber davon jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt Kenntnis erlangt hat. Dadurch stärkt die Vorschrift die Stellung der zwingenden Ausschlussgründe, indem sie bei Vorliegen einer der in § 124 Absatz 1 bis 4 genannten Fälle auch im Nachhinein noch eine Vertragsbeendigung ermöglicht.

Zu Nummer 3

Nummer 3 dient der Umsetzung von Artikel 73 Buchstabe c der Richtlinie 2014/24/EU und betrifft den Fall, dass der Auftrag aufgrund eines schweren Verstoßes gegen die Verpflichtungen, welche sich aus dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder den Vorschriften dieses Teils ergeben, nicht an den Auftragnehmer hätte vergeben werden dürfen und der Europäische Gerichtshof diesen Verstoß in einem Verfahren nach Artikel 258 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union festgestellt hat.

Zu § 134 (Informations- und Wartepflicht öffentlicher Auftraggeber)

§ 134 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 101a GWB. Die Ausnahmen von der Informationspflicht bei verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Aufträgen gemäß Artikel 35 Absatz 3 der Richtlinie 2009/81/EG wurden von § 36 Absatz 2 VSVgV in § 134 Absatz 2 Satz 2 übernommen.

Zu § 135 (Unwirksamkeit von öffentlichen Aufträgen)

Zu Absatz 1

§ 135 Absatz 1 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 101b Absatz 1 GWB. Der Anwendungsbereich des Absatz 1 Nummer 2 wird dahingehend neu gefasst, dass für die Unwirksamkeit auf die fehlende vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union abgestellt wird. Diese Neufassung dient der Umsetzung der Vorgaben des Artikel 2d Absatz 1Buchstabe a der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG, jeweils in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG und entspricht der erweiternden Auslegung des § 101b Absatz 1 Nummer 2 GWB durch die Rechtsprechung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012, VII-Verg 67/11 m.w.N.).

Zu Absatz 2

§ 135 Absatz 2 Satz 1 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 101b Absatz 2 Satz 1 GWB, mit der Änderung, dass nunmehr der Lauf der Frist, innerhalb der ein Unternehmen die Feststellung der Unwirksamkeit eines Vertrags beantragen kann, eine Information der betroffenen Bieter oder Bewerber durch den öffentlichen Auftraggeber über den Abschluss des Vertrags voraussetzt. Eine anderweitige Kenntniserlangung durch den Bieter oder Bewerber genügt als fristauslösendes Ereignis nicht. Diese Änderung dient der Umsetzung des Artikel 2f Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG, jeweils in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG. Absatz 2 bezieht sich insoweit auf die in Absatz 1 genannten Verstöße, also auf einen Vertragsschluss ohne vorherige Mitteilung an die unterlegenen Bieter und Bewerber nach § 134 bzw. ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. August 2011, VII-Verg 33/11).

§ 135 Absatz 2 Satz 2 entspricht dem bisherigen § 101b Absatz 2 Satz 2 GWB. Indem auf die Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union als fristauslösendes Ereignis abgestellt wird, beruht die Kenntnis der betroffenen Bieter oder Bewerber von einem Verstoß gegen Absatz 1 entsprechend des Artikel 2f Absatz 1Buchstabe a der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG, jeweils in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG, auch insoweit auf einer Information des öffentlichen Auftraggebers.

Zu Absatz 3

§ 135 Absatz 3 übernimmt die in Artikel 2d der Richtlinie 89/665/EWG und 92/13/EWB, jeweils in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG, vorgesehene Möglichkeit auf, die Unwirksamkeit eines öffentlichen Auftrags zu vermeiden, wenn der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, eine Vergabe sei ohne vorherige Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union zulässig, indem der öffentliche Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen im Amtsblatt der Europäischen Union die Absicht des Vertragsschlusses bekundet und dieser Vertragsschluss nicht vor Ablauf einer Frist von mindestens 10 Kalendertagen gerechnet ab dem Tag nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung abgeschlossen wird, siehe auch EuGH, Rs. C-19/13, Urteil vom 11. September 2014, „Fastweb SpA“, Rdnr. 42.

Zu Abschnitt 3 (Vergabe von öffentlichen Aufträgen in besonderen Bereichen und von Konzessionen)

Zu Unterabschnitt 1 (Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber)

Zu § 136 (Anwendungsbereich)

§ 136 bestimmt den Anwendungsbereich des Unterabschnitts 1 des neuen Abschnitts 3 des GWB. Unterabschnitt 1 regelt das Sektorenvergaberecht, das heißt die besonderen Vorschriften für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung sowie des Verkehrs durch Sektorenauftraggeber nach § 100 für die Ausführung von Sektorentätigkeiten nach § 102. Damit werden die wesentlichen Bestimmungen der Richtlinie 2014/25/EU im GWB umgesetzt. Ergänzend gelten die Regelungen der Sektorenverordnung. Nach § 142 finden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung sowie des Verkehrs grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften des Abschnitts 2 entsprechende Anwendung, sofern in den §§ 137 bis 141 nicht etwas Abweichendes geregelt ist.

Zu § 137 (Besondere Ausnahmen für die Vergabe von Aufträgen im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung sowie des Verkehrs)

Zu Nummer 1

§ 137 Nummer 1 dient der Umsetzung von Artikel 21 Buchstabe c der Richtlinie 2014/25/EU. Im Übrigen wird auf die Begründung zu § 116 Nummer 1 verwiesen.

Zu Nummer 2

§ 137 Nummer 2 dient der Umsetzung von Artikel 32 der Richtlinie 2014/25/EU. Im Übrigen wird auf die Begründung zu § 116 Nummer 2 verwiesen.

Zu Nummer 3

§ 137 Nummer 3 dient der Umsetzung von Artikel 21 Buchstabe i der Richtlinie 2014/25/EU und ist entsprechend dem Wortlaut der Richtlinie enger gefasst als die allgemeine Ausnahmeregelung des § 116 Nummer 3. Anders als § 116 Nummer 3 und § 149 Nummer 3 umfasst § 137 Nummer 3 keine Aufträge über Erwerb, Entwicklung, Produktion oder Koproduktion von Sendematerial für audiovisuelle Mediendienste oder Hörfunkmediendienste, die von Mediendienstleistern vergeben werden, sondern nur Aufträge über Ausstrahlungszeit oder Bereitstellung von Sendungen, die an Anbieter von audiovisuellen Mediendiensten oder Hörfunkmediendiensten vergeben werden. Im Übrigen wird auf die Begründung zu § 116 Nummer 3 verwiesen.

Zu Nummer 4

§ 137 Nummer 4 dient der Umsetzung von Artikel 21 Buchstabe d der Richtlinie 2014/25/EU. Bislang war die Ausnahme im Sektorenbereich für bestimmte finanzielle Dienstleistungen in § 100b Absatz 2 Nummer 1 GWB geregelt. Die Ausnahme für bestimmte finanzielle Dienstleistungen entspricht der Ausnahme des § 116 Nummer 4. Insofern wird auf die Begründung zu § 116 Nummer 4 verwiesen.

Zu Nummer 5

§ 137 Nummer 5 dient der Umsetzung von Artikel 21 Buchstabe e der Richtlinie 2014/25/EU. Die Ausnahme für Kredite und Darlehen entspricht der Ausnahme des § 116 Nummer 5. Insofern wird auf die Begründung zu § 116 Nummer 5 verwiesen.

Zu Nummer 6

§ 137 Nummer 6 dient der Umsetzung von Artikel 22 der Richtlinie 2014/25/EU. Die Ausnahme für Dienstleistungsaufträge, die aufgrund eines ausschließlichen Rechts vergeben werden, entspricht Artikel 11 der Richtlinie 2014/24/EU. Insofern wird auf die Begründung zu § 116 Nummer 6 verwiesen.

Zu § 138 (Besondere Ausnahme für die Vergabe an verbundene Unternehmen)

§ 138 dient der Umsetzung von Artikel 29 der Richtlinie 2014/25/EU und betrifft eine Ausnahme von der Anwendung des Vergaberechts für Vergaben an verbundene Unternehmen. Die bisherige Regelung des § 100b Absatz 6 und 7 GWB wird dabei inhaltlich übernommen und insgesamt übersichtlicher gestaltet. Die Ausnahmeregelung für Vergaben durch Sektorenauftraggeber nach § 100 Absatz 1 Nummer 1 an verbundene Unternehmen ist dabei neben der allgemeinen Ausnahme des § 108 (Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit) anwendbar.

Zu Absatz 1

§ 138 Absatz 1 dient der Umsetzung von Artikel 29 Absatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU und entspricht inhaltlich dem bisherigen § 100b Absatz 6 GWB.

Zu Absatz 2

Zu Nummer 1

§ 138 Absatz 2 Nummer 1 dient der Umsetzung von Artikel 29 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU. Der Begriff des verbundenen Unternehmens wird nunmehr zunächst anhand der EU-Bilanzrichtlinie 2013/34/EU definiert.

Zu Nummer 2

§ 138 Absatz 2 Nummer 2 dient der Umsetzung von Artikel 29 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU und betrifft Situationen, in denen zwar kein verbundenes Unternehmen im Sinne der EU-Bilanzrichtlinie vorliegt, für das Sektorenvergaberecht aber dennoch von einem verbundenen Unternehmen ausgegangen wird. Dabei wird jeweils auf den beherrschenden Einfluss abgestellt, dem das verbundene Unternehmen entweder unterliegt oder welchen es selbst ausüben kann. Die Definition des Begriffs „beherrschender Einfluss“ entspricht der des § 100 Absatz 3.

Zu Absatz 3

§ 138 Absatz 3 dient der Umsetzung von Artikel 29 Absatz 4 der Richtlinie 2014/25/EU und übernimmt im Wesentlichen die bisherige Regelung des § 100b Absatz 7 Satz 1 GWB. Mit der Vorschrift wird klargestellt, dass Vergaben an verbundene Unternehmen nur dann von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen sind, wenn die verbundenen Unternehmen mindestens 80 Prozent des Umsatzes für den Sektorenauftraggeber bzw. für andere mit diesem verbundene Unternehmen erbringen. Bislang war in diesem Zusammenhang allerdings unklar, ob sich die Vorgaben des geforderten Mindestumsatzes, den das verbundene Unternehmen für den Auftraggeber erbringen muss, nur auf die jeweilige Tätigkeit selbst (z.B. in der Sparte Energie) oder den Gesamtumsatz des Unternehmens beziehen. Die neue Formulierung stellt nun durch Einfügen des Wortes „insgesamt“ klar, dass in diesem Fall der Gesamtumsatz des Unternehmens maßgeblich ist. Eine getrennte Berechnung der 80-Prozent-Vorgabe etwa nach unterschiedlichen Tätigkeiten oder Sparten ist somit nicht mehr möglich.

Zu Absatz 4

§ 138 Absatz 4 entspricht dem bisherigen § 100b Absatz 7 Satz 3 GWB. Damit wird klargestellt, dass bei mehreren verbundenen und wirtschaftlich zusammengeschlossenen Unternehmen der Gesamtumsatz aller dieser Unternehmen zur Bestimmung der 80-Prozent-Grenze des Absatz 3 zugrunde zu legen ist.

Zu Absatz 5

§ 138 Absatz 5 dient der Umsetzung von Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 2014/25/EU und entspricht dem bisherigen § 100b Absatz 7 Satz 2 GWB. Wurde das Unternehmen neu errichtet oder hat erst kürzlich die Tätigkeit aufgenommen, so reicht danach eine plausible und nachvollziehbare Prognose aus, wonach das Unternehmen die 80-Prozent-Grenze erreichen wird, um den Ausnahmetatbestand des § 138 zu erfüllen.

Zu § 139 (Besondere Ausnahme für die Vergaben durch oder an ein Gemeinschaftsunternehmen)

§ 139 setzt Artikel 30 der Richtlinie 2014/25/EU um. Die Regelung entspricht inhaltsgleich dem bisherigen § 100b Absatz 8 und 9 GWB. Demnach finden die Vorschriften des Teils 4 des GWB keine Anwendung auf Auftragsvergaben durch ein Gemeinschaftsunternehmen an einen Sektorenauftraggeber, durch den dieses Gemeinschaftsunternehmen (mit-) errichtet wurde. Das Gleiche gilt für Aufträge, die ein (mit-)errichtender Auftraggeber an ein Gemeinschaftsunternehmen vergibt. § 139 ist – wie auch die Ausnahme für Vergaben an verbundene Unternehmen nach § 138 – neben den allgemeinen Ausnahmen nach § 108 (Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit) anwendbar.

Zu § 140 (Besondere Ausnahme für unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzte Tätigkeiten)

§ 140 dient der Umsetzung von Artikel 34 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU. Die Ausnahme für unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzte Tätigkeiten war schon in Artikel 30 der Vorgängerrichtlinie 2004/17/EG vorgesehen und bislang sowohl in § 100b Absatz 4 Nummer 4 GWB als auch § 3 SektVO umgesetzt. Die Neuregelung des § 140 beschränkt sich auf die Regelung des reinen Ausnahmetatbestands. Die dazugehörigen Verfahrensvorschriften, die in Artikel 34 Absatz 2 und 3 sowie Artikel 35 der Richtlinie 2014/25/EU enthalten sind, werden nunmehr ausschließlich in der Sektoren-Verordnung geregelt.

Zu § 141 (Verfahrensarten)

Zu Absatz 1

Absatz 1 dient der Umsetzung von Artikel 44 Absatz 1 und 2 der Richtlinie 2014/25/EU. Danach können Auftraggeber bei Auftragsvergaben im Zusammenhang mit Sektorentätigkeiten wie bisher schon in § 101 Absatz 7 Satz 2 GWB frei zwischen den drei Verfahrensarten – offenes Verfahren, nicht offenes Verfahren und Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb – wählen.

Zu Absatz 2

Absatz 2 dient der Umsetzung von Artikel 44 Absatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU, der für Auftragsvergaben im Zusammenhang mit Sektorentätigkeiten im Vergleich zur Richtlinie 2004/17/EG mit dem wettbewerblichen Dialog und der Innovationspartnerschaft zwei neue Verfahrensarten vorsieht. Im Unterschied zu den in Absatz1 genannten Verfahren können die Auftraggeber zwischen diesen beiden Verfahrensarten und den in Absatz 1 aufgeführten Verfahrensarten nicht frei wählen, sondern diese den wettbewerblichen Dialog und die Innovationspartnerschaft nur anwenden, sofern die jeweiligen Voraussetzungen dafür vorliegen. Absatz 2 stellt zudem klar, dass das Verhandlungsverfahren ohne

vorherigen Teilnamewettbewerb ebenfalls nur bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen anwendbar ist.

Zu Absatz 3

Absatz 3 betrifft Sektorenvergaben für marktübliche Leistungen mittels eines dynamischen Beschaffungssystems. Artikel 52 der Richtlinie 2014/25/EU sieht diese Vergabeverfahrensart auch für Sektorenvergaben vor. Die Verfahrensvorschriften zum dynamischen Beschaffungssystem werden in der Sektorenverordnung umgesetzt.

Zu § 142 (Sonstige anwendbare Vorschriften)

Nach § 142 sind für die Vergabe von Aufträgen im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung sowie des Verkehrs im Übrigen die allgemeinen Vorschriften des Abschnitts 2 für die die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber entsprechend anzuwenden. Hintergrund der Regelung ist, dass die Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU weitestgehend inhaltsgleiche Regelungen enthalten, so dass auf die Vorschriften des Abschnitts 2 verwiesen werden kann. Bestehende Abweichungen von den allgemeinen Regelungen des Abschnitts 2 sind aufgeführt und gehen insofern den allgemeinen Vorschriften des Abschnitts 2 als Spezialregelung vor.

Die Regelungen des zwingenden Ausschlusses gemäß § 123 sind für „private“ Sektorenauftraggeber nicht obligatorisch.

Die Artikel 91 ff. der Richtlinie 2014/25/EU zur Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen durch Sektorenauftraggeber werden durch Verweisung auf die Vorschrift zur Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber umgesetzt.

Als besondere Beschaffungsregelungen sieht die Richtlinie 2014/25/EU für diese soziale und anderen besonderen Dienstleistungen ein vereinfachtes Vergabeverfahren vor. Dieses vereinfachte Vergabeverfahren zeichnet sich dadurch aus, dass öffentliche Auftraggeber gemäß Artikel 93 Absatz 1 Satz 2 der Richtlinie 2014/25/EU lediglich verpflichtet sind, im Vergabeverfahren die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Unternehmen einzuhalten. Darüber hinaus sind gemäß Artikel 92 der Richtlinie 2014/25/EU die beabsichtigte Vergabe sowie die Ergebnisse des Vergabeverfahrens EU-weit bekannt zu machen. Gemäß Artikel 91 i.V.m. Artikel 15 Buchstabe c der Richtlinie 2014/25/EU greift für soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne des Anhangs XVII der Richtlinie 2014/25/EU ein besonderer Schwellenwert von 1.000.000 €.

Da sich die Vorschriften der Artikel 90 ff. der Richtlinie 2014/25/EU – abgesehen von der Höhe des Schwellenwertes – inhaltlich mit den Artikeln 74 ff. der Richtlinie 2014/24/EU decken, setzt § 144 die Artikel 90 ff. der Richtlinie 2014/25/EU über eine entsprechende Anwendbarkeit des § 130 um. Im Einzelnen sind die sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen im Anhang XVII der Richtlinie 2014/25/EU aufgeführt, der Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU entspricht.

Zu § 143 (Regelung für Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz)

§ 143 entspricht der bisherigen Regelung in § 129b GWB. Im Hinblick auf die Schwellenwerte wird nunmehr auf die Regelung in § 106 verwiesen.

Zu Unterabschnitt 2 (Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen)

Zu § 144 (Anwendungsbereich)

§ 144 bestimmt den Anwendungsbereich des Unterabschnitts 2 des Abschnitts 3. Unterabschnitt 2 regelt die besonderen Vorschriften für die Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen. Damit werden die wesentlichen Bestimmungen der Richtlinie 2009/81/EG im GWB umgesetzt. Nach § 144 finden auf die Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften des Abschnitts 2 Unterabschnitt 2 Anwendung, sofern in den §§ 145 bis 147 nicht etwas Abweichendes geregelt ist.

Zu § 145 (Besondere Ausnahmen für verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge)

§ 145 übernimmt den Inhalt des bisherigen § 100 c Absatz 2 bis 4 GWB in eine gesonderte Vorschrift zu den besonderen Ausnahmen für verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge. Wie nach der bisherigen Konzeption des GWB zu § 100 Absatz 3 bis 6 sowie § 100c kommt die Vorschrift zu den allgemeinen Ausnahmen des neuen § 107 neben § 145 zur Anwendung.

Zu Nummer 1

§ 145 Nummer 1 entspricht dem bisherigen § 100c Absatz 2 Nummer 2 GWB, der Artikel 13 Buchstabe b der Richtlinie 2009/81/EG umsetzt.

Zu Nummer 2

§ 145 Nummer 2 entspricht dem bisherigen § 100c Absatz 2 Nummer 3 GWB, der Artikel 13 Buchstabe c der Richtlinie 2009/81/EG umsetzt.

Zu Nummer 3

§ 145 Nummer 3 entspricht dem bisherigen § 100c Absatz 3 GWB, der Artikel 13 Buchstabe d der Richtlinie 2009/81/EG umsetzt.

Zu Nummer 4

§ 145 Nummer 4 entspricht dem bisherigen § 100 c Absatz 2 Nummer 4 GWB, der Artikel 13 Buchstabe f der Richtlinie 2009/81/EG umsetzt.

Zu Nummer 5

§ 145 Nummer 5 entspricht der bisherigen Ausnahme für Finanzdienstleistungen mit Ausnahme von Versicherungsdienstleistungen des § 100c Absatz 2 Nummer 1 GWB und dient der Umsetzung von Artikel 13 Buchstabe h der Richtlinie 2009/81/EG.

Zu Nummer 6

Die Ausnahme des § 145 Nummer 6 für Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen dient der Umsetzung des Artikel 13 Buchstabe j der Richtlinie 2009/81/EG und entspricht der bisherigen Ausnahme des § 100 Absatz 4 Nummer 2 GWB. Im Übrigen wird auf die Begründung zu § 116 Nummer 2 verwiesen

Zu Nummer 7

§ 145 Nummer 7 entspricht dem bisherigen § 100c Absatz 4 GWB, der Artikel 13 Buchstabe h der Richtlinie 2009/81/EG umsetzt.

Zu § 146 (Verfahrensarten)

§ 146 entspricht dem bisherigen § 101 Absatz 7 Satz 3 GWB. Der Adressatenkreis der Vorschrift erfasst entsprechend der neuen Systematik von §§ 98 f. und im Einklang mit Artikel 1 Nummer 17 Richtlinie 2009/81/EG nunmehr nicht nur öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99, sondern auch Sektorenauftraggeber im Sinne des § 100.

Zu § 147 (Sonstige anwendbare Vorschriften)

Wie nach bisher geltendem Recht finden gemäß § 147 für die Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen die § 119 bis § 135 Anwendung. Im Unterschied zu den Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU enthält die Richtlinie 2009/81/EG allerdings keine Vorschriften zu den Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit sowie zur Kündigung von Aufträgen. Aus diesem Grund greifen §§ 132 und 133 nicht.

Besonderer Vorschriften bedarf es zu den besonderen Ausnahmen vom Vergaberecht für verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge (§ 145) und zu den Verfahrensarten (§ 146). Weiterhin enthält die Richtlinie 2009/81/EG in Artikel 39 eine Regelung zu zwingenden und fakultativen Ausschlussgründen, die mit der in Artikel 57 Absatz 1 bis 5 der Richtlinie 2014/24/EU getroffenen Regelung nicht vollständig deckungsgleich ist. Daher können die §§ 123, 124 auf die Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen nur teilweise und mit Anpassungen für entsprechend anwendbar erklärt werden.

Die zwingenden Ausschlussgründe nach Artikel 39 Absatz 1 der Richtlinie 2009/81/EG decken sich weitgehend mit den zwingenden Ausschlussgründen nach Artikel 57 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU, so dass grundsätzlich die Regelung des § 123 für entsprechend anwendbar erklärt wird. Allerdings sieht § 147 Nummer 1 diejenigen Ausschlussgründe vor, die zwar in Artikel 57 der Richtlinie 2014/24/EU als zwingende Ausschlussgründe aufgeführt werden, nicht aber in Artikel 39 der Richtlinie 2009/81/EG (Menschenhandel, Steuerhinterziehung, Nichtentrichtung von Steuern oder Sozialabgaben), wie bislang in § 24 Absatz 1 Nummer 6 VSVgV als fakultative Ausschlussgründe enthalten sind. Es wurde davon abgesehen, diese Ausschlussgründe auch für die verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträge als zwingende Ausschlussgründe zu gestalten, da Artikel 39 der Richtlinie 2009/81/EG insofern keinen Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers zulässt.

§ 147 Nummer 2 sieht einen zusätzlichen, nicht in der Richtlinie 2014/24/EU enthaltenen, fakultativen Ausschlussgrund der fehlenden Vertrauenswürdigkeit vor, bei der Sicherheitsrisiken nicht ausgeschlossen werden können, und setzt damit Artikel 39 Absatz 2 Buchstabe e der Richtlinie 2009/81/EG um. Artikel 39 Absatz 2 der Richtlinie 2009/81/EG sieht weit weniger fakultative Ausschlussgründe vor als Artikel 57 Absatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU. Daher werden nur diejenigen fakultativen Ausschlussgründe nach § 124 für entsprechend anwendbar erklärt, die sich – wenn auch in leicht anderen Formulierungen – auch in Artikel 39 Absatz 2 der Richtlinie 2009/81/EG finden. Eine schwere Verfehlung gemäß § 124 Nummer 3, durch die die Integrität des Unternehmens in Frage gestellt wird, liegt bei verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen gemäß Artikel 39 Absatz 2 Buchstabe c und d insbesondere dann vor, wenn eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines Verstoßes gegen geltende Rechtsvorschriften über die Ausfuhr von Verteidigungs- und/oder Sicherheitsgütern erfolgt ist oder wenn im Rahmen eines früheren Auftrags die Pflicht zur Gewährleistung der Informations- oder Versorgungssicherheit verletzt wurde.

Zu Unterabschnitt 3 (Vergabe von Konzessionen)

Zu § 148 (Anwendungsbereich)

§ 148 bestimmt den Anwendungsbereich des Unterabschnitts 3 des Abschnitts 3 Unterabschnitt 3 regelt die Vergabe von Konzessionen und setzt damit die wesentlichen Vorschriften der Richtlinie 2014/23/EU um.

Zu § 149 (Besondere Ausnahmen für die Vergabe von Konzessionen)

Zu Nummer 1

§ 149 Nummer 1 dient der Umsetzung von Artikel 10 Absatz 8 Buchstabe d der Richtlinie 2014/23/EU. Im Übrigen wird auf die Begründung zu § 116 Nummer 1 verwiesen.

Zu Nummer 2

§ 149 Nummer 2 dient der Umsetzung von Artikel 25 der Richtlinie 2014/23/EU. Im Übrigen wird auf die Begründung zu § 116 Nummer 2 verwiesen.

Zu Nummer 3

§ 149 Nummer 3 dient der Umsetzung von Artikel 10 Absatz 8 Buchstabe b der Richtlinie 2014/23/EU. Die Ausnahme für bestimmte audiovisuelle Mediendienste und Hörfunkmediendienste entspricht der Ausnahme des § 116 Nummer 3. Insofern wird auf die Begründung zu § 116 Nummer 3 verwiesen.

Zu Nummer 4

§ 149 Nummer 4 dient der Umsetzung von Artikel 10 Absatz 8 Buchstabe e der Richtlinie 2014/23/EU. Die Ausnahme für bestimmte finanzielle Dienstleistungen entspricht der Ausnahme des § 116 Nummer 4. Insofern wird auf die Begründung zu § 116 Nummer 4 verwiesen.

Zu Nummer 5

§ 149 Nummer 5 dient der Umsetzung von Artikel 10 Absatz 8 Buchstabe f der Richtlinie 2014/23/EU. Die Ausnahme für Kredite und Darlehen entspricht der Ausnahme des § 116 Nummer 5. Insofern wird auf die Begründung zu § 116 Nummer 5 verwiesen.

Zu Nummer 6

§ 149 Nummer 6 dient der Umsetzung von Artikel 10 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU. Der erste Halbsatz betrifft wie in § 116 Nummer 6 Fälle, in denen ein bestimmter öffentlicher Auftraggeber oder ein Verbund von öffentlichen Auftraggebern der einzige Anbieter einer bestimmten Dienstleistung sein kann, da er für deren Erbringung ein auf ein Gesetz oder Verordnung beruhendes und mit den Vorschriften des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union in Einklang stehendes ausschließliches Recht besitzt. In diesen Fällen soll das Vergaberecht des Teils 4 des GWB keine Anwendung finden.

Zu Nummer 7

§ 149 Nummer 7 erstreckt die Ausnahme von § 149 Nummer 6 auf die Dienstleistungskonzession, die an ein Unternehmen aufgrund eines ausschließlichen Rechts zur Ausübung einer Sektorentätigkeit vergeben wurde. Voraussetzung dafür ist, dass das ausschließliche Recht dem Unternehmen gemäß den nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften sowie im Einklang mit dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen

Union und den Unionsrechtsakten zur Festlegung gemeinsamer Vorschriften über den Marktzugang für die in § 102 Absatz 1 Nummer 2 bis 6 genannten Sektorentätigkeiten gewährt wurde. Aus Gründen der Transparenz ist eine Zuschlagsbekanntmachung der Europäischen Kommission binnen einen Monats nach Gewährung dieses Rechts bekannt zu machen, soweit nicht die branchenspezifischen Rechtsvorschriften bereits Transparenzanforderungen enthalten.

Zu Nummer 8

§ 149 Nummer 8 setzt die Ausnahme des Artikels 11 von der Richtlinie 2014/23/EU für Konzessionen im Bereich der elektronischen Kommunikation um.

Zu Nummer 9

§ 149 Nummer 9 setzt die Ausnahme des Artikels 12 der Richtlinie 2014/23/EU für Konzessionen im Wasserbereich um. Durch diese Ausnahme vom EU-Sekundärrecht kann bei der Vergabe von Konzessionen im Wasserbereich vor allem den Besonderheiten der Strukturen der Wasserversorgung auf kommunaler Ebene in den Mitgliedstaaten Rechnung getragen werden. Damit soll einerseits die bestmögliche Trinkwasserversorgung der Bürgerinnen und Bürger, insbesondere in ländlichen Regionen, sichergestellt werden. und andererseits die durch das Europäische Primärrecht gebotene Transparenz, Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit im Vergabeverfahren für Konzessionen im Wasserbereich beibehalten werden.

Zu Nummer 10

§ 149 Nummer 10 setzt die Ausnahme des Artikels 10 Absatz 9 der Richtlinie 2014/23/EU für Dienstleistungskonzessionen um, die ein Mitgliedstaat für Lotteriedienstleistungen auf der Grundlage eines ausschließlichen Rechts gewährt. Artikel 10 Absatz 9 der Richtlinie 2014/23/EU enthält darüber hinaus die Klarstellung, dass für die Zwecke des Artikel 10 Absatz 9 sich der Begriff „ausschließliches Recht“ nicht mit den ausschließlichen Rechten im Sinne des Artikels 7 Absatz 2 Richtlinie 2014/23/EU deckt und die Gewährung eines solchen ausschließlichen Rechts im Amtsblatt der Europäischen Union zu veröffentlichen ist. Die Ausnahme für Dienstleistungskonzessionen zu Lotteriedienstleistungen bei Lotteriebetrieben wird durch den Erwägungsgrund 35 der Richtlinie 2014/23/EU weiter konkretisiert.

Zu Nummer 11

§ 149 Nummer 11 setzt die Ausnahme des Artikels 10 Absatz 10 der Richtlinie 2014/23/EU um.

Zu Nummer 12

§ 149 Nummer 12 setzt die Ausnahme des Artikels 10 Absatz 3 der Richtlinie 2014/23/EU um. Von Teil 4 des GWB ausgenommen wird dadurch die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen über öffentliche Personenverkehrsdienste im Sinne von § 1 des Personenbeförderungsgesetz, das heißt über die entgeltliche oder geschäftsmäßige Beförderung von Personen mit Straßenbahnen, Untergrundbahnen, Oberleitungsbussen und mit Kraftfahrzeugen. Als „Straßenbahnen“ im Sinne von § 1 PBefG gelten gemäß § 4 Absatz 2 PBefG auch Hoch- und Untergrundbahnen, Schwebebahnen und ähnliche Bahnen besonderer Bauart. Für diese öffentliche Personenverkehrsdienste im Sinne von § 1 PBefG gelten weiterhin die Sonderregelungen für die Vergabe von Konzessionen über Personenbeförderungsleistungen nach § 8b des Personenbeförderungsgesetzes und Artikel 5 Absatz 3 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Auf Dienstleistungskonzessionen über öffentliche Personenverkehrsleistungen im Eisenbahnverkehr – die nicht unter das Personenbeförderungsgesetz fallen – sind die für die Vergabe von Konzessionen geltenden Regelungen in Teil 4 des GWB und in der Konzessionsverordnung anwendbar.

Zu § 150 (Besondere Ausnahmen für die Vergabe von Konzessionen im Bereich Verteidigung und Sicherheit)

§ 150 setzt die besonderen Ausnahmen für Konzessionen im Bereich Verteidigung und Sicherheit des Artikels 10 Absatz 5, 6 und 7 der Richtlinie 2014/23/EU um.

Artikel 10 Absatz 5 und Absatz 6 der Richtlinie 2014/23/EU sprechen von Ausnahmen für Konzessionen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit gemäß der Richtlinie 2009/81/EG. Der Begriff der Konzessionen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit wird weder in der Richtlinie 2014/23/EU noch in der Richtlinie 2009/81/EG definiert. Aus einer Zusammenschau von Artikel 5 Nummer 1 der Richtlinie 2014/23/EU und Artikel 2 Buchstabe c und d der Richtlinie 2009/81/EG ergibt sich, dass es sich um solche Konzessionen handelt, deren vertragliche Regelung Bau- oder Dienstleistungen umfassen, die im unmittelbaren Zusammenhang mit Militärausrüstung oder Ausrüstung im Rahmen eines Verschlusssachenauftrags stehen bzw. um Bau- und Dienstleistungen speziell für militärische Zwecke oder Bau- und Dienstleistungen, die im Rahmen eines Verschlusssachenauftrags vergeben werden.

Artikel 10 Absatz 5 und Absatz 6 der Richtlinie 2014/23/EU fassen eine Reihe von Ausnahmetatbestände für Konzessionen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit zusammen, die an die Ausnahmetatbestände der Artikel 12 und Artikel 13 der Richtlinie 2009/81/EG sowie Artikel 15 Absatz 2 und Absatz 3 sowie Artikel 17 Absatz 1 und 2 der Richtlinie 2014/24/EU angelehnt sind. Besonders hervorzuheben ist Artikel 10 Absatz 6 Buchstabe a der Richtlinie 2014/23/EU, der den Schutz vor Preisgabe von Auskünften umfasst, die nach Erachten des betroffenen Mitgliedstaates seinen wesentlichen Sicherheitsinteressen zuwiderläuft, die Geheimerklärung sowie die besonderen Sicherheitsmaßnahmen gemäß den im jeweiligen Mitgliedstaat geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften, siehe ebenso Artikel 15 Absatz 2 Unterabsatz 2 und Absatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 24 Absatz 2 Unterabsatz 2 und Absatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU.

Artikel 10 Absatz 7 der Richtlinie 2014/23/EU sieht ebenso wie Artikel 15 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 24 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU den Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen als Ausnahmetatbestand vor und greift ausdrücklich das Verhältnismäßigkeitsgebot auf. Das Vergaberecht findet keine Anwendung, wenn der Schutz wesentlichen Sicherheitsinteressen nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen als die Ausnahme vom Vergaberecht gewährleistet werden kann. Zu den weniger einschneidenden Maßnahmen gehören zum Beispiel Anforderungen, die auf den Schutz der Vertraulichkeit solcher Informationen abzielen, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines Vergabeverfahrens zur Verfügung stellt.

Zu Nummer 1

§ 150 Nummer 1 dient der Umsetzung von Artikel 10 Absatz 6 Buchstabe a) der Richtlinie 2014/23/EU.

Zu Nummer 2

§ 150 Nummer 2 dient der Umsetzung von Artikel 10 Absatz 6 Buchstabe b) der Richtlinie 2014/23/EU.

Zu Nummer 3

§ 150 Nummer 3 dient der Umsetzung von Artikel 10 Absatz 6 Buchstabe c) der Richtlinie 2014/23/EU.

Zu Nummer 4

§ 150 Nummer 4 dient der Umsetzung von Artikel 10 Absatz 6 Buchstabe d) der Richtlinie 2014/23/EU.

Zu Nummer 5

§ 150 Nummer 5 dient der Umsetzung von Artikel 10 Absatz 6 Buchstabe e) der Richtlinie 2014/23/EU.

Zu Nummer 6

§ 150 Nummer 6 dient der Umsetzung von Artikel 10 Absatz 7 der Richtlinie 2014/23/EU.

Zu Nummer 7

§ 150 Nummer 7 dient der Umsetzung von Artikel 10 Absatz 5 der Richtlinie 2014/23/EU.

Zu § 151 (Verfahren)

§ 151 setzt die wesentlichen Vorschriften der Richtlinie 2014/23/EU zu den Grundsätzen des Verfahrens der Konzessionsvergabe um. Dazu gehören vor allem Artikel 30 Absatz 1 und 2 in Verbindung mit Artikel 3, Artikel 31 und Artikel 32 der Richtlinie 2014/23/EU.

§ 151 Satz 1 greift zur Konkretisierung des in Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU vorgesehenen Transparenzgebotes die in der Richtlinie 2014/23/EU vorgesehenen Bekanntmachungspflichten auf. Dazu gehörten die in Artikel 31 Absatz 1 festgelegte Pflicht zur Bekanntmachung der Konzessionsvergabeabsicht.

§ 151 Satz 2 stellt klar, dass Ausnahmen von der Pflicht zur Bekanntmachung der Konzessionsvergabeabsicht in der aufgrund § 113 durch die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates erlassenen Rechtsverordnungen festgelegt werden können. Solche Ausnahmen sind in Artikel 31 Absatz 4 und 5 der Richtlinie 2014/23/EU vorgesehenen Ausnahmen.

§ 151 Satz 3 dient der Umsetzung von Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU und hebt hervor, dass die Konzessionsauftraggeber im Übrigen das Verfahren zur Wahl des Konzessionsnehmers vorbehaltlich der Einhaltung dieser Richtlinie frei gestalten können. Konzessionsauftraggeber sind damit nicht an die in § 119 aufgeführten Verfahrensarten für die Vergabe öffentlicher Aufträge gebunden. Stattdessen wird das Konzessionsvergabeverfahren gemäß Artikel 30 Absatz 2 Satz 1 der Richtlinie 2014/23/EU unter Einhaltung der Grundsätze nach Artikel 3 dieser Richtlinie konzipiert. Artikel 3 Absatz 1 zufolge behandeln Konzessionsauftraggeber alle Unternehmen gleich und in nichtdiskriminierender Weise und wahren in ihrem Handeln Transparenz und Verhältnismäßigkeit. Auch der Grundsatz der wettbewerblichen Vergabe wird von der Richtlinie 2014/23/EU vielfach in Bezug genommen, siehe Artikel 31 Absatz 4 Unterabsatz 1 Buchstabe b, Artikel 31 Absatz 4 Unterabsatz 2, Artikel 35, Artikel 37 Absatz 3, Artikel 38 Absatz 1 sowie Erwägungsgrund 3, 8, 51, 52, 73. Alle diese grundsätzlichen Maßgaben der Richtlinie 2014/23/EU finden im deutschen Vergaberecht über Abschnitt 1 des Teils 4 gemäß § 97 Absatz 1 und Absatz 2 auf die Konzessionsvergabe Anwendung. Demzufolge steht die Befugnis zur freien Ausgestaltung des Vergabeverfahrens für Konzessionen gemäß § 151 Satz 3 unter dem Vorbehalt, dass Konzessionsauftraggeber diese Konzessionen im Wettbewerb und im Wege transparenter, nichtdiskriminierender Verfahren unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vergeben, siehe § 97 Absatz 1. Darüber hinaus sind die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund eines Gesetzes gerechtfertigt, siehe § 97 Absatz 2. Die Konzessionsvergabe unterliegt nunmehr gemäß Artikel 46, 47 der Richtlinie 2014/23/EU dem Primärrechtsschutz, so dass die Einhaltung dieser Maßgaben im Nachprüfungsver-

fahren durch den unterlegenen Bieter und Bewerber überprüft werden kann. Ergänzend zu berücksichtigen ist, dass gemäß Artikel 37 Absatz 6 der Richtlinie 2014/23/EU der Konzessionsauftraggeber mit den Bewerbern oder Bieter Verhandlungen führen kann. Während der Verhandlungen dürfen der Konzessionsgegenstand, die Zuschlagskriterien und die Mindestanforderungen nicht geändert werden. Daraus ist abzuleiten, dass Konzessionsauftraggeber die Konzessionsvergabe auch ohne besondere Zulassungsvoraussetzung in einem Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb durchführen können vergleichbar mit dem im § 119 Absatz 5 vorgesehenen Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb für die Vergabe öffentlicher Aufträge.

Zu § 152 (Anforderungen im Konzessionsvergabeverfahren)

Zu Absatz 1

§ 152 Absatz 1 setzt die Vorgaben des Artikel 36 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU zu den technischen und funktionellen Anforderungen um. Gemäß Artikel 36 Absatz 1 Satz 1 der Richtlinie 2014/23/EU werden in den technischen und funktionellen Anforderungen die für die vertragsgegenständlichen Bau- oder Dienstleistungen geforderten Merkmale festgelegt. Diese Definition der technischen und funktionellen Anforderungen im Konzessionsvergabeverfahren entspricht im Grundsatz der Definition der technischen Spezifikationen im Vergabeverfahren zu öffentlichen Aufträgen gemäß Artikel 42 Absatz 1 Satz 2 der Richtlinie 2014/24/EU. Damit sollen die in § 121 für öffentliche Aufträge geregelten Anforderungen an die Leistungsbeschreibung für Konzessionen entsprechend zur Anwendung kommen.

Zu Absatz 2

§ 152 Absatz 2 setzt die grundlegenden Vorgaben des Artikel 38 Absatz 1 Satz 1 der Richtlinie 2014/23/EU an die Auswahl und qualitative Bewertung der Bewerber um. Gemäß Artikel 38 Absatz 1 Satz 1 prüfen die Konzessionsauftraggeber die Erfüllung der Teilnahmebedingungen hinsichtlich der beruflichen und fachlichen Befähigung sowie der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Bewerber oder Bieter. Im Hinblick auf Konzessionen weichen die Festlegungen in Artikel 38 Absatz 1 Satz 1 zwar im Wortlaut von der Festlegung der Eignungskriterien im Vergabeverfahren zu öffentlichen Aufträgen gemäß Artikel 58 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU ab. Ausdrücklich wird die Befähigung zur Berufsausübung sowie die technische Leistungsfähigkeit in Artikel 38 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU nicht aufgeführt. In der Sache besteht jedoch zwischen den in Artikel 38 Absatz 1 Satz 1 der Richtlinie 2014/23/EU und den in Artikel 58 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EG genannten Anforderungen kein Unterschied. Auch ist kein sachlicher Grund ersichtlich, der es rechtfertigen würde, an die Auswahl der Bewerber im Hinblick auf die Erbringung von Dienstleistungen oder Bauleistungen im Rahmen einer Konzessionsvergabe andere qualitative Anforderungen stellen als an die Ausführung öffentlicher Dienstleistungs- oder Bauleistungsaufträge. In beiden Fällen sollen die Eignungsanforderungen die ordnungsgemäße Auftragsausführung sicherstellen. Damit sollen die in § 122 für öffentliche Aufträge geregelten Anforderungen an die Eignung für Konzessionen entsprechend zur Anwendung kommen.

§ 122 Absatz 4 Satz 2 ist allerdings mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden, dass die Teilnahmebedingungen in der Veröffentlichung nach § 151 Satz 1 GWB (Konzessionsbekanntmachung) enthalten sein müssen. Denn nach Artikel 38 Absatz 1 Satz 1 der Richtlinie 2014/23/EU prüfen die Konzessionsauftraggeber die Erfüllung der Teilnahmebedingungen hinsichtlich der Eignung der Bewerber oder Bieter gemäß den in der Konzessionsbekanntmachung angegebenen Anforderungen. Nach Artikel 31 Absatz 2 in Verbindung mit Anhang V Nummer 7 Buchstabe c der Richtlinie 2014/23/EU enthält die Konzessionsbekanntmachung hinsichtlich der Teilnahmebedingungen eine Nennung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien, der einzuhaltenden Mindeststandards und einzu-

reichender Unterlagen. Eine Vorinformation steht für Konzessionsvergaben außerhalb von Konzessionen für soziale und andere besondere Dienstleistungen (vgl. § 153 Satz 1) nicht zur Verfügung. Eine Veröffentlichung der Eignungskriterien in einer Vorinformation oder eine Angabe in einer Aufforderung zur Interessenbestätigung sind daher ausgeschlossen.

Zu Absatz 3

§ 152 Absatz 3 Satz 1 dient der Umsetzung von Artikel 41 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU. Als objektive Kriterien müssen die Zuschlagskriterien den in § 97 Absatz 1 genannten Grundsätzen genügen. Anders als Artikel 67 Absatz 1 der Richtlinien 2014/24/EU erfordert Artikel 41 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU nicht den Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot, sondern setzt voraus, dass ein wirtschaftlicher Gesamtvorteil für den Konzessionsauftraggeber ermittelt werden kann. Gleichwohl überprüft der Konzessionsauftraggeber gemäß Artikel 41 Absatz 2 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/23/EU, ob die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen und bewertet dabei auch, welches der Angebote die Zuschlagskriterien am besten realisiert. § 152 Absatz 3 Satz 2 setzt Artikel 41 Absatz 2 Unterabsatz 1 Satz 1 der Richtlinie 2014/23/EU um. § 152 Absatz 3 Satz 3 dient der Umsetzung von Artikel 41 Absatz 2 Unterabsatz 1 Satz 2 Richtlinie 2014/23/EU. § 152 Absatz 3 Satz 4 setzt Artikel 41 Absatz 2 Unterabsatz 2 und 3 der Richtlinie 2014/23/EU im Wortlaut des § 127 Absatz 5 um.

Zu Absatz 4

Die Richtlinie 2014/23/EU sieht zwar anders als die Richtlinie 2014/24/EU keine Regelungen zu den Ausführungsbedingungen vor, setzt jedoch die Möglichkeit von Ausführungsbedingungen für Konzessionen in den Erwägungsgründen 64, 65, 66 voraus. In der Sache sind keine Unterschiede zwischen Ausführungsbedingungen für öffentliche Dienstleistungs- oder Bauaufträge oder Ausführungsbedingungen für Dienstleistungen oder Bauleistungen im Rahmen einer Konzessionsvergabe ersichtlich. Damit können die Vorschriften über die Ausführungsbedingungen für öffentliche Aufträge gemäß §§ 128, 129 entsprechende Anwendung finden.

Zu § 153 (Vergabe von Konzessionen über soziale und andere besondere Dienstleistungen)

§ 153 dient der Umsetzung der Vorschriften der Richtlinie 2014/23/EU über die Vergabe von Konzessionen zur Erbringung sozialer und anderer besonderer Dienstleistungen durch Konzessionsauftraggeber. Für diese Konzessionen greift gemäß Artikel 8 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU der allgemeine EU-Schwellenwert für Konzessionen in Höhe von 5.186.000 €. Die neuen sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen sind im Einzelnen im Anhang IV der Richtlinie 2014/23/EU aufgeführt. Dieser Anhang IV der Richtlinie 2014/23/EU entspricht Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU und Anhang XVII der Richtlinie 2014/25/EU.

Die Vergabe von Konzessionen zur Erbringung sozialer und anderer besonderer Dienstleistungen unterstellt Artikel 19 der Richtlinie 2014/23/EU besonderen Beschaffungsregelungen. Als besondere Beschaffungsregelung sieht die Richtlinie 2014/23/EU für Konzessionen zur Erbringung sozialer und anderer besonderer Dienstleistungen ein vereinfachtes Vergabeverfahren vor. Dieses vereinfachte Vergabeverfahren zeichnet sich dadurch aus, dass Konzessionsauftraggeber gemäß Artikel 19 der Richtlinie 2014/23/EU lediglich verpflichtet sind, gemäß Artikel 31 Absatz 3 dieser Richtlinie durch Vorinformation die beabsichtigte Vergabe sowie gemäß Artikel 32 der Richtlinie die Ergebnisse des Konzessionsvergabeverfahrens EU-weit bekannt zu machen. Im Übrigen können Konzessionsauftraggeber auch die Konzessionsvergabe für soziale und andere besondere Dienstleistungen frei gestalten, sind allerdings gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU und im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Transparenz und

Verhältnismäßigkeit verpflichtet. Auch die Konzessionsvergabe für soziale und andere besonderen Dienstleistungen unterliegt gemäß Artikel 19 i.V.m. Artikel 46, 47 der Richtlinie 2014/23/EU dem Primärrechtsschutz, so dass die Einhaltung dieser Maßgaben im Nachprüfungsverfahren durch den unterlegenen Bieter und Bewerber überprüft werden kann.

Grund für dieses vereinfachte Vergabeverfahren ist, dass diesen oftmals personen- oder ortsgebundenen Dienstleistungen nur eingeschränkt eine grenzüberschreitende Dimension zukommt (vergleiche beispielhaft Erwägungsgründe 114 ff. der Richtlinie 2014/24/EU). Gerade Dienstleistungen im Sozial-, Gesundheits- und Bildungsbereich werden in einem besonderen Kontext erbracht, der sich aufgrund unterschiedlicher kultureller Tradition in den einzelnen Mitgliedstaaten sehr unterscheidet (siehe Erwägungsgrund 53 der Richtlinie 2014/23/EU). Betroffen sind beispielsweise Konzessionen zur reinen Patientenbeförderung durch Einsatz von Krankenwagen. Dagegen unterfallen Notfallrettungsdienste und der Einsatz von Krankenwagen bestehend aus allgemeinen und fachspezifischen ärztlichen Dienstleistungen in einem Rettungswagen nicht dem Vergaberecht, siehe Artikel 10 Absatz 8 Buchstabe g der Richtlinie 2014/23/EU und § 107 Nummer 4.

§ 153 Satz 1 dient der Umsetzung von Artikel 31 Absatz 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/23/EU, der Konzessionsauftraggeber verpflichtet, ihre Konzessionsvergabeabsicht für soziale und andere besondere Dienstleistungen in einer Vorinformation zu veröffentlichen. Die Vorinformation muss gemäß Artikel 31 Absatz 3 Satz 2 der Konzessionsrichtlinie die Angaben nach Anhang VI der Richtlinie enthalten. Dazu gehören insbesondere die Teilnahmebedingungen (Anhang VI Nummer 7).

§ 153 Satz 2 bestimmt, dass für die Vergabe von Konzessionen, die soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne des Anhangs IV der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe betreffen, die in § 152 festgelegten Vorgaben zum Vergabeverfahren und zu den Anforderungen im Vergabeverfahren (Leistungsbeschreibung, Eignung, Zuschlag, Ausführungsbedingungen) nicht zur Anwendung kommen. Gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU und im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sind die Konzessionsauftraggeber bei der Vergabe von Konzessionen zu sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen zur Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit verpflichtet.

Zu § 154 (Sonstige anwendbare Vorschriften)

Soweit möglich, wird zur Umsetzung der weiteren wesentlichen Vorschriften der Richtlinie 2014/23/EU und gegebenenfalls unter bestimmten Maßgaben auf die Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber verwiesen.

Zu Nummer 1

Nach § 154 Nummer 1 findet die in § 118 geregelte Vorschrift zu den vorbehaltenen Aufträgen zwecks Umsetzung von Artikel 24 der Richtlinie 2014/23/EU entsprechende Anwendung.

Zu Nummer 2

Artikel 38 Absatz 4 Unterabsatz 1 und Absatz 5 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU sehen vor, dass für diejenigen Konzessionsauftraggeber, bei denen es sich um öffentliche Auftraggeber nach Artikel 6 oder um im Sektorenbereich tätige öffentliche Auftraggeber nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a handelt, zwingende Ausschlussgründe gelten, die denen nach Artikel 57 Absatz 1 und 2 der Richtlinie 2014/24/EU entsprechen. Daher wird für diese Konzessionsauftraggeber grundsätzlich eine entsprechende Geltung der für die

Vergabe von öffentlichen Aufträgen geltenden Regelung zu zwingenden Ausschlussgründe vorgesehen.

Da die in Artikel 38 Absatz 7 der Richtlinie 2014/23/EU für alle Arten von Konzessionsauftraggebern vorgesehenen fakultativen Ausschlussgründe sehr weitgehend deckungsgleich mit den in Artikel 57 Absatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU geregelten fakultativen Ausschlussgründen sind, wird ebenfalls grundsätzlich eine entsprechende Geltung der diesbezüglichen Regelung für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen vorgesehen.

Im Übrigen passen die Regelungen zu Selbstreinigung und Höchstdauer des Ausschlusses ohne Modifikationen auch für die Vergabe von Konzessionen.

Zu Buchstabe a

Für Konzessionsauftraggeber nach Artikel 7 Abs. 1 Buchstabe b und c wird entsprechend Artikel 38 Absatz 4 Unterabsatz 3 und Absatz 5 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU ausnahmsweise eine fakultative Geltung der zwingenden Ausschlussgründe vorgesehen.

Zu Buchstabe b

Für Konzessionsvergaben im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich wird der in Artikel 38 Absatz 7 der Richtlinie 2014/23/EU enthaltene zusätzliche fakultative Ausschlussgrund umgesetzt.

Zu Nummer 3

Nach § 154 Nummer 3 sind die Regelungen des § 132 zu Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit auf die Vergabe von Konzessionen grundsätzlich entsprechend anwendbar. Damit wird Artikel 43 der Richtlinie 2014/23/EU umgesetzt. Die Vorschrift des § 131 Absatz 3, die für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Personenverkehrsleistungen im Eisenbahnverkehr der Personalübergang bei einem Betreiberwechsel regelt, wird auf Konzessionen im Eisenbahnverkehr für entsprechend anwendbar erklärt.

Zu Buchstabe a

Wie die Richtlinie 2014/25/EU sieht Artikel 43 Absatz 1 Satz 2 bis 3 Richtlinie 2014/23/EU für Tätigkeiten, die § 102 Absatz 1 Nummer 2 bis 6 betreffen, keine absolute Begrenzung in Höhe von 50 Prozent des Wertes des ursprünglichen Auftrags für erlaubte Änderungen nach § 132 Absatz 2 Satz 2 und 3 vor, so dass die Verweisung insofern eingeschränkt wird.

Zu Buchstabe b

Zudem gibt es bei der de-minimis-Grenze des § 132 Absatz 3 Nummer 2 entsprechend von Artikel 43 Absatz 2 Buchstabe ii der Richtlinie 2014/23/EU keine Unterscheidung zwischen Bau- und Dienstleistungskonzessionen, sondern eine einheitliche Höchstgrenze in Höhe von 10 Prozent des ursprünglichen Wertes der Konzession.

Zu Nummer 4

§ 154 Nummer 4 dient der Umsetzung von Artikel 44 der Richtlinie 2014/23/EU und erklärt die Regelung der §§ 133 bis 135 zur Kündigung von Aufträgen hinsichtlich der Kündigung von Konzessionen für entsprechend anwendbar. Inhaltlich entspricht die Regelung in der Konzessionsrichtlinie der Regelung in Artikel 73 Richtlinie 2014/24/EU.

Zu Nummer 5

§ 154 Nummer 5 dient der Umsetzung von Artikel 13 der Richtlinie 2014/23/EU und erklärt die Ausnahme des § 138 für Vergaben an verbundene Unternehmen für entsprechend anwendbar. Ebenso wie die Richtlinie 2014/25/EU enthält auch die Konzessionsrichtlinie eine besondere Ausnahme für die Vergabe von Konzessionen an verbundene Unternehmen. Die Ausnahme gilt bei der Vergabe von Konzessionen allerdings nur für Auftraggeber im Sinne des § 101 Absatz 1 Nummer 2 und 3, das heißt solche Auftraggeber, die einer Tätigkeit nach § 102 Absatz 1 Nummer 2 bis 6 nachgehen. Im Übrigen wird auf die Begründung zu § 138 verwiesen.

Zu Nummer 6

§ 154 Nummer 6 dient der Umsetzung von Artikel 14 der Richtlinie 2014/23/EU und betrifft die Ausnahmen für Vergaben von Konzessionen an oder durch ein Gemeinschaftsunternehmen. § 139 wird für entsprechend anwendbar erklärt. Wie bei der Ausnahme des § 154 Nummer 3 für Vergaben an verbundene Unternehmen betrifft auch § 154 Nummer 6 nur Auftraggeber im Sinne des § 100 Absatz 2, das heißt solche Auftraggeber, die eine Tätigkeit nach § 102 Absatz 1 Nummer 2 bis 6 nachgehen. Im Übrigen wird auf die Begründung zu § 139 verwiesen.

Zu Nummer 7

§ 154 Nummer 7 dient der Umsetzung von Artikel 16 der Richtlinie 2014/23/EU und betrifft den Ausschluss für von Auftraggebern nach § 101 Absatz 1 Nummer 2 und 3 vergebene Konzessionen, wenn die Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist. § 140 wird für entsprechend anwendbar erklärt. Artikel 16 der Richtlinie 2014/23/EU verweist insofern auf die Artikel 34 und 35 der Richtlinie 2014/25/EU. Im Übrigen wird auf die Begründung zu § 140 verwiesen.

Zu Kapitel 2 (Nachprüfungsverfahren)

Zu Abschnitt 1 (Nachprüfungsbehörden)

Zu § 155 (Grundsatz)

§ 155 entspricht dem bisherigen § 102 GWB.

Zu § 156 (Vergabekammern)

§ 156 entspricht dem bisherigen § 104 GWB.

Zu § 157 (Besetzung, Unabhängigkeit)

§ 157 entspricht dem bisherigen § 105 GWB.

Zu § 158 (Einrichtung, Organisation)

§ 158 entspricht dem bisherigen § 106 GWB.

Zu § 159 (Abgrenzung der Zuständigkeit der Vergabekammern)

§ 159 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 106a. Die Aufzählung weiterer Auftraggeber in § 159 Nummer 2 und 3 geht zurück auf die neue Systematik der Auftraggeber im Sinne der §§ 98 ff. und der damit einhergehenden Differenzierung zwischen öffentlichen Auftraggebern, Sektorenauftraggebern und Konzessionsauftraggebern. Der neu eingefügte § 159 Absatz 1 Nummer 7 bestimmt die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes, wenn die Nachprüfung von Vergabeverfahren sowohl in die Zuständigkeit

der Vergabekammer des Bundes als auch in die Zuständigkeit von Vergabekammern der Länder fällt. Die Zuständigkeitskonzentration bei einer Vergabekammer dient der Verfahrenskonzentration und -beschleunigung in Fällen, in denen aufgrund der Zuständigkeit unterschiedlicher Beschwerdeinstanzen die Gefahr divergierender Entscheidungen besteht. Durch die Ergänzung einer ausschließlichen Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes wird in diesen Fällen sichergestellt, dass alle Nachprüfungsanträge bei derselben Vergabekammer gestellt werden und gleichzeitig die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes gemäß § 159 Absatz 1 Nummer 1 bis 6 gewahrt bleibt.

Zu Abschnitt 2 (Verfahren vor der Vergabekammer)

Zu § 160 (Einleitung, Antrag)

§ 160 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 107 GWB.

§ 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 wird neu gefasst. Im Grundsatz bleibt die Rügeobliegenheit im Vergabeverfahren gemäß § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 zwar bestehen, es entfällt jedoch das Erfordernis, dass der Antragsteller den im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Verstoß im Vergabeverfahren unverzüglich gerügt haben musste. 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 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 beseitigt die bisher bestehende Rechtsunsicherheit. Der Antragsteller muss Verstöße, die er vor Einreichen des Nachprüfungsantrags im Vergabeverfahren erkannt hat, auch vor Einreichen des Nachprüfungsantrags gerügt haben. Nach Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannte Vergaberechtsverstöße unterliegen dagegen keiner Rügeobliegenheit (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Juli 2006, VII-Verg 27/06; VK Bund, Beschluss vom 10. November 2014, VK 1-88/14, m.w.N.; Dicks in: Ziekow/Völlink, 2. Aufl., § 107 GWB, Rn. 40 a.E. bzw. Fn. 133). Durch die Neufassung in § 160 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 werden auch die Zulässigkeitsanforderungen des § 160 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 und die Informations- und Wartepflicht gemäß § 134 besser aufeinander abgestimmt. Die Mindestüberlegungsfrist des Bieters wird durch § 134 gewährt, der Artikel 2a Absatz 2 der Richtlinie 2007/66/EG (Stilhaltefrist) umsetzt. Danach ist je nach Übermittlungsart des Vorabinformationsschreibens eine Frist von 10 bis 15 Kalendertagen vorgesehen, in der betroffene Bieter vor Vertragsschluss des öffentlichen Auftraggebers mit dem obsiegenden Bieter geschützt sind. Denn nach § 168 Absatz 2 Satz 1 führt der wirksam erteilte Zuschlag dazu, dass Nachprüfungsanträge nicht mehr statthaft sind. Diese Schutzfunktion der Stillhaltefrist des § 134 wird durch die Streichung des Erfordernisses der „Unverzüglichkeit“ gestärkt und nicht mehr in ihrer praktischen Wirksamkeit beeinträchtigt.

In Absatz 3 Satz 1 Nummer 3 werden die Wörter „in der Bekanntmachung“ gestrichen. Damit werden Vergabeverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb auch in der Angebotsphase in den Anwendungsbereich der Vorschrift einbezogen. Die Angebotsfrist wird in Verhandlungsverfahren und nicht offenen Verfahren mit Teilnahmewettbewerb regelmäßig nicht in der Bekanntmachung benannt (vgl. VK Bund, Beschluss vom 12. Dezember 2013, VK 1 - 101/13). Mit Streichung des Bezugs auf die Bekanntmachung ist nunmehr gewährleistet, dass auch in Vergabeverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb eine Rügeobliegenheit der ausgewählten Teilnehmer in Bezug auf in den Vergabeunterlagen erkennbare Vergabeverstöße bis zum Ablauf der Angebotsfrist besteht.

Zu § 161 (Form)

§ 161 entspricht dem bisherigen § 108.

Zu § 162 (Verfahrensbeteiligte, Beiladung)

§ 162 entspricht dem bisherigen § 109.

Zu § 163 (Untersuchungsgrundsatz)

§ 163 entspricht dem bisherigen § 110.

Zu § 164 (Aufbewahrung vertraulicher Unterlagen)

§ 164 entspricht dem bisherigen § 110a.

Zu § 165 (Akteneinsicht)

§ 165 entspricht dem bisherigen § 111.

Zu § 166 (Mündliche Verhandlung)

§ 166 entspricht dem bisherigen § 112.

Zu § 167 (Beschleunigung)

§ 167 entspricht dem bisherigen § 113.

Zu § 168 (Entscheidung der Vergabekammer)

§ 168 entspricht dem bisherigen § 114.

Zu § 169 (Aussetzung des Vergabeverfahrens)

§ 169 entspricht weitestgehend dem bisherigen § 115. In § 169 Absatz 4 wurden die entsprechenden neuen Ausnahmevorschriften der Richtlinie 2014/23/EU, 2014/24/EU, 2014/25/EU übernommen.

Zu § 170 (Ausschluss von abweichendem Landesrecht)

§ 170 entspricht dem bisherigen § 115a.

Zu Abschnitt 3 (Sofortige Beschwerde)

Zu § 171 (Zulässigkeit, Zuständigkeit)

§ 171 entspricht dem bisherigen § 116.

Zu § 172 (Frist, Form)

§ 172 entspricht dem bisherigen § 117.

Zu § 173 (Wirkung)

§ 173 entspricht dem bisherigen § 118.

Zu § 174 (Beteiligte am Beschwerdeverfahren)

§ 174 entspricht dem bisherigen § 119.

Zu § 175 (Verfahrensvorschriften)

§ 175 entspricht dem bisherigen § 120.

Zu § 176 (Vorabentscheidung über den Zuschlag)

§ 176 entspricht dem bisherigen § 121.

Zu § 177 (Ende des Vergabeverfahrens nach Entscheidung des Beschwerdegerichts)

§ 177 entspricht dem bisherigen § 122.

Zu § 178 (Beschwerdeentscheidung)

§ 178 entspricht dem bisherigen § 123.

Zu § 179 (Bindungswirkung und Vorlagepflicht)

§ 179 entspricht dem bisherigen § 124.

Zu § 180 (Schadensersatz bei Rechtsmissbrauch)

§ 180 entspricht dem bisherigen § 125.

Zu § 181 (Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens)

§ 181 entspricht dem bisherigen § 126.

Zu § 182 (Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer)

§ 182 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 128 GWB.

In § 182 Absatz 3 Satz 4 werden die Wörter „hat der Antragsteller“ durch das Wort „ist“ ersetzt. Diese Änderung beseitigt eine Widersprüchlichkeit zwischen dem bisherigen §°128 Absatz 3 Satz 4 und § 128 Absatz 3 Satz 5 GWB, wonach bei Rücknahme oder anderweitiger Erledigung des Nachprüfungsantrags einerseits dem Antragsteller die Hälfte der Gebühr auferlegt werden, andererseits aber die Entscheidung, wer die Kosten zu tragen hat, nach billigem Ermessen erfolgen soll (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Januar 2012, X ZB 3/11). Zweck der Regelung in § 182 Absatz 3 Satz 4 ist es, dass in Fällen der Rücknahme oder sonstiger Erledigung des Nachprüfungsverfahrens nur die Hälfte der Gebühr zu entrichten ist. Dabei kann es Konstellationen geben, in denen der Antragssteller in einem materiellen Sinne obsiegt hat und es daher unbillig ist, ihm die Kosten aufzuerlegen, etwa wenn der Auftraggeber nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens dem Begehren des Antragssteller abhilft und das Verfahren durch eine beiderseitige Erledigungserklärung beendet wird. Dementsprechend erfolgt die Kostenentscheidung gemäß Absatz 3 Satz 5 nach billigem Ermessen. Absatz 3 Satz 4 ordnet nunmehr an, dass in Fällen der Rücknahme oder sonstiger Erledigung des Nachprüfungsverfahrens nur die Hälfte der Gebühr zu entrichten ist. Zu der Frage, wer diese hälftige Gebühr zu tragen hat, enthält die Regelung keine Aussage. Diese Frage ist durch § 182 Absatz 3 Satz 4 und 5 zu beantworten.

§ 182 Absatz 4 Satz 3 wird ebenfalls neu gefasst. Die Neufassung der Regelung zum Aufwendungsersatz entspricht der im Falle der Antragsrücknahme oder sonstigen Erledigung geltenden Regelung in Absatz 3 Satz 5 für die Kostentragung in Bezug auf die Kosten der Vergabekammer. Dadurch wird der Gleichlauf der Regelungen für die Gebühren und Auslagen einerseits und die notwendigen Aufwendungen andererseits hergestellt. Zudem wird eine Regelungslücke für den Aufwendungsersatz im Falle der sonstigen Erle-

digung, insbesondere der Erledigung durch Abhilfe seitens des öffentlichen Auftraggebers, geschlossen: § 182 Absatz 4 Satz 3 kann als Grundlage dafür herangezogen werden, die notwendigen Aufwendungen eines Beteiligten einem anderen aufzuerlegen. Die Vorschrift erlaubt es, materielles Unterliegen unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit auch für den Aufwendungsersatz zu berücksichtigen. Die von einem Beteiligten zu tragenden Aufwendungen sind durch das Kriterium „zweckentsprechend“ begrenzt, siehe bereits § 182 Absatz 4 Satz 1 und § 78 GWB.

Zu § 183 (Korrekturmechanismus der Kommission)

§ 183 entspricht weitestgehend dem bisherigen § 129 GWB. Im Hinblick auf Artikel 3 Absatz 5 der Richtlinie 89/665/EWG, Artikel 8 Absatz 5 der Richtlinie 92/13/EWG, jeweils in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG erfolgte eine Anpassung in Absatz 3 mit der Maßgabe, dass sich die Informationspflicht des Auftraggebers auf den Ausgang des Verfahrens insgesamt bezieht, das heißt, den Ausgang des Nachprüfungsverfahrens oder den Ausgang des Vergabeverfahrens nach Aussetzung aus sonstigen Gründen.

Zu § 184 (Unterrichtungspflichten der Nachprüfungsinstanzen)

§ 184 entspricht dem bisherigen § 129a.

Zu Nummer 3

Die Änderungen der Überschrift des Fünften Teils sowie des § 185 stellen klar, dass im Teil 5 des GWB der Anwendungsbereich der Vorschriften des Ersten bis Dritten Teils des GWB geregelt ist.

Bereits derzeit gilt der bisherige § 130 GWB (§ 185 n.F.) für die Vorschriften des Ersten bis Dritten Teils des GWB und bildet als Teil 5 des GWB die Klammer für den Anwendungsbereich dieser Teile des GWB. Aufgrund der Einfügung einer Vielzahl an neuen Paragraphen in Teil 4 des GWB durch die Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien (Richtlinie 2014/23/EU, Richtlinie 2014/24/EU und Richtlinie 2014/25/EU) ist die explizite Klarstellung, dass der Teil 5 mit dem § 185 für die Vorschriften des Ersten bis Dritten Teils des GWB gilt, angebracht.

Zu Nummer 4

Teil 6 und der darin enthaltene § 186 regelt den Übergang für zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bereits begonnene Vergabe- oder Nachprüfungsverfahren und greift in seinem Regelungsgehalt den bislang geltenden Teil 6 mit dem bisherigen § 131 GWB auf. Dabei entspricht § 186 Absatz 1 wortgleich dem bisherigen § 131 Absatz 1 GWB. §°186 Absatz 2 schafft eine eindeutige Regelung zu der Frage, nach welchem Recht vor Inkrafttreten des Gesetzes begonnene Vergabeverfahren und Nachprüfungsverfahren zu Ende zu führen sind. Ein Vergabeverfahren ist im Sinne dieser Übergangsregelung auch begonnen, wenn eine Aufforderung zum Teilnahmewettbewerb oder zur Angebotsabgabe ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb erfolgt ist.

Zu Nummer 5

Die bisherige Anlage zum GWB enthielt die Beschreibung der sog. Sektorentätigkeiten (Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversordnung). Die Beschreibung der Sektorentätigkeiten ist nunmehr in § 102 aufgegangen, so dass die Anlage ersatzlos entfallen kann.

Zu Artikel 2 (Folgeänderungen)

Bei den in Artikel 2 vorgenommenen Änderungen handelt es sich um Folgeänderungen, die durch die Änderungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) aufgrund Artikel 1 erforderlich werden. Sie bewirken keine inhaltlichen Änderungen.

Zu Absatz 1

Bei der in § 98c Absatz 1 des Aufenthaltsgesetzes vorgenommenen Änderung handelt es sich um eine Anpassung an die neue Systematik der öffentlichen Auftraggeber. Die Beschreibung der öffentlichen Auftraggeber nach dem bisherigen § 98 Nummer 1 bis 3 und 5 GWB ist wortgleich im neu gefassten § 99 GWB enthalten.

Zu Absatz 2

Die Aufhebung des § 207 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) betrifft die Übertragung von anhängigen Streitigkeiten von der Sozialgerichtsbarkeit auf die für das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren zuständigen Vergabekammern und Oberlandesgerichte zum Stichtag 28. Dezember 2010. § 207 Satz 4 SGG regelte den Neubeginn der Frist nach dem bisherigen § 121 Absatz 3 GWB – nun § 176 Absatz 3. Da aufgrund der Stichtagsregelung kein Fall mehr vorliegen dürfte, der unter § 207 SGG fällt, wird im Sinne einer Gesetzesverschlankung der nun überflüssige Verweis auf das GWB im Ganzen aufgehoben. Eine sachliche Änderung ist damit nicht verbunden.

Zu Absatz 3

Bei den im Gerichtskostengesetz (GKG) vorgenommenen Änderungen handelt es sich um eine redaktionelle Anpassung an die neue Nummerierung der Vorschriften über die Nachprüfungsverfahren in Kapitel 2 des Teil 4 des GWB.

Zu Nummer 1

Die in § 50 Absatz 2 GKG vorgenommen Änderungen betreffen Verweise auf die bisherigen §§ 115, 116, 118 und 121 GWB, die nun in §§ 169, 171, 173, bzw. 176 GWB enthalten sind.

Zu Nummer 2

Die in der Anlage 1 zum GKG (Kostenverzeichnis) vorgenommenen Änderungen der Verweise entsprechen den Änderungen der Verweise nach Nummer 1.

Zu Buchstabe a

Die im Kostenverzeichnis GKG, Teil 1, Hauptabschnitt 2, Abschnitt 2, Vorbemerkung 1.2.2 über die Vergütung im Nachprüfungsverfahren, vorgenommene Änderung betrifft den Verweis auf den bisherigen § 116 GWB, der nun in § 171 GWB enthalten ist.

Zu Buchstabe b

Die in Nummer 1630 des Kostenverzeichnisses GKG über Vergütungen im Nachprüfungsverfahren vorgenommenen Änderungen betreffen Verweise auf die bisherigen §§ 115, 118 und 121 GWB, die nun in §§ 169, 173 und 176 GWB enthalten sind.

Zu Absatz 4

Die in der Anlage 1 zum Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (Vergütungsverzeichnis) über Vergütungen im Nachprüfungsverfahren vorgenommenen Änderungen betreffen Verweise

auf die bisherigen §§ 115, 118 und 121 GWB, die nun in §§ 169, 173 und 176 GWB enthalten sind.

Zu Absatz 5

Die in § 271a Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches zu Vereinbarungen über Zahlungs-, Überprüfungs- oder Abnahmefristen vorgenommene Änderung betrifft einen Verweis auf die öffentlichen Auftraggeber nach dem bisherigen § 98 Nummer 1 bis 3 GWB, die nun in § 99 Nummer 1 bis 3 GWB enthalten sind.

Zu Absatz 6

Die in § 3 Absatz 2 Nummer 1 Unterlassungsklagegesetz über anspruchsberechtige Stellen vorgenommene Änderung betrifft einen Verweis auf die öffentlichen Auftraggeber nach dem bisherigen § 98 Nummer 1 bis 3 GWB, die nun in § 99 Nummer 1 bis 3 GWB enthalten sind.

Zu Absatz 7

Die in § 150a Absatz 1 Satz 2 Gewerbeordnung über Auskunftsberechtigte vorgenommene Änderung betrifft einen Verweis auf die öffentlichen Auftraggeber nach dem bisherigen § 98 Nummer 1 bis 3 GWB, die nun in § 99 Nummer 1 bis 3 GWB enthalten sind.

Zu Absatz 8

Die in § 9 Absatz 2 Satz 2 Nummer 14 des Gesetzes über Energiedienstleistungen und andere Energieeffizienzmaßnahmen (EDL-G) über die Aufgaben der Bundesstelle für Energieeffizienz enthaltene Änderung betrifft einen Verweis auf die öffentlichen Auftraggeber. Die öffentlichen Auftraggeber nach dem bisherigen § 98 Nummer 1 bis 3 GWB sind nun wortgleich in § 99 Nummer 1 bis 3 GWB zu finden. Die Sektorenauftraggeber nach dem bisherigen § 98 Nummer 4 GWB sowie öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nummer 1 bis 3, die eine Sektorentätigkeit ausüben, sind nun in § 100 GWB zu finden

Zu Absatz 9

Die in § 26 Absatz 1 Satz 2 des Gesetzes über die Bevorratung mit Erdöl und Erdölerzeugnissen enthaltene Verweisung auf den Vierten Teil des GWB wird an die neue Bezeichnung als Teil 4 des GWB angepasst.

Zu Absatz 10

Zu Nummer 1

Die in § 19 Absatz 1 Mindestlohngesetz (MiLoG) über den Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge vorgenommene Änderung betrifft einen Verweis auf die Auftraggeber nach dem bisherigen § 98 GWB, die nun in § 99 GWB und § 100 GWB enthalten sind.

Zu Nummer 2

Die in § 19 Absatz 2 MiLoG über die Auskunft über Bußgelder nach § 21 MiLoG vorgenommene Änderung betrifft einen Verweis auf die öffentlichen Auftraggeber nach dem bisherigen § 98 Nummer 1 bis 3 und 5 GWB, die nun wortgleich in § 99 GWB enthalten sind.

Zu Absatz 11

Zu Nummer 1

Die in § 21 Absatz 1 AEntG über den Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge vorgenommene Änderung betrifft einen Verweis auf die Auftraggeber nach dem bisherigen § 98 GWB, die nun in § 99 GWB und § 100 GWB enthalten sind.

Zu Nummer 2

Die in § 21 Absatz 2 AEntG über die Auskunft über Bußgelder nach § 23 AentG vorgenommene Änderung betrifft einen Verweis auf die öffentlichen Auftraggeber nach dem bisherigen § 98 Nummer 1 bis 3 und 5 GWB, die nun in § 99 GWB enthalten sind.

Zu Absatz 12

Zu Nummer 1

Die in § 69 Absatz 2 Satz 4 des Sozialgesetzbuches Fünftes Buch (SGB V) enthaltene Verweisung auf den Vierten Teil des GWB wird an die neue Bezeichnung als Teil 4 des GWB angepasst.

Zu Nummer 2

Der bisherige § 130a Absatz 8 Satz 8 SGB V enthielt eine Übergangsvorschrift für Verträge zwischen Krankenkassen oder ihren Verbänden mit pharmazeutischen Unternehmern über Rabatte für die zu ihren Lasten abgegebenen Arzneimittel. Waren diese Verträge entgegen den Vorschriften des Vierten Teils des GWB geschlossen worden, wurden sie gemäß § 130a Absatz 8 Satz 8 SGB zum Ablauf des 30. April 2013 unwirksam. Durch Verstreichen dieses Stichtags hat sich der Anwendungsbereich der Unwirksamkeitsregelung erledigt. Im Sinne einer Gesetzesverschlankung wird der Satz aufgehoben. Eine sachliche Änderung ist damit nicht verbunden.

Zu Nummer 3

Die in § 291b Absatz 1b Satz 3 SGB V enthaltene Verweisung auf den Vierten Teil des GWB wird an die neue Bezeichnung als Teil 4 des GWB angepasst. Zudem wird die Verweisung auf den Ersten Abschnitt der VOL/A an die aktuelle Bezeichnung als Erstem Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A angepasst.

Zu Nummer 4

Die in § 291b Absatz 1b Satz 4 SGB V enthaltene Verweisung auf den Ersten Abschnitt der VOL/A wird an die aktuelle Bezeichnung als Erstem Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A angepasst.

Zu Absatz 13

Die in § 5a Abs. 2 Satz 2 TestV enthaltene Verweisung auf den Vierten Teil des GWB wird an die neue Bezeichnung als Teil 4 des GWB angepasst.

Zu Absatz 14

Zu Nummer 1

Zu Buchstabe a

§ 8a Absatz 2 Satz 1 Personenbeförderungsgesetz (PBefG) betrifft die Anwendbarkeit des Teils 4 des GWB auf öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 für den Verkehr mit Straßenbahnen, Omnibussen oder mit Kraftfahrzeugen. Wenn diese zugleich öffentliche Aufträge im Sinne des Teils 4 des GWB sind, ist dieser anzuwenden. Die öffentlichen Aufträge sind statt im bisherigen § 99 GWB nun in § 103 GWB geregelt. Dienstleistungskonzessionen nach § 104 Absatz 1 Nummer 2 GWB sind entsprechend Artikel 5 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nicht in § 8a Absatz 2 Satz 1 PBefG einzubeziehen.

Zu Buchstabe b

Die in § 8a Absatz 7 Satz 1 PBefG über die Anwendung des Nachprüfungsverfahrens auf öffentliche Dienstleistungsaufträge nach Artikel 5 Absatz 2 bis 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 enthaltene Änderung betrifft die Verweisung auf das Nachprüfungsverfahren im bisherigen Zweiten und Dritten Abschnitt des Vierten Teils des GWB, der nun – mit geringen Änderungen (vgl. oben Begründung in Artikel 1 Nummer 2) – in Kapitel 2 des Teils 4 des GWB enthalten ist.

Zu Nummer 2

Die in § 8b Absatz 7 Satz 2 PBefG über die entsprechende Anwendung der bisherigen §§ 101a und 101b GWB betreffend die Informations- und Wartepflicht und die Unwirksamkeit enthaltene Verweisung ist auf die entsprechenden §§ 134 und 135 GWB zu ändern.

Zu Artikel 3 (Inkrafttreten)

Artikel 3 regelt das Inkrafttreten der Änderungen im GWB sowie der Folgeänderungen zum 18. April 2016.