



# WALDHEIM · WILBERT · RAUCH

RECHTSANWÄLTE und NOTAR

RA JÜRGEN WALDHEIM · Sächsische Straße 70 · 10707 Berlin

## Mandanteninformation zum Vergaberecht

**JÜRGEN WALDHEIM**  
Rechtsanwalt\*  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

**WULF WILBERT**  
Rechtsanwalt\* und Notar

**BURKHARD RAUCH**  
Rechtsanwalt\*

**UTE SCHAUERTE**  
Rechtsanwältin\*\*

**ROBERT BUSSENIUS**  
Rechtsanwalt

\* zugelassen am Kammergericht  
\*\* Büro Potsdam, zugelassen am  
Brandenburgischen Oberlandesgericht

Büro Berlin:  
Sächsische Straße 70  
10707 Berlin

Telefon: 030 / 859 089 - 0  
Telefax: 030 / 859 089 - 22  
e-mail: RAWaldheim@t-online.de  
www.rechtsberater-berlin.de  
www.legal-counsel.info

St-Nr: 24/577/62272

Büro Potsdam:  
Heinrich-von-Kleist-Straße 6  
14482 Potsdam-Babelsberg

In Kooperation mit:

**ECKARDT BEIL**  
Wirtschaftsprüfer

**HEIKO BAUMGART**  
**JENS KÖPPEN**  
Steuerberater

Heinrich-von-Kleist-Straße 6  
14482 Potsdam-Babelsberg

**Unser Zeichen:**  
/wa \STANDARD\VERGABERECHT 4-05  
Berlin, 14.04.2005

## **Avisierte Änderungen des Vergaberechts** Neuer Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Vergaberechts

Sehr geehrte Damen und Herren,

Bezug nehmend auf unsere Mandanteninformation 12/04 bis 01/05 teilen wir Ihnen mit, dass nunmehr weitere Entwürfe zur Neuregelung des Vergaberechts durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit veröffentlicht wurden.

### 1. Neuregelung zu inhouse-Vergaben:

Der neue Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Vergaberechts vom 29. März 2005 und des neuen Entwurfs einer Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung/VGV) vom 18. März 2005 berücksich-



tigen insbesondere die neueste Rechtsprechung des EuGH sowie beim Bundesministerium eingegangene Stellungnahmen und Änderungsvorschläge.

**Dementsprechend wird insbesondere die Entscheidung des EuGH vom 11. Januar 2005 in der Rechtssache C-26/03 zu den sog. inhouse-Vergaben und sog. defacto-Vergaben Einfluss in die neuen Entwürfe zur Änderung des Vergaberechts finden.**

Noch im ersten Arbeitsentwurf des Bundesministeriums vom 8. Oktober 2004 sollte ein öffentlicher Auftrag vorliegen, "wenn ein öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 GWB Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen durch eine durch ihn oder gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 GWB beherrschte Einrichtung erbringen lässt, sofern diese Einrichtung ihrer Tätigkeit zu mind. 80 % des Umsatzes für den oder die beherrschenden öffentlichen Auftraggeber verrichtet (Eigenleistung)" (vgl. § 99 Abs. 1 des Arbeitsentwurfes vom 8. Oktober 2004).

Die nunmehr vorgeschlagene Änderung des § 99 Abs. 1 GWB sieht indes vor, dass nur dann kein öffentlicher Auftrag vorliegt, wenn **"ein öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 GWB Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen durch einen anderen öffentlichen Auftraggeber erbringen lässt, sofern dieser Auftraggeber im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber oder überhaupt nicht am Markt für die einzukaufende Leistung tätig ist und an ihm Private nicht beteiligt sind."**

Sofern die nunmehr vorgeschlagene Änderung tatsächlich in Gesetzeskraft erwächst, wäre damit der Anwendungsbereich für sog. inhouse-Vergaben wesentlich eingeschränkt. Da die angestrebte Neuregelung - wie bereits erwähnt - lediglich die neueste Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt, steht zu erwarten, dass sie auch tatsächlich umgesetzt wird.

## 2. Neuregelungen zu sog. defacto-Vergaben:

Auch die zunächst angestrebte Neuregelung zu den sog. defacto-Vergaben für solche Fälle, in denen der öffentliche Auftraggeber ohne Einhaltung jeglichen förmlichen Verfahrens Aufträge vergibt, sah eine unmittelbare Nichtigkeit des so erteilten Auftrages vor. Allerdings sollte hier letztlich eine Wirksamkeit des Vertrages fingiert werden, wenn diese Nichtigkeit nicht innerhalb bestimmter Fristen durch Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens geltend gemacht wird. Der neue Entwurf zur Änderung des Vergaberechts vom 29. März 2005 sieht nunmehr vor, dass ein so vergebener Auftrag nur noch schwebend unwirksam ist. Die nunmehr angestrebte Neuregelung stellt letztlich keine grundlegende Änderung

zum bisherigen Arbeitsentwurf vom 8. Oktober 2004 dar, sondern letztlich nur eine rechtsdogmatische Korrektur. Die schwebende Unwirksamkeit tritt indes auch ein, wenn die sog. Vorabinformationspflicht (ursprünglich § 13 VGV, nunmehr § 101 a GWB) verletzt wird. In dem nunmehr vorgeschlagenen Entwurf zur Änderung des Vergaberechts werden indes dem öffentlichen Auftraggeber Möglichkeiten beiseite gestellt, die Fristen für die Durchführung des sog. Vorabinformationsverfahrens in Eilfällen zu verkürzen.

**Von besonderer Bedeutung ist aber vielmehr**, dass nunmehr angedacht ist, die Möglichkeit zu eröffnen, einem öffentlichen Auftraggeber ein Bußgeld für den Fall aufzuerlegen, dass er entgegen seiner Verpflichtungen kein förmliches Vergabeverfahren durchgeführt, sondern den Auftrag direkt an ein Unternehmen erteilt (vgl. § 129 c des Änderungsentwurfs vom 29. März 2005). Die Verhängung von Bußgeldern soll insoweit den Vergabekammern obliegen und sich an den Bußgeldvorschriften der §§ 81 ff. GWB orientieren. **Diese angedachte Änderung des Vergaberechts stellt eine für den öffentlichen Auftraggeber wesentliche Verschärfung des Vergaberechts dar, da erstmals ein etwaiges Fehlverhalten sanktionswert wird.**

### 3. Vollstreckung von Entscheidungen der Vergabekammern:

Auf entsprechende Anregungen ist in dem nunmehr vorliegenden Entwurf zur Änderung des Vergaberechts mit aufgenommen worden, dass den Vergabekammern geeignete Zwangsmittel zur Verfügung gestellt werden sollen (vgl. § 114 Abs. 3 GWB). In der bisherigen Gesetzeslage standen den jeweiligen Vergabekammern für die Durchsetzung ihrer Entscheidungen lediglich die allgemeinen Verwaltungsvollstreckungsgesetze des Bundes bzw. der Länder zur Verfügung. Da in diesen Verwaltungsvollstreckungsgesetzen zum Teil nur sehr niedrige Zwangsgelder festgesetzt werden konnten, blieben in der Vergangenheit verschiedentlich Anordnungen der Vergabekammern durch öffentliche Auftraggeber unberücksichtigt (vgl. 1. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 17. November 2004, AZ VK 1-83/02). Die nunmehr vorgesehenen Zwangsgelder der §§ 81 ff. GWB sollen nach der 7. GWB-Novelle eine Spanne von 1.000 bis 10 Mio. Euro zulassen. Der Gesetzgeber verspricht sich hiervon offensichtlich, dass öffentliche Auftraggeber in Anbetracht einer solchen Rechtslage den Anordnungen der Vergabekammern Folge leisten werden. Daneben enthält der neue Entwurf zur Änderung des Vergaberechts weitere wesentliche Neuerungen im Gegensatz zum ursprünglichen Arbeitsentwurf vom 8. Oktober 2004. So sind nunmehr die Einrichtungen eines zentralen Korruptionsregisters und die Führung bzw. Speicherung der Daten und der Rechtsschutz der jeweiligen Bieter ausführlich geregelt.

Zu den weiteren Einzelheiten zu den nunmehr vorgeschlagenen Änderungen des Vergaberechts verweisen wir auf die Homepage des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit (<http://www.bmwa.bund.de/Navigation/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/Oeffentliche-Auftraege/Vergaberecht-Vorschriften,did=43140.html>).

Anregungen und Stellungnahmen können zu diesem Entwurf nunmehr bis spätestens 15. April 2005 an das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit gesandt werden. Eine Anhörung der Verbände beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit ist indes für den 19.04.2005 terminiert. Der Kabinettsbeschluss zu dem Referentenentwurf ist für den 11.05.2005 vorgesehen.

Sofern Sie zu den avisierten Änderungen des Vergaberechts eine Rücksprache mit uns wünschen, stehen wir für diese selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Waldheim  
-Rechtsanwalt-

