



Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – Teil 4

in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz - VergModG) vom 17. Februar 2015, BGBl I vom 23.02.2016, S. 203

– *nicht-amtliche Veröffentlichung* –

Inkrafttreten: 18.04.2016

Inhaltsübersicht:

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 Sektorauftraggeber
- § 101 Konzessionsgeber
- § 102 Sektorentätigkeiten
- § 103 Öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen und Wettbewerbe
- § 104 Verteidigungs- oder sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge
- § 105 Konzessionen
- § 106 Schwellenwerte
- § 107 Allgemeine Ausnahmen
- § 108 Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit
- § 109 Ausnahmen für Vergaben auf der Grundlage internationaler Verfahrensregeln
- § 110 Vergabe von öffentlichen Aufträgen 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 Pflicht zur Übermittlung von Vergabedaten

Abschnitt 2

Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber

Unterabschnitt 1

Anwendungsbereich

- § 115 Anwendungsbereich
- § 116 Besondere Ausnahmen
- § 117 Besondere Ausnahmen für Vergaben, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfassen

§ 118 Bestimmten Auftragnehmern vorbehalten öffentliche Aufträge

Unterabschnitt 2

Vergabeverfahren und Auftragsausführung

§ 119 Verfahrensarten

§ 120 Besondere Methoden und Instrumente in Vergabeverfahren

§ 121 Leistungsbeschreibung

§ 122 Eignung

§ 123 Zwingende Ausschlussgründe

§ 124 Fakultative Ausschlussgründe

§ 125 Selbstreinigung

§ 126 Zulässiger Zeitraum für Ausschlüsse

§ 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 in besonderen Fällen

§ 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 Vergabe 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- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen

§ 144 Anwendungsbereich

§ 145 Besondere Ausnahmen für die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen

§ 146 Verfahrensarten

§ 147 Sonstige anwendbare Vorschriften

Unterabschnitt 3

Vergabe von Konzessionen

§ 148 Anwendungsbereich

§ 149 Besondere Ausnahmen

§ 150 Besondere Ausnahmen für die Vergabe von Konzessionen in den Bereichen 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, Inhalt
- § 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, Inhalt
- § 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 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 dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet.

(3) Bei der Vergabe werden Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte 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 beauftragt, verpflichtet der öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber 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 nach Maßgabe der aufgrund des § 113 erlassenen Verordnungen.

(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 Konzessionsgeber 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;

dasselbe gilt, 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 Fällen, 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 Wettbewerbe von Stellen, die unter die Nummern 1, 2 oder 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 Verfah-

rens nach den Vorschriften dieses Teils oder aufgrund eines sonstigen Verfahrens gewährt wurden, 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 Stimmrechte verfügt oder
3. mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann.

§ 101

Konzessionsgeber

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

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

§ 102

Sektorentätigkeiten

(1) Sektorentätigkeiten im Bereich Wasser sind

1. die Bereitstellung oder das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, der Fortleitung und der Abgabe von Trinkwasser,
2. die Einspeisung von Trinkwasser in diese Netze.

Als Sektorentätigkeiten gelten auch Tätigkeiten nach Satz 1, die im Zusammenhang mit Wasserbau-, Bewässerungs- oder Entwässerungsvorhaben stehen, sofern die zur Trinkwasserversorgung bestimmte Wassermenge mehr als 20 Prozent der Gesamtwassermenge ausmacht, die mit den entsprechenden Vorhaben oder Bewässerungs- oder Entwässerungsanlagen zur Verfügung gestellt wird oder die im Zusammenhang mit der Abwasserbeseitigung oder -behandlung steht. Die Einspeisung von Trinkwasser in feste Netze zur Versorgung der Allgemeinheit durch einen Sektorenauftraggeber nach § 100 Absatz 1 Nummer 2 gilt nicht als Sektorentätigkeit, sofern die Erzeugung von Trinkwasser durch den betreffenden Auftraggeber erfolgt, weil dessen Verbrauch für die Ausübung einer Tätigkeit erforderlich ist, die keine Sektorentätigkeit nach den Absätzen 1 bis 4 ist, und die Einspeisung in das öffentliche Netz nur von dem Eigenverbrauch des betreffenden Auftraggebers abhängt und bei Zugrundelegung des Durchschnitts der letzten

drei Jahre einschließlich des laufenden Jahres nicht mehr als 30 Prozent der gesamten Trinkwassererzeugung des betreffenden Auftraggebers ausmacht.

(2) Sektorentätigkeiten im Bereich Elektrizität sind

1. die Bereitstellung oder das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Erzeugung, der Fortleitung und der Abgabe von Elektrizität,
2. die Einspeisung von Elektrizität in diese Netze, es sei denn,
 - a) die Elektrizität wird durch den Sektorenauftraggeber nach § 100 Absatz 1 Nummer 2 erzeugt, weil ihr Verbrauch für die Ausübung einer Tätigkeit erforderlich ist, die keine Sektorentätigkeit nach den Absätzen 1 bis 4 ist, und
 - b) 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 des Sektorenauftraggebers aus.

(3) Sektorentätigkeiten im Bereich von Gas und Wärme sind

1. die Bereitstellung oder das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Erzeugung, der Fortleitung und der Abgabe von Gas und Wärme,
2. die Einspeisung von Gas und Wärme in diese Netze, es sei denn,
 - a) die Erzeugung von Gas oder Wärme durch den Sektorenauftraggeber nach § 100 Absatz 1 Nummer 2 ergibt sich zwangsläufig aus der Ausübung einer Tätigkeit, die keine Sektorentätigkeit nach den Absätzen 1 bis 4 ist, und
 - b) 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) Sektorentätigkeiten im Bereich Verkehrsleistungen sind 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) Sektorentätigkeiten im Bereich Häfen und Flughäfen sind Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Nutzung eines geografisch abgegrenzten Gebiets mit dem Zweck, für Luft-, See- oder Binnenschiffverkehrsunternehmen Flughäfen, See- oder Binnenhäfen oder andere Terminaleinrichtungen bereitzustellen.

(6) Sektorentätigkeiten im Bereich fossiler Brennstoffe sind Tätigkeiten zur Nutzung eines geografisch abgegrenzten Gebiets zum Zweck

1. der Förderung von Öl oder Gas oder
2. der Exploration oder Förderung von Kohle oder anderen festen Brennstoffen.

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

1. von Bauleistungen im Zusammenhang mit einer der Tätigkeiten, die 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) genannt sind, oder
2. 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 Absatz 2 und 3 fallen.

(5) Rahmenvereinbarungen sind Vereinbarungen zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern 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 sind Auslobungsverfahren, die dem Auftraggeber aufgrund vergleichender Beurteilung durch ein Preisgericht mit oder ohne Verteilung von Preisen zu einem Plan oder einer Planung verhelfen sollen.

§ 104

Verteidigungs- oder sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge

(1) Verteidigungs- oder 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 Verschlussauftrags 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 Verschlussauftrags 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 Verschlussauftrag im Sinne dieser Vorschrift ist ein Auftrag im speziellen Bereich der nicht-militärischen Sicherheit, der ähnliche Merkmale aufweist und ebenso schutzbedürftig ist wie ein Auftrag über die Lieferung von Militärausrüstung im Sinne des Absatzes 1 Nummer 1 oder wie Bau- und Dienstleistungen speziell für militärische Zwecke im Sinne des Absatzes 1 Nummer 4, und

1. bei dessen Erfüllung oder Erbringung Verschlussaufträge 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 Verschlussauftrag im Sinne der Nummer 1 erfordert oder beinhaltet.

§ 105

Konzessionen

(1) Konzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber 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; oder
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) In Abgrenzung zur Vergabe öffentlicher Aufträge geht bei der Vergabe einer Bau- oder Dienstleistungskonzession das Betriebsrisiko für die Nutzung des Bauwerks oder für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer über. Dies ist der Fall, 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.

Das Betriebsrisiko kann ein Nachfrage- oder Angebotsrisiko sein.

§ 106

Schwellenwerte

(1) Dieser Teil gilt für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen sowie die Ausrichtung von Wettbewerben, deren geschätzter Auftrags- oder Vertragswert ohne Umsatzsteuer die jeweils festgelegten Schwellenwerte erreicht oder überschreitet. § 114 Absatz 2 bleibt unberührt.

(2) Der jeweilige Schwellenwert ergibt sich

1. für öffentliche Aufträge und Wettbewerbe, 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 und Wettbewerbe, 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- oder 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,
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 ist nicht anzuwenden auf die 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 des Common Procurement Vocabulary 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 fallen; gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen im Sinne dieser Nummer sind die Hilfsorganisationen, die nach Bundes- oder Landesrecht als Zivil- und Katastrophenschutzorganisationen anerkannt sind.

(2) Dieser Teil ist ferner nicht auf öffentliche Aufträge und Konzessionen anzuwenden,

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 ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von 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 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 juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

(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 auf gleiche Weise kontrolliert wird.

(3) Absatz 1 gilt auch für die Vergabe öffentlicher 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 ist nicht anzuwenden auf die 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 Absatzes 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 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 besteht, wenn

1. sich die beschlussfassenden Organe der 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 juristischen Person ausüben können und
3. die juristische Person keine Interessen verfolgt, die den Interessen der öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen.

(6) Dieser Teil ist ferner nicht anzuwenden auf Verträge, 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 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 über den Umsatz oder einen geeigneten alternativen tätigkeitsgestützten Wert wie zum Beispiel Kosten vor oder sind sie nicht aussagekräftig, genügt es, wenn der tätigkeitsgestützte Wert insbesondere durch Prognosen über die Geschäftsentwicklung glaubhaft gemacht wird.

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

§ 109

Ausnahmen für Vergaben auf der Grundlage internationaler Verfahrensregeln

(1) Dieser Teil ist nicht anzuwenden, wenn öffentliche Aufträge, Wettbewerbe oder Konzessionen

1. nach Vergabeverfahren zu vergeben oder durchzuführen sind, die festgelegt werden durch
 - a) ein Rechtsinstrument, das völkerrechtliche Verpflichtungen begründet, wie eine im Einklang mit den EU-Verträgen geschlossene internationale Übereinkunft oder Vereinbarung zwischen der Bundesrepublik Deutschland und einem oder mehreren Staaten, 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 sind; 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- oder sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge ist § 145 Nummer 7 und für Konzessionen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit ist § 150 Nummer 7 anzuwenden.

§ 110

Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen,
die verschiedene Leistungen zum Gegenstand haben

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

(2) Der Hauptgegenstand öffentlicher Aufträge und Konzessionen, die

1. teilweise aus Dienstleistungen, die den Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne des § 130 oder Konzessionen über soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne des § 153 unterfallen, und teilweise aus anderen Dienstleistungen bestehen oder
2. teilweise aus Lieferleistungen und teilweise aus Dienstleistungen bestehen,

wird danach bestimmt, welcher geschätzte Wert der jeweiligen Liefer- oder Dienstleistungen 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, so dürfen getrennte Aufträge für jeden Teil oder darf ein Gesamtauftrag vergeben werden.

(2) Werden getrennte Aufträge vergeben, so wird jeder einzelne Auftrag nach den Vorschriften vergeben, die auf seine Merkmale anzuwenden sind.

(3) Wird ein Gesamtauftrag vergeben,

1. kann der Auftrag ohne Anwendung dieses Teils vergeben werden, wenn ein Teil des Auftrags die Voraussetzungen des § 107 Absatz 2 Nummer 1 oder 2 erfüllt und die Vergabe eines Gesamtauftrags aus objektiven Gründen gerechtfertigt ist,
2. kann der Auftrag nach den Vorschriften über die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Aufträgen vergeben werden, wenn ein Teil des Auftrags diesen Vorschriften unterliegt und die Vergabe eines Gesamtauftrags aus objektiven Gründen gerechtfertigt ist,

3. sind die Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber anzuwenden, wenn ein Teil des Auftrags diesen Vorschriften unterliegt und der Wert dieses Teils den geltenden Schwellenwert erreicht oder überschreitet; dies gilt auch dann, wenn der andere Teil des Auftrags den Vorschriften über die Vergabe von Konzessionen unterliegt,
4. sind die Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber anzuwenden, wenn ein Teil des Auftrags den Vorschriften zur Vergabe von Konzessionen und ein anderer Teil des Auftrags den Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber unterliegt und wenn der Wert dieses Teils den geltenden Schwellenwert erreicht oder überschreitet,
5. sind die Vorschriften dieses Teils anzuwenden, wenn ein Teil des Auftrags den Vorschriften dieses Teils und ein anderer Teil des Auftrags sonstigen Vorschriften außerhalb dieses Teils unterliegt; dies gilt ungeachtet des Wertes des Teils, der sonstigen Vorschriften außerhalb dieses Teils unterliegen würde und ungeachtet ihrer rechtlichen Regelung.

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

1. wird der Auftrag nach den Vorschriften vergeben, denen der Hauptgegenstand des Auftrags zuzuordnen ist; enthält der Auftrag Elemente einer Dienstleistungskonzession und eines Lieferauftrags, wird der Hauptgegenstand danach bestimmt, welcher geschätzte Wert der jeweiligen Dienst- oder Lieferleistungen höher ist,
2. kann der Auftrag ohne Anwendung der Vorschriften dieses Teils oder gemäß den Vorschriften über die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen vergeben werden, wenn der Auftrag Elemente enthält, auf die § 107 Absatz 2 Nummer 1 oder 2 anzuwenden ist.

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

(6) Auf die Vergabe von Konzessionen ist Absatz 1 und 2, Absatz 3 Nummer 1 und 2 sowie Absatz 4 und 5 entsprechend anzuwenden.

§ 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, dürfen getrennte Aufträge für die Zwecke jeder einzelnen Tätigkeit oder darf ein Gesamtauftrag vergeben werden.

(2) Werden getrennte Aufträge vergeben, so wird jeder einzelne Auftrag nach den Vorschriften vergeben, die auf seine Merkmale anzuwenden sind.

(3) Wird ein Gesamtauftrag vergeben, unterliegt dieser Auftrag den Bestimmungen, die für die Tätigkeit gelten, für die der Auftrag hauptsächlich bestimmt ist. Ist der Auftrag sowohl für eine Sektorentätigkeit im Sinne des § 102 als auch für eine Tätigkeit bestimmt, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfasst, ist § 111 Absatz 3 Nummer 1 und 2 entsprechend anzuwenden.

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

(5) Ist es objektiv unmöglich, festzustellen, für welche Tätigkeit der Auftrag hauptsächlich bestimmt ist, unterliegt die Vergabe

1. den Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber, wenn eine der Tätigkeiten, für die der Auftrag bestimmt ist, unter diese Vorschriften fällt,
2. den Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber, wenn der Auftrag sowohl für eine Sektorentätigkeit im Sinne des § 102 als auch für eine Tätigkeit bestimmt ist, die in den Anwendungsbereich der Vorschriften zur Vergabe von Konzessionen fallen würde,
3. den Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber, wenn der Auftrag sowohl für eine Sektorentätigkeit im Sinne des § 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.

(6) Umfasst eine Konzession mehrere Tätigkeiten, von denen eine Tätigkeit eine Sektorentätigkeit im Sinne des § 102 darstellt, sind die Absätze 1 bis 4 entsprechend anzuwenden. Ist es objektiv unmöglich, festzustellen, für welche Tätigkeit die Konzession hauptsächlich bestimmt ist, unterliegt die Vergabe

1. den Vorschriften zur Vergabe von Konzessionen durch Konzessionsgeber im Sinne des § 101 Absatz 1 Nummer 1, wenn eine der Tätigkeiten, für die die Konzession bestimmt ist, diesen Bestimmungen und die andere Tätigkeit den Bestimmungen für die Vergabe von Konzessionen durch Konzessionsgeber im Sinne des § 101 Absatz 1 Nummer 2 oder § 101 Absatz 1 Nummer 3 unterliegt,
2. den Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber, wenn eine der Tätigkeiten, für die die Konzession bestimmt ist, unter diese Vorschriften fällt,
3. den Vorschriften 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 durch Sektorenauftraggeber noch den Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge durch öffentliche Auftraggeber unterliegt.

§ 113

Verordnungsermächtigung

¹Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnungen mit Zustimmung des Bundesrates die Einzelheiten zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen sowie zur Ausrichtung von Wettbewerben zu regeln. Diese Ermächtigung umfasst die Befugnis zur Regelung von Anforderungen an den Auftragsgegenstand und an das Vergabeverfahren, insbesondere zur Regelung

1. der Schätzung des Auftrags- oder Vertragswertes,
2. der Leistungsbeschreibung, der Bekanntmachung, der Verfahrensarten und des Ablaufs des Vergabeverfahrens, der Nebenangebote, der Vergabe von Unteraufträgen sowie der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen, die soziale und andere besondere Dienstleistungen betreffen,
3. der besonderen Methoden und Instrumente in Vergabeverfahren und für Sammelbeschaffungen einschließlich der zentralen Beschaffung,
4. des Sendens, Empfangens, Weiterleitens und Speicherns von Daten einschließlich der Regelungen zum Inkrafttreten der entsprechenden Verpflichtungen,

¹ §§ 113 und 114 Absatz 2 Satz 4 sind bereits am 18.04.2016 in Kraft getreten (Art. 3 Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 17.02.2016, BGBl. I S.203)

5. der Auswahl und Prüfung der Unternehmen und Angebote sowie des Abschlusses des Vertrags,
6. der Aufhebung des Vergabeverfahrens,
7. der verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Anforderungen im Hinblick auf den Geheimschutz, auf die allgemeinen Regelungen zur Wahrung der Vertraulichkeit, auf die Versorgungssicherheit sowie auf die besonderen Regelungen für die Vergabe von Unteraufträgen,
8. der Voraussetzungen, nach denen Sektorenauftraggeber, Konzessionsgeber oder Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz von der Verpflichtung zur Anwendung dieses Teils befreit werden können, sowie des dabei anzuwendenden Verfahrens einschließlich der erforderlichen Ermittlungsbefugnisse des Bundeskartellamtes und der Einzelheiten der Kostenerhebung; Vollstreckungserleichterungen dürfen vorgesehen werden.

Die Rechtsverordnungen sind dem Bundestag zuzuleiten. Die Zuleitung erfolgt vor der Zuleitung an den Bundesrat. Die Rechtsverordnungen können durch Beschluss des Bundestages geändert oder abgelehnt werden. Der Beschluss des Bundestages wird der Bundesregierung zugeleitet. Hat sich der Bundestag nach Ablauf von drei Sitzungswochen seit Eingang der Rechtsverordnungen nicht mit ihnen befasst, so werden die unveränderten Rechtsverordnungen dem Bundesrat zugeleitet.

§ 114

Monitoring und Pflicht zur Übermittlung von Vergabedaten

(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 bis zum 15. Februar 2017 und danach alle drei Jahre jeweils bis zum 15. Februar schriftlich Bericht.

(2) ²Auftraggeber im Sinne des § 98 übermitteln an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie Daten zu öffentlichen Aufträgen im Sinne des § 103 Absatz 1 und zu Konzessionen im Sinne des § 105 zur Gewinnung flächendeckender Daten im Vergabewesen. Die zu übermittelnden Daten umfassen für öffentliche Aufträge im Sinne des § 103 Absatz 1 und für Konzessionen im Sinne des § 105 oberhalb der jeweils geltenden Schwellenwerte maximal Daten, die in den Bekanntmachungen über vergebene öffentliche Aufträge und Konzessionen enthalten sind. Die zu übermittelnden Daten umfassen für öffentliche Aufträge durch öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 unterhalb der jeweils geltenden Schwellenwerte und oberhalb einer durch die Verordnung nach Satz 4 festzulegenden Bagatellgrenze Daten zur Art und zur Menge der Leistung sowie zum Wert des erfolgreichen Angebots. Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Einzelheiten der Datenübermittlung einschließlich des Umfangs der zu übermittelnden Daten und des Zeitpunkts des Inkrafttretens der entsprechenden Verpflichtungen zu regeln.

² §§ 113 und 114 Absatz 2 Satz 4 sind bereits am 18.04.2016 in Kraft getreten (Art. 3 Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 17.02.2016, BGBl. I S.203)

Abschnitt 2

Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber

Unterabschnitt 1

Anwendungsbereich

§ 115

Anwendungsbereich

Dieser Abschnitt ist anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und die Ausrichtung von Wettbewerben durch öffentliche Auftraggeber.

§ 116

Besondere Ausnahmen

(1) Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber, wenn diese Aufträge 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 vorzunehmen sind,
 - d) Tätigkeiten von gerichtlich bestellten Betreuern, Vormündern, Pflegern, Verfahrensbeiständen, Sachverständigen oder Verwaltern oder sonstige Rechtsdienstleistungen, deren Erbringer durch ein Gericht dafür bestellt oder durch Gesetz dazu bestimmt werden, um bestimmte Aufgaben unter der Aufsicht dieser Gerichte wahrzunehmen, oder
 - e) Tätigkeiten, die zumindest teilweise mit der Ausübung von hoheitlichen Befugnissen verbunden sind,
2. Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen, es sei denn es handelt sich um Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen, die unter die Referenznummern des Common Procurement Vocabulary 7300000-2 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. den Erwerb, die Entwicklung, die Produktion oder die Koproduktion von Sendematerial für audiovisuelle Mediendienste oder Hörfunkmediendienste, wenn diese Aufträge von Anbietern von audiovisuellen Mediendiensten oder Hörfunkmediendiensten vergeben werden, die Ausstrahlungszeit oder die Bereitstellung von Sendungen, wenn diese Aufträge 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. Dienstleistungen, die an einen öffentlichen Auftraggeber nach § 99 Nummer 1 bis 3 vergeben werden, der ein auf Gesetz oder Verordnung beruhendes ausschließliches Recht hat, die Leistungen zu erbringen.

(2) Dieser Teil ist ferner nicht auf öffentliche Aufträge und Wettbewerbe anzuwenden, die hauptsächlich den Zweck haben, dem öffentlichen Auftraggeber die Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze oder die Bereitstellung eines oder mehrerer elektronischer Kommunikationsdienste für die Öffentlichkeit zu ermöglichen.

§ 117

Besondere Ausnahmen für Vergaben, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfassen

Bei öffentlichen Aufträgen und Wettbewerben, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfassen, ohne verteidigungs- oder sicherheitsspezifische Aufträge zu sein, ist dieser Teil nicht anzuwenden,

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 gewährleistet werden können, zum Beispiel durch Anforderungen, die auf den Schutz der Vertraulichkeit der Informationen abzielen,
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 oder mehreren Staaten, 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 Unternehmen betrifft, die ihren Sitz in der Bundesrepublik Deutschland oder einem Staat haben, der nicht Vertragspartei des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum ist, oder
 - c) eine internationale Organisation oder
5. wenn der öffentliche Auftraggeber gemäß den Vergaberegeln einer internationalen Organisation oder internationalen Finanzierungseinrichtung einen öffentlichen Auftrag vergibt oder einen Wettbewerb ausrichtet und dieser öffentliche Auftrag oder Wettbewerb vollständig durch diese Organisation oder Einrichtung finanziert wird. Im Falle einer überwiegenden Kofinanzierung durch eine internationale Organisation oder eine internationale Finanzierungseinrichtung einigen sich die Parteien auf die anwendbaren Vergabeverfahren.

§ 118

Bestimmten Auftragnehmern vorbehalten öffentliche Aufträge

(1) Öffentliche Auftraggeber können das Recht zur Teilnahme an Vergabeverfahren Werkstätten für Menschen mit Behinderungen und Unternehmen vorbehalten, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen 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 diesen Werkstätten oder Unternehmen Beschäftigten Menschen mit Behinderungen 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 Verfahren und das nicht offene Verfahren, das stets einen Teilnahmewettbewerb erfordert, nach ihrer Wahl zur Verfügung. Die anderen Verfahrensarten stehen nur zur Verfügung, soweit dies aufgrund 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 nach objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien 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 Beschaffungssystem 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 Angebots. 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.

(4) Eine zentrale Beschaffungsstelle ist ein öffentlicher Auftraggeber, der für andere öffentliche Auftraggeber dauerhaft Liefer- und Dienstleistungen beschafft, öffentliche Aufträge vergibt oder Rahmenvereinbarungen abschließt (zentrale Beschaffungstätigkeit). Öffentliche Auftraggeber können Liefer- und Dienstleistungen von zentralen Beschaffungsstellen erwerben oder Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge mittels zentraler Beschaffungsstellen vergeben. Öffentliche Aufträge zur Ausübung zentraler Beschaffungstätigkeiten können an eine zentrale Beschaffungsstelle vergeben werden, ohne ein Vergabeverfahren nach den Vorschriften dieses Teils durchzuführen. Derartige Dienstleistungsaufträge können auch Beratungs- und Unterstützungsleistungen bei der Vorbereitung oder Durchführung von Vergabeverfahren umfassen. Die Teile 1 bis 3 bleiben unberührt.

§ 121

Leistungsbeschreibung

(1) In der Leistungsbeschreibung ist der Auftragsgegenstand so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, so dass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können. Die Leistungsbeschreibung enthält die Funktions- oder Leistungsanforderungen oder eine Beschreibung der zu lösenden Aufgabe, deren Kenntnis für die Erstellung des Angebots erforderlich ist, sowie die Umstände und Bedingungen der Leistungserbringung.

(2) Bei der Beschaffung von Leistungen, die zur Nutzung durch natürliche Personen vorgesehen sind, sind bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung außer in ordnungsgemäß begründeten Fällen die Zugänglichkeitskriterien für Menschen mit Behinderungen oder die Konzeption für alle Nutzer zu berücksichtigen.

(3) Die Leistungsbeschreibung ist 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 dürfen ausschließlich Folgendes betreffen:

1. Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung,
2. wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit,
3. technische und berufliche Leistungsfähigkeit.

(3) Der Nachweis der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen nach den §§ 123 und 124 kann ganz oder teilweise durch die Teilnahme an Präqualifizierungssystemen erbracht werden.

(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 eine Person, deren Verhalten nach Absatz 3 dem Unternehmen zuzurechnen ist, rechtskräftig verurteilt oder gegen das Unternehmen eine Geldbuße nach § 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten rechtskräftig festgesetzt worden ist wegen einer Straftat 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. § 89c des Strafgesetzbuchs (Terrorismusfinanzierung) 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 (Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern),
8. den §§ 333 und 334 des Strafgesetzbuchs (Vorteilsgewährung und Bestechung), jeweils auch in Verbindung mit § 335a des Strafgesetzbuchs (Ausländische und internationale Bedienstete),
9. Artikel 2 § 2 des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung (Bestechung ausländischer Abgeordneter im Zusammenhang mit internationalem Geschäftsverkehr) oder
10. den §§ 232 und 233 des Strafgesetzbuchs (Menschenhandel) oder § 233a des Strafgesetzbuchs (Förderung des Menschenhandels).

(2) Einer Verurteilung oder der Festsetzung einer Geldbuße im Sinne des Absatzes 1 stehen eine Verurteilung oder die Festsetzung einer Geldbuße nach den vergleichbaren Vorschriften anderer Staaten gleich.

(3) 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.

(4) Öffentliche Auftraggeber schließen ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren aus, wenn

1. das Unternehmen seinen Verpflichtungen zur Zahlung von Steuern, Abgaben oder 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 ist nicht anzuwenden, 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.

(5) Von einem Ausschluss nach Absatz 1 kann abgesehen werden, wenn dies aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses geboten ist. Von einem Ausschluss nach Absatz 4 Satz 1 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

(1) 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- oder 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 im Rahmen der beruflichen Tätigkeit nachweislich eine schwere Verfehlung begangen hat, durch die die Integrität des Unternehmens infrage gestellt wird; § 123 Absatz 3 ist entsprechend anzuwenden,
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 Rechtsfolge geführt hat,
8. das Unternehmen in Bezug auf Ausschlussgründe oder Eignungskriterien eine schwerwiegende Täuschung begangen oder Auskünfte zurückgehalten hat oder nicht in der Lage ist, die erforderlichen Nachweise zu übermitteln, oder
9. das Unternehmen
 - a) versucht hat, die Entscheidungsfindung des öffentlichen Auftraggebers in unzulässiger Weise zu beeinflussen,
 - b) versucht hat, vertrauliche Informationen zu erhalten, durch die es unzulässige Vorteile beim Vergabeverfahren erlangen könnte, oder
 - c) fahrlässig oder vorsätzlich irreführende Informationen übermittelt hat, die die Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers erheblich beeinflussen könnten, oder versucht hat, solche Informationen zu übermitteln.

(2) § 21 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, § 98c des Aufenthaltsgesetzes, § 19 des Mindestlohngesetzes und § 21 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes bleiben unberührt.

§ 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 4 Satz 2 bleibt unberührt.

(2) Öffentliche Auftraggeber bewerten die von dem Unternehmen ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen und berücksichtigen dabei 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

Zulässiger Zeitraum für Ausschlüsse

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

1. bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes nach § 123 höchstens fünf Jahre ab dem Tag der rechtskräftigen Verurteilung von der Teilnahme an Vergabeverfahren ausgeschlossen werden,
2. bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes nach § 124 höchstens drei Jahre 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, auf den Handel mit der Leistung oder auf 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. Lassen öffentliche Auftraggeber Nebenangebote zu, legen sie die Zuschlagskriterien so fest, dass sie sowohl auf Hauptangebote als auch auf Nebenangebote anwendbar sind.

(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 Tarifvertragsgesetz mit den Wirkungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes 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 entsprechend § 127 Absatz 3 in Verbindung stehen. Die Ausführungsbedingungen müssen sich aus der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ergeben. Sie können insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange oder den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen 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

(1) Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne des Anhangs XIV der Richtlinie 2014/24/EU stehen öffentlichen Auftraggebern das offene Verfahren, das nicht offene 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 aufgrund dieses Gesetzes gestattet ist.

(2) Abweichend von § 132 Absatz 3 ist die Änderung eines öffentlichen Auftrags über soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne des Anhangs XIV der

Richtlinie 2014/24/EU ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, wenn der Wert der Änderung nicht mehr als 20 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes beträgt.

§ 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 nicht offene 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 aufgrund dieses Gesetzes gestattet ist.

(2) Anstelle des § 108 Absatz 1 ist Artikel 5 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. L 315 vom 3.12.2007, S. 1) 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, sollen gemäß Artikel 4 Absatz 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 verlangen, dass bei einem Wechsel des Betreibers der Personenverkehrsleistung der ausgewählte Betreiber die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die beim bisherigen Betreiber für die Erbringung dieser Verkehrsleistung beschäftigt waren, übernimmt und ihnen die Rechte gewährt, auf die sie Anspruch hätten, wenn ein Übergang gemäß § 613a des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfolgt wäre. Für den Fall, dass ein öffentlicher Auftraggeber die Übernahme von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Sinne von Satz 1 verlangt, beschränkt sich das Verlangen auf diejenigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die für die Erbringung der übergehenden Verkehrsleistung unmittelbar erforderlich sind. Der öffentliche Auftraggeber soll Regelungen vorsehen, durch die eine missbräuchliche Anpassung tarifvertraglicher Regelungen zu Lasten des neuen Betreibers zwischen der Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung und der Übernahme des Betriebes ausgeschlossen wird. Der bisherige Betreiber ist nach Aufforderung durch den öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, alle hierzu erforderlichen Angaben zu machen.

§ 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 des Absatzes 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 Nummern 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, wenn 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 in besonderen Fällen

(1) Unbeschadet des § 135 können öffentliche Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag während der Vertragslaufzeit 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 aus dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder aus den Vorschriften dieses Teils, die der Europäische Gerichtshof in einem Verfahren nach Artikel 258 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union festgestellt hat, nicht an den Auftragnehmer hätte vergeben werden dürfen.

(2) Wird ein öffentlicher Auftrag gemäß Absatz 1 gekündigt, kann der Auftragnehmer einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen. Im Fall des Absatzes 1 Nummer 2 steht dem Auftragnehmer ein Anspruch auf Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den öffentlichen Auftraggeber nicht von Interesse sind.

(3) Die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.

§ 134

Informations- und Wartepflicht

(1) Öffentliche Auftraggeber haben die 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.

(2) Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information nach Absatz 1 geschlossen werden. Wird die Information auf elektronischem Weg oder per Fax versendet, verkürzt sich die Frist auf zehn 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.

(3) Die Informationspflicht entfällt in Fällen, in denen das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb wegen besonderer Dringlichkeit gerechtfertigt ist. Im Fall verteidigungs- oder sicherheitsspezifischer Aufträge können öffentliche Auftraggeber beschließen, bestimmte Informationen über die Zuschlagserteilung oder den Abschluss einer Rahmenvereinbarung nicht mitzuteilen, soweit die Offenlegung den Gesetzesvollzug behindert, dem öffentlichen Interesse, insbesondere Verteidigungs- oder Sicherheitsinteressen, zuwiderläuft, berechnete geschäftliche Interessen von Unternehmen schädigt oder den lautereren 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. den Auftrag 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

1. der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union zulässig ist,
2. der öffentliche Auftraggeber eine Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht hat, mit der er die Absicht bekundet, den Vertrag abzuschließen, und
3. der Vertrag nicht vor Ablauf einer Frist von mindestens zehn Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag nach der Veröffentlichung dieser Bekanntmachung, abgeschlossen wurde.

Die Bekanntmachung nach Satz 1 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 ist anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und die Ausrichtung von Wettbewerben durch Sektorenauftraggeber zum Zweck der Ausübung einer Sektorentätigkeit.

§ 137

Besondere Ausnahmen

(1) Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber zum Zweck der Ausübung einer Sektorentätigkeit, wenn die Aufträge 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, wenn diese Aufträge 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,
6. Dienstleistungen im Sinne des § 116 Nummer 6, wenn diese Aufträge aufgrund eines ausschließlichen Rechts vergeben werden,
7. die Beschaffung von Wasser im Rahmen der Trinkwasserversorgung,
8. die Beschaffung von Energie oder von Brennstoffen zur Energieerzeugung im Rahmen der Energieversorgung oder
9. die Weiterveräußerung oder Vermietung an Dritte, wenn
 - a) dem Sektorenauftraggeber kein besonderes oder ausschließliches Recht zum Verkauf oder zur Vermietung des Auftragsgegenstandes zusteht und
 - b) andere Unternehmen die Möglichkeit haben, den Auftragsgegenstand unter den gleichen Bedingungen wie der betreffende Sektorenauftraggeber zu verkaufen oder zu vermieten.

(2) Dieser Teil ist ferner nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und die Ausrichtung von Wettbewerben, die Folgendes zum Gegenstand haben:

1. Liefer-, Bau- und Dienstleistungen sowie die Ausrichtung von Wettbewerben durch Sektorenauftraggeber nach § 100 Absatz 1 Nummer 2, soweit sie anderen Zwecken dienen als einer Sektorentätigkeit, oder
2. die Durchführung von Sektorentätigkeiten außerhalb des Gebietes der Europäischen Union, wenn der Auftrag in einer Weise vergeben wird, die nicht mit der tatsächlichen Nutzung eines Netzes oder einer Anlage innerhalb dieses Gebietes verbunden ist.

§ 138

Besondere Ausnahme für die Vergabe an verbundene Unternehmen

(1) Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen,

1. die ein Sektorenauftraggeber an ein verbundenes Unternehmen vergibt oder
2. die ein Gemeinschaftsunternehmen, das ausschließlich mehrere Sektorenauftraggeber zur Durchführung einer Sektorentätigkeit gebildet haben, an ein Unternehmen vergibt, das mit einem dieser Sektorenauftraggeber verbunden ist.

(2) Ein verbundenes Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 ist

1. ein Unternehmen, dessen Jahresabschluss mit dem Jahresabschluss des Auftraggebers in einem Konzernabschluss eines Mutterunternehmens entsprechend § 271 Absatz 2 des Handelsgesetzbuchs nach den Vorschriften über die Vollkonsolidierung einzubeziehen ist, oder
2. ein Unternehmen, das
 - a) mittelbar oder unmittelbar einem beherrschenden Einfluss nach § 100 Absatz 3 des Sektorenauftraggebers unterliegen kann,
 - b) einen beherrschenden Einfluss nach § 100 Absatz 3 auf den Sektorenauftraggeber 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-, Bau-, oder Dienstleistungsaufträge, sofern unter Berücksichtigung aller Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen, die von dem verbundenen Unternehmen während der letzten drei Jahre in der Europäischen Union erbracht wurden, mindestens 80 Prozent des im jeweiligen Leistungssektor insgesamt erzielten durchschnittlichen Umsatzes dieses Unternehmens aus der Erbringung von Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen für den Sektorenauftraggeber oder andere mit ihm verbundene Unternehmen stammen.

(4) Werden gleiche oder gleichartige Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen von mehr als einem mit dem Sektorenauftraggeber verbundenen und mit ihm wirtschaftlich zusammengeschlossenen Unternehmen erbracht, so werden die Prozentsätze nach Absatz 3 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 Vergabe
durch oder an ein Gemeinschaftsunternehmen

(1) Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von 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, der einem Gemeinschaftsunternehmen im Sinne der Nummer 1 angehört, an dieses Gemeinschaftsunternehmen vergibt.

(2) Voraussetzung ist, dass

1. das Gemeinschaftsunternehmen im Sinne des Absatzes 1 Nummer 1 gebildet wurde, um die betreffende Sektorentätigkeit während eines Zeitraums von mindestens drei Jahren durchzuführen, und
2. in dem Gründungsakt des Gemeinschaftsunternehmens festgelegt wird, dass die das Gemeinschaftsunternehmen bildenden Sektorenauftraggeber dem Gemeinschaftsunternehmen mindestens während desselben Zeitraums angehören werden.

§ 140

Besondere Ausnahme für unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzte Tätigkeiten

(1) Dieser Teil ist nicht anzuwenden 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 aufgrund der nach § 113 Satz 2 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 Möglichkeit zur Beschwerde über die Kostenentscheidung gilt § 63 Absatz 1 und Absatz 4 entsprechend.

§ 141

Verfahrensarten

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

(2) Das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb und die Innovationspartnerschaft stehen nur zur Verfügung, soweit dies aufgrund dieses Gesetzes gestattet ist.

§ 142

Sonstige anwendbare Vorschriften

Im Übrigen gelten für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber zum Zweck der Ausübung von Sektorentätigkeiten § 118 und § 119, soweit in § 141 nicht abweichend geregelt, die §§ 120 bis 129, § 130 in Verbindung mit Anhang XVII der Richtlinie 2014/25/EU sowie die §§ 131 bis 135 mit der Maßgabe entsprechend, dass

1. Sektorenauftraggeber abweichend von § 122 Absatz 1 und 2 die Unternehmen anhand objektiver Kriterien auswählen, die allen interessierten Unternehmen zugänglich sind,
2. Sektorenauftraggeber nach § 100 Absatz 1 Nummer 2 ein Unternehmen nach § 123 ausschließen können, aber nicht ausschließen müssen,
3. § 132 Absatz 2 Satz 2 und 3 nicht anzuwenden ist.

§ 143

Regelung für Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz

(1) Sektorenauftraggeber, die nach dem Bundesberggesetz berechtigt sind, Erdöl, Gas, Kohle oder andere feste Brennstoffe 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 festen Brennstoffen die Grundsätze 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. Satz 1 und 2 gelten 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 festen Brennstoffen 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 Satz 2 Nummer 8 unter den dort geregelten Voraussetzungen eine Befreiung von der Pflicht zur Anwendung dieser Bestimmung erreichen.

Unterabschnitt 2

Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen

§ 144

Anwendungsbereich

Dieser Unterabschnitt ist anzuwenden auf die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber.

§ 145

Besondere Ausnahmen für die Vergabe
von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen

Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von verteidigungs- oder 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 Europäische 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 Staat 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 Beschaffungen von 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 Verschlussauftrags 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 Verschlussauftrags 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, die 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 der Europäischen Union und einem oder mehreren Staaten, die nicht Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind, geschlossen 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 anderen Staates 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- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen die §§ 119, 120, 121 Absatz 1 und 3 sowie die §§ 122 bis 135 mit der Maßgabe entsprechend, dass ein Unternehmen gemäß § 124 Absatz 1 auch dann von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann, wenn das Unternehmen nicht die erforderliche Vertrauenswürdigkeit aufweist, um Risiken für die nationale Sicherheit auszuschließen. Der Nachweis, dass Risiken für die nationale Sicherheit nicht auszuschließen sind, kann auch mit Hilfe geschützter Datenquellen erfolgen.

Unterabschnitt 3

Vergabe von Konzessionen

§ 148

Anwendungsbereich

Dieser Unterabschnitt ist anzuwenden auf die Vergabe von Konzessionen durch Konzessionsgeber.

§ 149

Besondere Ausnahmen

Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von:

1. Konzessionen zu Rechtsdienstleistungen im Sinne des § 116 Absatz 1 Nummer 1,
2. Konzessionen zu Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen im Sinne des § 116 Absatz 1 Nummer 2,

3. Konzessionen zu audiovisuellen Mediendiensten oder Hörfunkmediendiensten im Sinne des § 116 Absatz 1 Nummer 3,
4. Konzessionen zu finanziellen Dienstleistungen im Sinne des § 116 Absatz 1 Nummer 4,
5. Konzessionen zu Krediten und Darlehen im Sinne des § 116 Absatz 1 Nummer 5,
6. Dienstleistungskonzessionen, die an einen Konzessionsgeber nach § 101 Absatz 1 Nummer 1 oder § 101 Absatz 1 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 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 eines Monats nach Gewährung dieses Rechts in Kenntnis,
8. Konzessionen, die hauptsächlich dazu dienen, dem Konzessionsgeber im Sinne des § 101 Absatz 1 Nummer 1 die Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze oder die Bereitstellung eines oder mehrerer elektronischer Kommunikationsdienste für die Öffentlichkeit zu ermöglichen,
9. Konzessionen im Bereich Wasser, die
 - a) die Bereitstellung oder 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) mit einer Tätigkeit nach Buchstabe a im Zusammenhang stehen und einen der nachfolgend aufgeführten Gegenstände haben:
 - aa) Wasserbau-, Bewässerungs- und Entwässerungsvorhaben, sofern die zur Trinkwasserversorgung bestimmte Wassermenge mehr als 20 Prozent der Gesamtwassermenge ausmacht, die mit den entsprechenden Vorhaben oder Bewässerungs- oder Entwässerungsanlagen zur Verfügung gestellt wird, oder
 - bb) Abwasserbeseitigung oder -behandlung,
10. Dienstleistungskonzessionen zu Lotteriedienstleistungen, die unter die Referenznummer des Common Procurement Vocabulary 92351100-7 fallen, und die einem Unternehmen auf der Grundlage eines ausschließlichen Rechts gewährt werden,
11. Konzessionen, die Konzessionsgeber im Sinne des § 101 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 vom 24. September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft (ABl. L 293 vom 31.10.2008, S. 3) 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 in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit

Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von Konzessionen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit,

1. bei denen die Anwendung der Vorschriften dieses Teils den Konzessionsgeber 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 Konzessionsgeber 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 Konzessionsgeber im Rahmen eines Konzessionsvergabeverfahrens zur Verfügung stellen,
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 Staat, 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 Ausnahmegesetze dieses Teils erfasst werden,
6. die nicht bereits gemäß Nummer 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 Konzessionsgeber 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 Staaten, die nicht Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind, geschlossen 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 anderen Staates 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

Konzessionsgeber geben die Absicht bekannt, eine Konzession zu vergeben. Auf die Veröffentlichung der Konzessionsvergabeabsicht darf nur verzichtet werden, soweit dies aufgrund dieses Gesetzes zulässig ist. Im Übrigen dürfen Konzessionsgeber das Verfahren zur Vergabe von Konzessionen vorbehaltlich der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Verordnung zu den Einzelheiten des Vergabeverfahrens frei ausgestalten.

§ 152

Anforderungen im Konzessionsvergabeverfahren

(1) Zur Leistungsbeschreibung ist § 121 Absatz 1 und 3 entsprechend anzuwenden.

(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 Konzessionsgeber ermittelt werden kann. Die Zuschlagskriterien müssen mit dem Konzessionsgegenstand in Verbindung stehen und dürfen dem Konzessionsgeber 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 zur Auftragsausführung nach § 128 und zu den zwingend zu berücksichtigenden Ausführungsbedingungen nach § 129 sind entsprechend anzuwenden.

§ 153

Vergabe von Konzessionen über soziale und andere besondere Dienstleistungen

Für das Verfahren zur Vergabe von Konzessionen, die soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne des Anhangs IV der Richtlinie 2014/23/EU betreffen, sind §§ 151, 152 anzuwenden.

§ 154

Sonstige anwendbare Vorschriften

Im Übrigen sind für die Vergabe von Konzessionen einschließlich der Konzessionen nach § 153 folgende Vorschriften entsprechend anzuwenden:

1. § 118 hinsichtlich vorbehaltener Konzessionen,
2. die §§ 123 bis 126 mit der Maßgabe, dass

- a) Konzessionsgeber nach § 101 Absatz 1 Nummer 3 ein Unternehmen unter den Voraussetzungen des § 123 ausschließen können, aber nicht ausschließen müssen,
 - b) Konzessionsgeber im Fall 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 mithilfe geschützter Datenquellen erfolgen,
3. § 131 Absatz 2 und 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 2 bis 6 betreffen, nicht anzuwenden ist und
 - b) die Obergrenze des § 132 Absatz 3 Nummer 2 für Bau- und Dienstleistungskonzessionen einheitlich 10 Prozent des Wertes der ursprünglichen Konzession beträgt,
 4. die §§ 133 bis 135,
 5. § 138 hinsichtlich der Vergabe von Konzessionen durch Konzessionsgeber im Sinne des § 101 Absatz 1 Nummer 2 und 3 an verbundene Unternehmen,
 6. § 139 hinsichtlich der Vergabe von Konzessionen durch Konzessionsgeber im Sinne des § 101 Absatz 1 Nummer 2 und 3 an ein Gemeinschaftsunternehmen oder durch Gemeinschaftsunternehmen an einen Konzessionsgeber im Sinne des § 101 Absatz 1 Nummer 2 und 3 und
 7. § 140 hinsichtlich der Vergabe von Konzessionen durch Konzessionsgeber 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 von Konzessionen der Nachprüfung durch die Vergabekammern.

§ 156

Vergabekammern

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

(nicht-amtliche Veröffentlichung – keine Gewähr – keine Haftung – Stand: 14.04.2016)

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 Vergabeverfahren 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 die §§ 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- oder 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, von Sektorenauftraggebern im Sinne des § 100 Absatz 1 Nummer 1 in Verbindung mit § 99 Nummer 2 und Konzessionsgebern 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 von Konzessionsgebern 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 innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt hat; der Ablauf der Frist nach § 134 Absatz 2 bleibt unberührt,
2. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden,
3. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe 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, Inhalt

(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 Absätze 1 bis 5 sowie § 61 gelten entsprechend.

§ 164

Aufbewahrung vertraulicher Unterlagen

(1) Die Vergabekammer stellt die Vertraulichkeit von Verschlussachen 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 aufgrund 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 gilt entsprechend.

(4) Macht der Auftraggeber das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 117 Nummer 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 ist entsprechend anzuwenden.

§ 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 Absatz 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, Inhalt

(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 Absatz 1 bis 3, § 71 Absatz 1 und 6, §§ 71a, 72, 73 mit Ausnahme der Verweisung auf § 227 Absatz 3 der Zivilprozessordnung, die §§ 78, 165 und 167 Absatz 2 Satz 1 sind entsprechend anzuwenden.

§ 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 Verteidigungs- 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 ist anzuwenden.

(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 zehn 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 des Antrags- oder Beschwerderechts 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 ist anzuwenden.

(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 Beteiligten 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 zur Vergabe öffentlicher Aufträge oder zur Vergabe von Konzessionen 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.“

Auszug aus der Begründung:³

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 durch Sektorenauftraggeber (Unterabschnitt 1), die Vergabe von verteidigungs- oder 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 Vergaberechts 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 Konzessionsgeber (§ 101). § 102 bestimmt, welche Tätigkeiten Sektortätigkeiten sind; diese waren bislang in einer Anlage zum GWB enthalten. §§ 103 bis 105 enthalten die Definitionen zu öffentlichen Aufträgen (§ 103), zu verteidigungs- oder 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 Vergaben auf der Grundlage internationaler Verfahrensregeln vom Anwendungsbereich des Teils 4 aus, §§ 110 bis 112 regeln die anzuwendenden Vorschriften für gemischte Vergaben 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 bislang in § 97 Absatz 6

³ nach BT-Drs. 18/6281

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 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. Durch die klarstellende Aufnahme des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit Blick auf die Anforderungen an das Vergabeverfahren wird das umfassende Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers nicht angefasst; dieser bestimmt auch weiterhin selbst, welche konkrete Leistung seinem Beschaffungsbedarf am besten entspricht.

Zu Absatz 2

§ 97 Absatz 2 greift den Regelungsgehalt des bisherigen § 97 Absatz 2 GWB fast wörtlich auf. Danach gehört die Gleichbehandlung der Bieter zu den elementaren Grundsätzen des deutschen Vergaberechts. Nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz müssen etwa alle am Verfahren beteiligten Unternehmen denselben Zugang zu Informationen haben; an sie sind dieselben Bewertungsmaßstäbe zu legen. Eine Ungleichbehandlung ist nur dann gestattet, wenn sie aufgrund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet ist. Eine Diskriminierung aufgrund 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 § 97 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. Damit geht Absatz 4 zwar über die von Artikel 46 der Richtlinie 2014/24/EU geforderte bloße Begründungspflicht zur Losaufteilung hinaus. Artikel 46 Absatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU stellt aber klar, dass strengere Anforderungen an die Losaufteilung – wie sie im GWB vorgeesehen werden – zulässig sind.

Zu Absatz 5

§ 97 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 in den Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/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.

Die Umstellung auf die elektronische Kommunikation ist zwingend, und zwar unabhängig vom Liefer- oder Leistungsgegenstand, der der Vergabe zugrunde liegt. Es ist im Zusammenhang mit der Einführung der elektronischen Kommunikation unerheblich, ob im Einzelfall eine Bau- oder Dienstleistung oder eine Lieferung vergeben wird. Mit der Pflicht zur Umstellung auf den Einsatz von IKT im Vergabeverfahren ist nicht die Pflicht zur Verwendung spezifischer Programme oder Hilfsmittel der IKT, wie zum Beispiel Programmen zur Gebäudedatenmodellierung (so genannte BIM-Systeme), verbunden. Die Entscheidung über den Einsatz solcher spezifischen Programme oder Hilfsmittel der IKT treffen allein die Auftraggeber. Die öffentlichen Auftraggeber müssen, von spezifischen Sonderfällen abgesehen, elektronische Kommunikationsmittel nutzen, die nichtdiskriminierend, allgemein verfügbar sowie mit den allgemein verbreiteten Erzeugnissen der Informations- und Kommunikationstechnologien kompatibel sind und den Zugang der Wirtschaftsteilnehmer zum Vergabeverfahren nicht einschränken. Dabei ist den besonderen Bedürfnissen von Menschen mit Behinderungen hinreichend Rechnung zu tragen.

Ab dem 18. April 2016 dürfen EU-weite Bekanntmachungen nur noch elektronisch beim Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union eingereicht werden. Die Bekanntmachungen müssen zwingend eine Internetadresse enthalten, unter der sämtliche Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt und vollständig direkt mithilfe von IKT abgerufen werden können. Ausnahmen gelten ausschließlich für diejenigen Bestandteile der Vergabeunterlagen, die nicht mithilfe allgemein verfügbarer IKT elektronisch abgebildet werden können oder hinsichtlich derer durch die neuen EU-Vergaberichtlinien eng umrissene Sicherheitsbedenken geltend gemacht werden können.

Im weiteren Verfahren ist bis spätestens 18. April 2017 (zentrale Beschaffungsstellen) bzw. 18. Oktober 2018 (andere als zentrale Beschaffungsstellen) auch das Einreichungsverfahren ausnahmslos IKT-basiert auszugestalten. Andere als elektronische Angebote dürfen nach den vorgenannten Stichtagen, außer in wenigen Ausnahmefällen, nicht mehr entgegengenommen und im Vergabeverfahren berücksichtigt werden. Es wird in diesem Zusammenhang nicht zwischen zentralen und anderen als zentralen Beschaffungsstellen auf den verschiedenen Verwaltungsebenen unterschieden.

§ 97 Absatz 5 beschränkt sich auf den Grundsatz der elektronischen Kommunikation, die Ausgestaltung erfolgt in den Verordnungen, die auf der Grundlage von § 113 Satz 2 Nummer 4 erlassen werden. Die unterschiedlichen Umsetzungsfristen für die Einführung der elektronischen Kommunikation, die die EU-Richtlinien ermöglichen, werden dabei voll ausgeschöpft. Auch die Ausnahmen von der elektronischen Kommunikation werden auf Verordnungsebene geregelt.

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 Konzessionsgeber im Sinne des § 101.

Zu § 99 (Öffentliche Auftraggeber)

§ 99 definiert nunmehr ausschließlich die öffentlichen Auftraggeber. Die Begriffe Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber 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 Konzessionsgebern.

Der bisherige § 98 Nummer 6 GWB kann künftig entfallen. Die Regelung diene 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 ebenfalls nicht 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 GWB.

Zu Nummer 2

§ 99 Nummer 2 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 98 Nummer 2 GWB. 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 § 99 Nummer 1 oder deren Verbände nach § 99 Nummer 3, sondern durch einen öffentlichen Auftraggeber nach § 99 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 GWB darüber hinaus vorgesehene Beherrschungstatbestand der „Ausübung der Aufsicht über die Leitung“ war bislang in § 98 Nummer 2 Satz 2 GWB nicht enthalten. Da die Richtlinie 2014/24/EU in Artikel 2 Absatz 1 Nummer 4 hierbei kei-

nen Unterschied macht, wird der neue Halbsatz 2 in § 99 Nummer 2 entsprechend angepasst.

Zu Nummer 3

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

Zu Nummer 4

§ 99 Nummer 4 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 98 Nummer 5 GWB 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 GWB. 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 GWB 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 öffentli-

chen 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 GWB.

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 um 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 Vierten 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 Dienstqualität (ABl. 1998 Nr. L 15 S. 14, berichtigt ABl. 1998 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) Nummer 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 Unterabsatz 2 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. Nr. L 134 vom 30.4.2004, S. 1) enthaltene Vermutungsregel wird nunmehr im GWB umgesetzt.

Zu § 101 (Konzessionsgeber)

§ 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

Konzessionsgeber sind gemäß § 101 Absatz 1 Nummer 1 öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3, sofern sie nicht Konzessionsgeber 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

Konzessionsgeber nach § 101 Absatz 1 Nummer 2 sind Sektorenauftraggeber gemäß § 100 Absatz 1 Nummer 1, wenn sie eine Sektorentätigkeit gemäß § 102 Absatz 2 bis 6 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 Konzessionsgeber nach § 101 Absatz 1 Nummer 1 oder nach § 101 Absatz 1 Nummer 2 sein.

§ 101 Absatz 1 Nummer 2 verweist auf die Sektorentätigkeiten gemäß § 102 Absatz 2 bis 6. Für die Definition der Sektorentätigkeiten kann auch im Rahmen der Vergabe von Konzessionen grundsätzlich 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 2014/23/EU sind gemäß Artikel 12 allerdings Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasserversorgung, siehe § 149 Nummer 9. Aus diesem Grund sind Sektorentätigkeiten im Bereich Wasser gemäß § 102 Nummer 1 nicht von dem Verweis im Rahmen des § 101 umfasst.

Zu Nummer 3

§ 101 Absatz 2 Nummer 3 erfasst als Konzessionsgeber private Sektorenauftraggeber gemäß § 100 Absatz 1 Nummer 2, die eine Sektorentätigkeit gemäß § 102 Absatz 2 bis 6 ausüben und eine Konzession zum Zweck der Ausübung dieser Tätigkeit vergeben.

Wie bei den Sektorenauftraggebern ist für die Eigenschaft als Konzessionsgeber erforderlich, dass dem privaten Auftraggeber entweder besondere oder ausschließliche Rech-

(nicht-amtliche Veröffentlichung – keine Gewähr – keine Haftung)

te (Buchstabe a) gewährt wurden oder der private Auftraggeber einem beherrschenden Einfluss öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nummer 1 bis 3 unterliegt (Buchstabe b).

Zu Absatz 2

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

Zu § 102 (Sektorentätigkeiten)

§ 102 Absatz 1 bis 6 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 in einer Anlage nunmehr in einem gesonderten Paragraphen 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 der Richtlinie 2014/23/EU.

Der Bereich der Postdienste wurde – wie bereits bei der Umsetzung der Vorgängerrichtlinie – nicht aufgenommen. 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 gemäß §§ 98 ff. erfüllen.

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

§ 102 Absatz 7 dient der Umsetzung des Artikels 7 der 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 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 öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber handeln muss. Der Unionsgesetzgeber hat in Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2014/24/EU darauf hingewiesen, dass die zunehmende Vielfalt öffentlicher Tätigkeiten es erforderlich mache, den Begriff der Auftragsvergabe selbst klarer zu definieren. Diese Präzisierung als solche sollte jedoch den Anwendungsbereich der neuen EU-Vergaberichtlinie im Verhältnis zu dem der Richtlinie 2004/18/EG nicht erweitern. Nicht alle Formen öffentlicher Ausgaben sollten abgedeckt werden, sondern nur diejenigen, die für den Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen im Wege eines öffentlichen Auftrags getätigt werden. Fälle, in denen alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe – ohne Selektivität – berechtigt sind, sollten nicht als Auftragsvergabe verstanden werden, sondern als einfache Zulassungssysteme (z.B. Zulassungen für Arzneimittel oder ärztliche Dienstleistungen). Daraus lässt sich schließen, dass die Zulassung von Dienstleistungserbringern im sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnis nicht der Richtlinie 2014/24/EU unterfällt. Gleiches gilt für die Zulassung von Pflegeeinrichtungen sowie die Feststellung der fachlichen Eignung im Rahmen der Zulassung besonderer Dienste oder besonderer Einrichtungen. Weiterhin hat der Unionsgesetzgeber in Erwägungsgrund 6 hervorgehoben, dass es den Mitgliedstaaten freistehe, die Erbringung von sozialen oder anderen Dienstleistungen entweder als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse oder als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

oder als eine Mischung davon zu organisieren. Der Unionsgesetzgeber stellt in diesem Zusammenhang klar, dass nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nicht in den Geltungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU fallen.

Da künftig zwischen öffentlichen Auftraggebern nach § 99, Sektorenauftraggebern nach § 100 und Konzessionsgebern 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 Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) Auslobungsverfahren darstellen, um ein eigenes Verfahren handelt, welches dazu dient, dem öffentlichen Auftraggeber einen Plan oder eine Planung zu verschaffen (s. Artikel 2 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 § 99 Absatz 3 GWB an den neuen Richtlinientext an (Artikel 2 Absatz 1 Nummer 6 der Richtlinie 2014/24/EU).

§ 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, Beschluss vom 30.04.2014, VII-Verg 35/13).

In der dritten Alternative (Erbringung der Bauleistung durch Dritte) wird nunmehr entsprechend Artikel 2 Absatz 1 Nummer 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 § 99 Absatz 5 GWB. Im Einklang mit den Vergaberichtlinien findet nun aber der Begriff „Wettbewerbe“ Verwendung. Die Einzelheiten für das Verfahren zur Ausrichtung von Wettbewerben gemäß Artikel 78 bis 82 der Richtlinie 2014/24/EU sowie Artikel 95 bis 99 der Richtlinie 2014/25/EU werden durch die aufgrund von § 113 erlassenen Verordnung der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates umgesetzt.

Zu § 104 (Verteidigungs- oder sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge)

§ 104 Absatz 1 bis 3 entspricht inhaltlich dem bisherigen § 99 Absatz 7 bis 9 GWB. Neu ist die Bezeichnung als „verteidigungs- oder 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- oder 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- oder 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- oder Sicherheitsaspekte umfassen, gewährleisten zu können, sollen Aufträge im Anwendungsbereich des Artikel 2 der Richtlinie 2009/81/EG im GWB nunmehr als „verteidigungs- oder 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 weitestgehend dem bisherigen § 99 Absatz 9 GWB. Die Definition des Verschlussauftrags im Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/81/EG folgt aus Artikel 1 Nummer 8 dieser Richtlinie. Für die Bestimmung einer Verschlussache ist im nationalen Recht auf § 4 des Gesetzes über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes (SÜG) zurückzugreifen. Zum Zwecke der Klarstellung wurde der Wortlaut der Definition des Verschlussauftrags im Hinblick auf Erwägungsgrund 11 der Richtlinie 2009/81/EG („Im speziellen Bereich der nicht-militärischen Sicherheit sollte diese Richtlinie für Beschaffungen gelten, die ähnliche Merkmale aufweisen wie Beschaffungen im Verteidigungsbereich und ebenso sensibel sind.“) ergänzt.

Zu § 105 (Konzessionen)

§ 105 definiert den Begriff der Konzessionen 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 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.

Vor dem Hintergrund der lediglich rudimentär geregelten Vergabe von Baukonzessionen nach der Vorgängerrichtlinie 2004/18/EG hatte sich der deutsche Gesetz- und Verordnungsgeber für eine quasi-Gleichbehandlung mit den Bauaufträgen entschieden (siehe insbesondere § 22 EG VOB/A in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Oktober 2011 – BAnz. Nr. 182a vom 2. Dezember 2011; BAnz AT 07.05.2012 B1). Begründung hierfür war der deutliche Schwerpunkt des Baukonzessionsvertrags auf der (zunächst erfolgenden) Errichtung eines Bauwerks. Soweit Baukonzessionen Besonderheiten aufweisen, wird diesen nunmehr auf Verordnungsstufe Rechnung getragen.

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 weitestgehend 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 Unionsgesetzgeber 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 Konzessionsgeber keine Voraussetzung der Definition ist, doch stehe dem Konzessionsgeber 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 Systeme 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 Zulassung von Dienstleistungserbringern im sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnis nicht der Richtlinie 2014/23/EU unterfällt. Gleiches gilt für die Zulassung von Pflegeeinrichtungen sowie die Feststellung der fachlichen Eignung im Rahmen der Zulassung besonderer Dienste oder besonderer Einrichtungen. Weiterhin hat der Unionsgesetzgeber in Erwägungsgrund 6 hervorgehoben, dass Mitgliedstaaten gemäß den Grundsätzen der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Transparenz und des freien Personenverkehrs im AEUV nach wie vor entscheiden können, ob Dienstleistungen als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse oder als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse oder in Form einer Kombination aus beiden erbracht werden.

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 Konzessionsgeber 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. Es entspricht 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“, Rn. 40). Zu Einzelfragen des Übergangs des Betriebsrisikos hat der Unionsgesetzgeber 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 unmittelbar 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“, Rn. 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“, Rn. 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 vertragsge-

genständlichen Bauwerks bzw. in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.

Zu Satz 1 Nummer 1

§ 105 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 setzt Artikel 5 Nummer 1 Unterabsatz 2 Satz 2 der Richtlinie 2014/23/EU um.

Zu Satz 1 Nummer 2

§ 105 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 setzt Artikel 5 Nummer 1 Unterabsatz 2 Satz 3 der Richtlinie 2014/23/EU um. Im Grundsatz hat der Unionsgesetzgeber 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“, Rn. 37, 48, und EuGH, Urteil vom 10.11.2011, Rs. C-348/10, „Norma-A SIA“, Rn. 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“, Rn. 77).

Zu Satz 2

§ 105 Absatz 2 Satz 2 setzt Artikel 5 Nummer 1 Unterabsatz 2 Satz 1 letzter Halbsatz um und stellt klar, dass es sich bei dem Betriebsrisiko um ein Nachfrage- oder Angebotsrisiko handeln kann.

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 Unionsgesetzgeber oder der EU-Kommission im Wege der delegierten Rechtssetzung angepasst wird. Der Regelungsinhalt der bisherigen § 2 Absatz 1 VgV, § 1 Absatz 2 VSVgV und § 1 Absatz 2 SektVO 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 Auftrags- oder Vertragswert die jeweils geltenden Schwellenwerte erreicht oder überschreitet, eine wesentliche Voraussetzung für die Anwendung des Teils 4 des GWB auf öffentliche Aufträge, Konzessionen und Wettbewerbe.

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 und Wettbewerbe, die von öffentlichen Auftraggebern vergeben werden. Diese Vorschrift war bislang in § 2 Absatz 1 VgV enthalten. Zudem wird in Nummer 1 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 und Wettbewerbe, 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- oder 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 Bundesanzeiger 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 geregelten Ausnahmen sind somit Ausnahmen, die in allen vier EU-Vergaberichtlinien vorgesehen sind. Im Einzelnen betrifft dies die Richtlinie 2014/23/EU, die Richtlinie 2014/24/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 Absatz 1 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 Absatz 8 Buchstabe c der Richtlinie 2014/23/EU, Artikel 10 Buchstabe c der Richtlinie 2014/24/EU, Artikel 21 Buch-

stabe b der Richtlinie 2014/25/EU sowie Artikel 13 Buchstabe g der Richtlinie 2009/81/EG.

Zu Nummer 2

§ 107 Absatz 1 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 Absatz 1 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 Absatz 1 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 betroffenen CPV-Nummern konkretisiert. Im Ergebnis findet das EU-Sekundärrecht auf 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. Gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen sind die Hilfsorganisationen, die nach Bundes- oder Landesrecht als Zivil- und Katastrophenschutzorganisationen etwa im Sinne des § 26 Absatz 1 Satz 2 des Gesetzes über den Zivilschutz und die Katastrophenhilfe des Bundes (ZSKG) anerkannt sind, wie zum Beispiel der Arbeiter-Samariter-Bund, die Deutsche Lebensrettungsgesellschaft, das Deutsche Rote Kreuz, die Johanniter-Unfall-Hilfe und der Malteser-Hilfsdienst. 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. 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

§ 107 Absatz 2 übernimmt die bisher in § 100 Absatz 6 GWB geregelten Ausnahmen. Auch hier müssen Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Einzelfall prüfen, ob die Voraussetzungen des § 107 Absatz 2 Nummer 1 oder Nummer 2 erfüllt sind. Daher wurde auf eine Konkretisierung bestimmter Bereiche (bislang § 100 Absatz 7 GWB) verzichtet.

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 2014/23/EU, 2014/24/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 2014/23/EU, 2014/24/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 Teils 4 des GWB ausgenommen sind. Bislang basierten die Vorgaben hierzu auf den von der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Grundsätzen. § 108 dient der Umsetzung von Artikel 17 der Richtlinie 2014/23/EU, Artikel 12 der Richtlinie 2014/24/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 (erstmalig EuGH, Urteil vom 18.11.1999, C-107/98, „Teckal“, Rn. 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“, Rn. 65; EuGH, Urteil vom 11.5.2006, C-340/04, „Carbotermo“, Rn. 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“, Rn. 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“, Rn. 49). Grund dafür ist, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftrags ohne Wettbewerbsverfahren einem privaten Unternehmen, das 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 für eine Inhouse-Vergabe ist eine private Kapitalbeteiligung am kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber. Solche Beteiligungen führen in der Regel nicht zu 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

(nicht-amtliche Veröffentlichung – keine Gewähr – keine Haftung)

§ 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. Durch die Vorschrift werden – aufgrund ihrer systematischen Stellung nach § 108 Absatz 3 – auch solche öffentlichen Aufträge erfasst, die von einer kontrollierten juristische Person, die zugleich öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 ist, an einen von mehreren sie kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber vergeben werden.

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 Zusammenarbeit 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 bis 5) als auch bei der horizontalen Zusammenarbeit sollen durch eine prozentuale Begrenzung des Umfangs der Tätigkeiten auf dem Markt Wettbewerbsverzerrungen zulasten 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. § 108 Absatz 7 Satz 3 regelt den Fall, dass keine entsprechenden Angaben vorliegen oder diese nicht aussagekräftig sind. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die betreffende juristische Person oder der betreffende öffentliche Auftraggeber gerade gegründet wurde oder erst vor Kurzem ihre beziehungsweise seine Tätigkeit aufgenommen hat oder weil sie ihre beziehungsweise er seine Tätigkeiten umstrukturiert hat. In diesem Fall sind die erforderlichen Werte glaubhaft zu machen.

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 gemäß § 100 Absatz 1 Nummer 1 sowie auf die Vergabe von Konzessionen durch Konzessionsgeber gemäß § 101 Absatz 1 Nummer 1 und § 101 Absatz 1 Nummer 2. Dadurch wird sichergestellt, dass sich private Auftraggeber nach § 100 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 (Ausnahmen für Vergaben auf der Grundlage internationaler Verfahrensregeln)

§ 109 dient der Umsetzung von Artikel 9 der Richtlinie 2014/24/EU, Artikel 20 der Richtlinie 2014/25/EU und Artikel 10 Absatz 4 der Richtlinie 2014/23/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 7, der Artikel 12 der Richtlinie 2009/81/EG umsetzt; für Konzessionen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit aus § 150 Nummer 7, der Artikel 10 Absatz 5 der Richtlinie 2014/23/EU umsetzt.

Zu Absatz 1

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. Im Sinne des § 109 Absatz 1 Nummer 2 sind Parteien, die sich auf die anwendbaren Vergabeverfahren für den Fall einer überwiegenden Kofinanzierung öffentlicher Aufträge und Wettbewerbe durch eine internationale Organisation oder eine internationale Finanzeinrichtung einigen, der öffentliche Auftraggeber und die internationale Organisation bzw. Finanzierungseinrichtung, die den öffentlichen Auftrag oder Wettbewerb kofinanziert.

Zu Absatz 2

§ 109 Absatz 2 verweist für verteidigungs- oder sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge im Sinne des § 104 auf § 145 Nummer 7.

Zu § 110 (Vergabe von öffentlichen Aufträgen 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

§ 110 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. 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 VgV. Nunmehr bestimmen sich die für die Gesamtvergabe anwendbaren Vorschriften einheitlich nach dem Hauptgegenstand des Auftrags oder der Konzession.

Der Unionsgesetzgeber 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, rechtfertigt die Tatsache, dass der Vertrag diese Bauleistungen umfasst, nicht eine Einstufung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags als öffentlicher Bauauftrag. Abschließend stellt der Unionsgesetzgeber 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

§ 110 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 Liefer- oder Dienstleistung.

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- oder sicherheitsspezifischer öffentlicher Aufträge oder zur Vergabe von Konzessionen durch Konzessionsgeber 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

§ 111 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 Absatz 2

§ 111 Absatz 2 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 Absatz 3

§ 111 Absatz 3 bestimmt unter den Nummern 1 bis 5, 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 Nummer 1 und 2

§ 111 Absatz 3 Nummer 1 und 2 dient 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. Nummer 1 bestimmt, dass ein Auftrag, bei dem ein Auftragsteil die Voraussetzungen für eine Ausnahme gemäß § 107 Absatz 2 Nummer 1 oder 2 erfüllt, ohne Anwendung des Teils 4 des GWB vergeben werden kann. Nach Nummer 2 kann ein Auftrag insgesamt gemäß den Vorschriften über die Vergabe verteidigungs- oder 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 Nummer 3

§ 111 Absatz 3 Nummer 3 dient der Umsetzung von Artikel 3 Absatz 5 der Richtlinie 2014/24/EU sowie Artikel 5 Absatz 4 Unterabsatz 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 dieses Teils 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 erreicht oder überschreitet. Andernfalls finden die Vorschriften über die Vergabe von Konzessionen Anwendung.

Zu Nummer 4

§ 111 Absatz 3 Nummer 4 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 Nummer 5

§ 111 Absatz 3 Nummer 5 dient der Umsetzung von Artikel 3 Absatz 4 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU, 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 sonstigen rechtlichen Regelungen außerhalb des Teils 4 unterliegen würden, gemäß den jeweils einschlägigen Bestimmungen des Teils 4 vergeben werden.

Zu Absatz 4

§ 111 Absatz 4 betrifft öffentliche Aufträge, die nicht objektiv trennbar sind.

Zu Nummer 1

§ 111 Absatz 4 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

§ 111 Absatz 4 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 Ausnahmenvorschrift des § 107 Absatz 2 Nummer 1 oder 2 oder der Vorschriften zur Vergabe von verteidigungs- oder 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- oder sicherheitsspezifischer öffentlicher Aufträge vergeben werden kann.

Zu Absatz 5

§ 111 Absatz 5 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 6

§ 111 Absatz 6 erklärt die Regelungen des Absatzes 1 und 2 und Absatz 3 Nummer 1 und 2 sowie des Absatzes 4 und 5, 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 6 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 sind, 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 des § 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 erfüllen.

Zu Absatz 1

§ 112 Absatz 1 regelt die Abgrenzung der anzuwendenden Vorschriften bei der Vergabe von Aufträgen, die neben einer Sektorentätigkeit im Sinne des § 102 zumindest eine weitere Tätigkeit umfassen, die entweder dem Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/23/EU, der Richtlinie 2014/24/EU oder 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 Absatz 2

§ 112 Absatz 2 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 Absatz 3

§ 112 Absatz 3 betrifft den Fall, dass ein Gesamtauftrag vergeben wird.

§ 112 Absatz 3 Satz 1 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 des § 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.

§ 112 Absatz 3 Satz 2 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- oder 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 zugrunde liegenden Regelung des Artikels 26 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU.

Zu Absatz 4

§ 112 Absatz 4 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 darf.

Zu Absatz 5

§ 112 Absatz 5 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. Nummer 1, 2 und 3 bestimmen für einen solchen Fall die anwendbaren Vorschriften für unterschiedliche Tätigkeitskombinationen.

Zu Nummer 1

§ 112 Absatz 5 Nummer 1 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 Nummer 2

§ 112 Absatz 5 Nummer 2 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 Nummer 3

§ 112 Absatz 5 Nummer 3 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 Absatz 6

§ 112 Absatz 6 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 des § 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 werden die vorstehenden Absätze grundsätzlich 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,

(nicht-amtliche Veröffentlichung – keine Gewähr – keine Haftung)

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

§ 112 Absatz 6 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 Konzessionsgeber im Sinne des § 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 Konzessionsgeber im Sinne des § 101 Absatz 1 Nummer 1 fallen würde, nach diesen Bestimmungen vergeben wird.

Zu Nummer 2

§ 112 Absatz 6 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

§ 112 Absatz 6 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 § 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 GWB die Grundlage der Verordnung 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 GWB 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 GWB systematisch angelegte Unterscheidung zwischen der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber und Sektorauftraggeber. Die Verordnungsermächtigung differenziert nur noch nach dem Auftragsgegenstand zwischen der Vergabe öffentlicher Aufträge – die auch die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorauftraggeber umfasst – und der Vergabe von Konzessionen. Aus Gründen der Klarstellung greift die Ermächtigung lediglich gesondert die besonderen Anforderungen verteidigungs- oder sicherheitsspezifischer öffentlicher Aufträge in § 113 Satz 2 Nummer 7 auf. Schließlich entfällt mangels Handlungsbedarfs die bislang in § 127 Nummer 6 GWB 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 bislang in § 97 Absatz 6 GWB 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 GWB 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 sowie der Ausrichtung von Wettbewerben zu regeln. § 113 Satz 2 Halbsatz 1 konkretisiert diese Ermächtigung dahin gehend, dass davon zum einen 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 bislang in § 4 Absatz 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 bislang 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 von öffentlichen Aufträgen und des Vertragswertes von Konzessionen in die Verordnungsermächtigung auf.

Zu Nummer 2

§ 113 Satz 2 Nummer 2 greift die bislang in § 97 Absatz 6 GWB enthaltene Befugnis zur Regelung der Bekanntmachung, der Verfahrensarten und des Ablaufs des Vergabeverfahrens auf. Zusätzlich werden Regelungen zur Leistungsbeschreibung, zu Nebenangeboten, zur Vergabe von Unteraufträgen sowie zur Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen, die soziale und andere besondere Dienstleistungen betreffen, genannt.

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 sowie die zentrale Beschaffungstätigkeit gemäß § 120 Absatz 4 und deren Anforderungen in die Verordnungsermächtigung auf. In Bezug auf die elektronische Auftragsvergabe betrifft dies das dynamische Beschaffungssystem, die elektronische Auktion und den elektronischen Katalog. Unter den Begriff Sammelbeschaffungen fallen Regelungen über Rahmenvereinbarungen und die gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe sowie die Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedstaaten. Darüber hinaus werden von der Verordnungsermächtigung auch die Einzelheiten zur zentralen Beschaffungstätigkeit umfasst.

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.

Genannt werden auch die auf Verordnungsebene zu treffenden Übergangsbestimmungen. Ab dem 18. April 2016 dürfen EU-weite Bekanntmachungen nur noch elektronisch beim Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union eingereicht werden. Die Bekanntmachungen müssen zwingend eine Internetadresse enthalten, unter der sämtliche Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt und vollständig direkt mithilfe von IKT abgerufen werden können. Im weiteren Verfahren ist bis spätestens 18. April 2017 (zentrale Beschaffungsstellen) bzw. 18. Oktober 2018 (andere als zentrale Beschaffungsstellen) auch das Einreichungsverfahren ausnahmslos IKT-basiert auszugestalten. Diese unterschiedlichen Zeitpunkte, ab wann bestimmte Verpflichtungen einzuhalten sind, werden auf Verordnungsebene festgelegt. Die unterschiedlichen Umsetzungsfristen für die Einführung der elektronischen Kommunikation, die die EU-Richtlinien ermöglichen, werden dabei voll ausgeschöpft. Auch die Ausnahmen von der elektronischen Kommunikation werden auf Verordnungsebene geregelt.

Zu Nummer 5

§ 113 Satz 2 Nummer 5 greift die bislang in § 97 Absatz 6 GWB enthaltene Befugnis zur Regelung der Auswahl und Prüfung der Unternehmen und Angebote sowie des Abschlusses des Vertrags auf. Dies gilt insbesondere für Regelungen zu Vorgaben zu Eignungs- und Zuschlagskriterien, zu deren Ausgestaltung und zur Nachweisführung darüber. Im Rahmen der Nachweisführung wird (in Umsetzung von Art. 43 der Richtlinie 2014/24/EU) auch die Möglichkeit der Verwendung von Gütezeichen zur Nachweisführung geregelt werden.

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 GWB enthaltene Verordnungsermächtigung zur Regelung des Vergabeverfahrens für verteidigungs- oder 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- oder sicherheitsspezifischen Aufträgen.

Zu Nummer 8

§ 113 Satz 2 Nummer 8 fasst die bislang in § 127 Nummer 9 GWB enthaltene Befugnis zur Regelung des Freistellungsverfahrens für Sektorenauftraggeber und Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz sowie im bisherigen § 127 a Absatz 2 GWB 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 Pflicht zur Übermittlung von Vergabedaten)

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 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 Richt-

linie 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 eine Berichtspflicht der obersten Bundesbehörden und der Länder an das innerhalb der Bundesregierung federführende Bundesministerium für Wirtschaft und Energie im Drei-Jahres-Turnus vor. Diese Berichte ermöglichen es dann dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, der EU-Kommission die in den Richtlinien geforderten Überwachungsberichte zu übermitteln. § 114 Absatz 1 setzt dabei voraus, dass von den jeweils zuständigen Bundes- und Landesbehörden im Rahmen bestehender Rechtsaufsicht auch die Frage der Übereinstimmung der Vergabepaxis mit den Anforderungen dieses Teils und der aufgrund § 113 erlassenen Rechtsverordnungen geprüft wird. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie wird frühzeitig vor dem jeweiligen Berichtstermin praktische Hinweise zum empfohlenen Aufbau der Berichte geben.

Zu Absatz 2

Zum öffentlichen Auftragswesen existieren in Deutschland keine einheitlichen und belastbaren Daten. Ebenso fehlt ein einheitliches Erhebungs- und Auswertungsinstrument. Derzeit melden die einzelnen Vergabestellen verschiedene Daten in sehr unterschiedlicher Form und Vollständigkeit im Rahmen der bestehenden Regelungen an das 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 Zahl 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 zurzeit 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 übermittelnden 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 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 Berichtspflichten der Bundesrepublik Deutschland gegenüber der Europäischen Kommission.

In Satz 1 wird daher eine Verpflichtung aller Auftraggeber im Sinne des § 98 aufgenommen, die für die Gewinnung flächendeckender Daten zum Vergabewesen unterhalb und

oberhalb der jeweils geltenden Schwellenwerte erforderlichen Daten an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie 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 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 Gesetzgebungskompetenz des Bundes – auch im Hinblick auf die Einbeziehung der öffentlichen Aufträge unterhalb der jeweils geltenden Schwellenwerte – beruht auf Artikel 73 Absatz 1 Nummer 11 des Grundgesetzes (Statistik für Bundeszwecke). Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie beabsichtigt, die statistische Aufbereitung der übermittelten Daten gemäß § 8 Absatz 1 des Bundesstatistikgesetzes dem Statistischen Bundesamt zu übertragen. Dies soll der Gewinnung allgemein akzeptierter Daten über das Einkaufsverhalten der Auftraggeber im Sinne des § 98 dienen. In der Bundesrepublik Deutschland existiert zurzeit keine 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 Berichtspflichten gegenüber der Europäischen Kommission erfüllen kann, die sich aus den neuen EU-Vergaberichtlinien ergeben. Derartige Berichtspflichten 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 vergebenen Aufträge, die Art und Menge der jeweils vergebenen Leistung und die entsprechenden Auftragswerte für öffentliche Aufträge bzw. Vertragswerte für Konzessionen umfassen. Die Zahl der vergebenen Aufträge wird im Rahmen der Aufbereitung der übermittelten Daten errechnet. 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 zu machen. Das ist insbesondere im Hinblick auf die besondere Bedeutung des öffentlichen Einkaufs für den Wirtschaftsstandort Deutschland und die Erfüllung der verschiedenen Berichtspflichten sinnvoll und erforderlich.

Satz 2 bestimmt, dass die von den Auftraggebern an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zu übermittelnden Daten zu vergebenen Aufträgen oberhalb der jeweils geltenden Schwellenwerte höchstens eine Teilmenge der mithilfe der Vergabe- und Zuschlagsbekanntmachungen elektronisch an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union zu übermittelnden Daten umfassen. Diese Daten werden automatisch und vollelektronisch übermittelt. Den Auftraggebern entsteht durch die Datenübermittlung kein Erfüllungsaufwand.

Satz 3 begrenzt den Kreis der in Bezug auf Vergaben unterhalb der jeweils geltenden Schwellenwerte zur Datenübermittlung Verpflichteten auf öffentliche Auftraggeber gemäß § 99. Betroffen sind damit ausschließlich Vergaben von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen. Außerdem regelt Satz 3, dass auf dem Ordnungswege eine Bagatellgrenze eingeführt wird, unterhalb derer keine Daten zu Auftragsvergaben zu übermitteln sind. Schließlich grenzt Satz 3 die zu übermittelnden Daten auf Daten zur Art und zur Menge der vergebenen Liefer-, Bau- und Dienstleistungen sowie zum Wert des jeweils erfolgreichsten Angebots ein.

Eine Mengenangabe ist nur bei solchen Lieferungen und Leistungen zu übermitteln, die eindeutig der Stückzahl nach quantifizierbar sind. Abhängig von der jeweils vergebenen Leistung ist bei der Mengenangabe auf einzelne Liefer- und Leistungseinheiten, z.B. bei Kraftfahrzeugen oder Rechentechnik, oder auf handelsübliche Abpackungen, z.B. bei

Büroverbrauchsmaterial oder Sanitär- und Reinigungsbedarf, abzustellen. Schüttgüter oder andere Liefergegenstände, die nach Gewichts- oder Volumeneinheiten bemessen werden (z.B. in Kilogramm, Tonnen oder Kubikmetern), sind nicht der Menge nach anzugeben, sondern als eine Lieferung zu werten. Dasselbe gilt für Liefergegenstände, die zwar eindeutig der Stückzahl nach quantifizierbar sind, jedoch ausschließlich zum Zweck der dauerhaften Verbindung mit einem Bauwerk erworben werden, z.B. Elektroinstallationsmaterial, Fenster, Stahlträger oder Türen. Vergebene Bau- und Dienstleistungen sind jeweils als eine Leistung zu werten. Wertungsmaßstab ist hierbei das jeweils konkret in Bezug genommene Bauobjekt bzw. die jeweilige Art der Dienstleistung.

Die Einzelheiten der Datenübermittlung einschließlich des Umfangs der zu übermittelnden Daten und des Zeitpunkts des Inkrafttretens der entsprechenden Verpflichtungen sollen durch eine von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates zu erlassende Rechtsverordnung geregelt werden. Satz 4 enthält daher eine entsprechende Ermächtigung für die Bundesregierung.

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 und die Ausrichtung von Wettbewerben 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)

§ 116 enthält besondere Ausnahmen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und die Ausrichtung von Wettbewerben durch öffentliche Auftraggeber.

Zu Absatz 1

§ 116 Absatz 1 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 Absatz 1 Nummer 1 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 Absatz 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 Absatz 1 Nummer 1. Die Richtlinie 2009/81/EG enthält keine Ausnahme für Rechtsdienstleistungen. Die besonderen Ausnahmen für verteidigungs- oder sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge sind in § 145 geregelt.

§ 116 Absatz 1 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 Absatz 1 Nummer 1 fallen, kommt nicht das allgemeine Vergabeverfahren zur Anwendung, son-

dem das vereinfachte Verfahren im Sinne des § 130, für das ein höherer Schwellenwert in Höhe von 750.000 € 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 Absatz 1 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 Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe c) betrifft Beglaubigungs- und Beurkundungsdienstleistungen, sofern sie von Notaren zu erbringen sind.

Zu Buchstabe d

§ 116 Absatz 1 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 Absatz 1 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 Absatz 1 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 vorgese-

(nicht-amtliche Veröffentlichung – keine Gewähr – keine Haftung)

hen. 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 möglich.

Anders als bislang in § 100 Absatz 4 Nummer 2 GWB gilt die Rückausnahme künftig nur noch für bestimmte Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen. Dies betrifft die Referenznummern des Common Procurement Vocabulary 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 Referenznummern des Common Procurement Vocabulary fallen, sind vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ganz ausgeschlossen, ohne dass die Rückausnahme des § 116 Absatz 1 Nummer 2 zweiter Halbsatz zur Anwendung kommt. Dies betrifft zum Beispiel Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit (z.B. Referenznummern des Common Procurement Vocabulary 73400000-6 Forschung und Entwicklung für Sicherheits- und Verteidigungsgüter oder 73410000-9 Militärforschung und -technologie).

Für die in § 116 Absatz 1 Nummer 2 genannten Referenznummern des Common Procurement Vocabulary gilt die bisherige Rückausnahme des § 100 Absatz 4 Nummer 2 GWB, 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 Absatz 1 Nummer 3 dient der Umsetzung von Artikel 10 Buchstabe b) der Richtlinie 2014/24/EU. § 116 Absatz 1 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 Ausnahmenvorschrift 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 Absatz 1 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 Absatz 1 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 Absatz 1 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 Absatz 1 Nummer 4.

Zu Nummer 5

§ 116 Absatz 1 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 Absatz 1 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 Absatz 1 Nummer 5.

Zu Nummer 6

§ 116 Absatz 1 Nummer 6 dient der Umsetzung von Artikel 11 der Richtlinie 2014/24/EU und entspricht dem bisherigen § 100a 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 keine Anwendung finden.

Zu Absatz 2

§ 116 Absatz 2 dient der Umsetzung von Artikel 8 der Richtlinie 2014/24/EU und entspricht dem bisherigen § 100a Absatz 4 GWB. Die Begriffe „öffentliches Kommunikationsnetz“ und „elektronischer Kommunikationsdienst“ sind gemäß Artikel 8 der Richtlinie 2014/24/EU entsprechend den Definitionen der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 33) auszulegen. Dabei kann es sich zum Beispiel um öffentliche Kommunikationsnetze im Sinne des § 3 Nummer 16a, 27 TKG oder die Bereitstellung eines oder mehrerer elektronischer Kommunikationsdienste im Sinne des § 3 Nummer 17a, 24 des TKG handeln.

Zu § 117 (Besondere Ausnahmen für Vergaben, 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 27 der Richtlinie 2014/25/EU um. Artikel 15 und Artikel 17 der Richtlinie 2014/24/EU sowie Artikel 24 und Artikel 27 der Richtlinie 2014/25/EU regeln die Anwendung des Vergaberechts auf Aufträge und Wettbewerbe, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte beinhalten. Artikel 15 Absatz 2 und 3 und Artikel 17 der Richtlinie 2014/24/EU sowie Artikel 24 Absatz 2 und 3 und Artikel 27 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 Ausnahmereich 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.

Auch im Hinblick auf die in § 117 Nummer 1 bis 3 vorgesehenen Ausnahmen müssen Auftraggeber im Einzelfall bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfassen, prüfen, ob die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind. Daher wurde auf eine Konkretisierung bestimmter Bereiche (bislang § 100 Absatz 8 Nummer 3 GWB) verzichtet.

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 1 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 ist nicht anzuwenden, 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 und Artikel 27 Absatz 1 Buchstaben a), b) und c) der Richtlinie 2014/25/EU.

Zu Nummer 5

§ 117 Nummer 5 setzt Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 27 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um.

Zu § 118 (Bestimmten Auftragnehmern vorbehalten 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 Werkstätten für Menschen mit Behinderung 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 Werkstätten für Menschen mit Behinderung 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 Werkstätten für Menschen mit Behinderung oder in den Unternehmen Beschäftigten Menschen mit Behinderung oder benachteiligte Personen sein müssen.

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 dem 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

(nicht-amtliche Veröffentlichung – keine Gewähr – keine Haftung)

für diese Wahlfreiheit ist, dass das nicht offene Verfahren zwingend einen vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb erfordert.

Der öffentliche Auftraggeber hat beim nicht offenen Verfahren dafür Sorge zu tragen, dass die Auswahl der Bewerber auf der Grundlage objektiver Entscheidungskriterien zur Sicherstellung der größtmöglichen Transparenz sowie des fairen Wettbewerbs erfolgt, damit jeder Anschein einer Manipulationsmöglichkeit vermieden wird. Die konkrete Ausgestaltung der Verfahren sowie die Festlegung der Auswahlkriterien im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs dienen gleichzeitig der Korruptionsprävention.

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 § 119 Absatz 3 entspricht der bisherigen Regelung in § 101 Absatz 2 GWB.

Zu Absatz 4

Die Definition des nicht offenen Verfahren in § 119 Absatz 4 entspricht inhaltlich der Definition des bisherigen § 101 Absatz 3 GWB. Erstmals wird im Gesetz klargestellt, dass der Teilnahmewettbewerb nach objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien durchzuführen ist.

Zu Absatz 5

Die Definition des Verhandlungsverfahren in § 119 Absatz 5 entspricht der bisherigen Regelung des § 101 Absatz 5 GWB. Die Anpassungen sind sprachlicher Natur.

Zu Absatz 6

§ 119 Absatz 6 definiert den wettbewerblichen Dialog. Die Definition ist an die neue Formulierung in Artikel 30 Absatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU angepasst.

Zu Absatz 7

§ 119 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 besten 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 Marktabstottung 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 in Vergabeverfahren)

Die neue Vorschrift des § 120 enthält Definitionen zu verschiedenen Methoden und Instrumenten für die elektronische Auftragsvergabe und für Sammelbeschaffungen, die in 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 Sektorauftraggebern zur Verfügung stehen.

Zu Absatz 1

§ 120 Absatz 1 definiert das dynamische Beschaffungssystem und entspricht dem bisherigen § 101 Absatz 6 Satz 2 GWB. Er 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 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 der Umsetzung von Artikel 36 der Richtlinie 2014/24/EU sowie Artikel 54 der Richtlinie 2014/25/EU und definiert den elektronischen Katalog.

Zu Absatz 4

§ 120 Absatz 4 dient der Umsetzung von Artikel 37 der Richtlinie 2014/24/EU. Die Regelung verbessert die Möglichkeiten, den Beschaffungsbedarf öffentlicher Auftraggeber zusammenzuführen, um so Größenvorteile zu erzielen und Transaktionskosten zu verringern. Die Regelung erfasst die Fälle, in denen zentrale Beschaffungstätigkeiten einschließlich etwaiger Nebenbeschaffungstätigkeiten im Rahmen eines öffentlichen Auftrags, daher eines entgeltlichen Vertrags, ausgeführt werden.

Mit der Zentralisierung von Beschaffungstätigkeiten besteht die Möglichkeit, das Beschaffungsmanagement zu verbessern und weiter zu professionalisieren. Die Regelung schränkt dabei nicht die Möglichkeit ein, dass öffentliche Auftraggeber ohne festen institutionellen Rahmen bei Gelegenheit gemeinsam Vergabeverfahren durchführen oder bei der Vorbereitung oder Durchführung von Vergabeverfahren zusammenarbeiten.

Die Zusammenführung und Zentralisierung von Beschaffungen darf jedoch keine unzulässige Konzentration der Kaufkraft herbeiführen. Transparenz und Wettbewerb sowie die Möglichkeiten des Marktzugangs für KMU sind aufrechtzuerhalten. Die Teile 1 bis 3 dieses Gesetzes bleiben durch die Regelung der zentralen Beschaffung unberührt.

§ 120 Absatz 4 Satz 1 definiert die zentrale Beschaffungsstelle. Es handelt sich dabei um öffentliche Auftraggeber, die auf Dauer zentrale Beschaffungstätigkeiten einschließlich damit zusammenhängender Beratungs- oder Unterstützungsleistungen für andere öffentliche Auftraggeber erbringen. Die zentrale Beschaffungsstelle kann dabei auf zwei Arten tätig sein. Entweder kann sie selbst Waren oder Dienstleistungen beschaffen und anschließend weiterverkaufen oder im Auftrag und auf Rechnung anderer öffentlicher Auftraggeber Vergabeverfahren für diese durchführen.

In § 120 Absatz 4 Satz 2 wird klargestellt, dass öffentliche Auftraggeber zentrale Beschaffungsstellen nutzen können, um Liefer-, Bau-, oder Dienstleistungen zu beschaffen. Die zentrale Beschaffungsstelle kann dabei wiederum auf zwei Wegen genutzt werden. Erstens kann die zentrale Beschaffungsstelle selbst Liefer- und Dienstleistungen beschaffen und an den öffentlichen Auftraggeber weiterveräußern. Zweitens kommt eine Tätigkeit als Vermittler in Betracht, bei der die zentrale Beschaffungsstelle im Namen und auf Rechnung anderer öffentlicher Auftraggeber Vergabeverfahren durchführt oder Rahmenvereinbarungen abschließt. Eine solche Vermittlertätigkeit kann entweder im Wege eines autonom durchgeführten Vergabeverfahrens ausgeübt werden oder nach Weisung der betreffenden öffentlichen Auftraggeber. Obliegt die Durchführung der Vergabeverfahren allein der zentralen Beschaffungsstelle, so ist sie für die Rechtmäßigkeit des Verfahrens allein und unmittelbar verantwortlich. Ist dies nicht der Fall, bleibt der öffentliche Auftraggeber selbst für die Maßnahmen des Vergabeverfahrens verantwortlich, die er selbst durchführt oder anweist.

§ 120 Absatz 4 Satz 3 gestattet es öffentlichen Auftraggebern ausdrücklich, öffentliche Dienstleistungsaufträge zur Ausübung zentraler Beschaffungstätigkeiten an zentrale Beschaffungsstellen ohne ein in der Richtlinie vorgesehenes Vergabeverfahren zu vergeben. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn es sich bei dem Auftrag um eine entgeltliche Leistung handelt.

Nach § 120 Absatz 4 Satz 4 können entsprechende Dienstleistungsaufträge auch Beratungs- und Unterstützungsleistungen bei der Planung und Durchführung von Vergabeverfahren (Nebenbeschaffungstätigkeit) umfassen. Nebenbeschaffungstätigkeiten sind insbesondere die Bereitstellung der technischen Infrastruktur oder Beratungsleistungen für die Durchführung von Vergabeverfahren sowie die Vorbereitung und Verwaltung des Verfahrens selbst. Handelt es sich bei einem Dienstleistungsauftrag ausschließlich um Beratungs- oder Unterstützungsleistungen, ist dagegen ein Vergabeverfahren durchzuführen.

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 § 121 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 Formulierung des Absatzes 1 lässt einen weiten Spielraum bei Art und Umfang der Beschreibung zu. So kann der Beschaffungsgegenstand durch konkrete Leistungsanforderungen oder – offener – durch Funktionsanforderungen definiert werden. Bei geistig-schöpferischen Leistungen, etwa mit Blick auf zu erbringende Planungsleistungen, kann auch bereits die Beschreibung der zu lösenden Aufgabe ausreichen. Die Vorschrift greift den Regelungsgehalt der §§ 7 VOB/A EG, 8 VOL/A EG und 6 VOF auf.

Die weiteren Anforderungen des Artikels 42 der Richtlinie 2014/24/EU werden im Rahmen der Vergabeverordnung (VgV) umgesetzt. Hier wird auch klargestellt, dass die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Merkmale der Leistung nicht zwingend materielle Auswirkungen auf die Leistung selbst haben müssen, sondern sich auch auf die Art der Herstellung der Leistung einschließlich der Aspekte entlang der Produktions- und Lieferkette (z.B. unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen) oder einen spezifischen Prozess des Lebenszyklus' der Leistung (z.B. mit Blick auf deren Recycling-Fähigkeit) beziehen können.

Zu Absatz 2

§ 121 Absatz 2 dient der Umsetzung von Art. 42 Absatz 1 Unterabsatz 4 und 5 der Richtlinie 2014/24/EU. Bei Bau-, Liefer- und Dienstleistungen sind bereits bei der Definition des Beschaffungsbedarfs die Aspekte des „Designs für Alle“ einschließlich des Zugangs für Menschen mit Behinderung zu berücksichtigen, um dieser Personengruppe einen gleichberechtigten Zugang oder die gleichen Nutzungsmöglichkeiten an einem öffentlichen Gebäude, einem Produkt oder einer Dienstleistung zu ermöglichen. Sofern es für die Zugänglichkeit (Barrierefreiheit) für Menschen mit Behinderungen bereits nationale oder internationale Normen gibt, sind diese grundsätzlich anzuwenden.

Zu Absatz 3

§ 121 Absatz 3 stellt sicher, dass die Leistungsbeschreibung zwingend bereits 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 Absatz 1 Nummer 1 gegeben, wenn das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat. Nach § 124 Absatz 1 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 infrage 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 arbeitschutzrechtlicher 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 gesetzestreu 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. Damit ändert sich nichts an der geltenden Rechtslage, wann ein Bewerber oder Bieter in einem Vergabeverfahren wegen Verstößen gegen geltendes Recht nicht zum Zuge kommen darf.

Zu Absatz 2

§ 122 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 der Richtlinie 2014/24/EU vorgesehenen Kategorien „Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung“, „wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit“ sowie „technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ sind die zugelassenen Kategorien der Eignung abschließend geregelt. Alle Eignungskriterien, 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

§ 122 Absatz 3 entspricht dem bisherigen § 97 Absatz 4a GWB und lässt die Einrichtung staatlicher oder privatwirtschaftlich organisierter, anerkannter Präqualifizierungssysteme zum vereinfachten Nachweis der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen 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 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 Bauvor-

habens 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 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). Absatz 4 Satz 2 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)

Die in § 123 und § 124 geregelten Ausschlussgründe legen fest, wann ein Bewerber oder Bieter im Rahmen der Auswahl der Teilnehmer eines Vergabeverfahrens von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann bzw. werden muss. Davon zu unterscheiden ist der Ausschluss eines Angebots, weil dieses beispielsweise formale Mängel aufweist; dazu werden Regelungen in der Vergabeverordnung getroffen.

§ 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 Absatz 1, 2 und 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 Absatz 5 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 oder § 123 Absatz 4 Satz 2 durchgeführt hat.

Artikel 57 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU sieht einen Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers für den Fall vor, dass „dieser Wirtschaftsteilnehmer“ wegen einer der aufgelisteten Straftaten rechtskräftig verurteilt worden ist. Das ist zum einen dann der Fall, wenn eine natürliche Person, deren Verhalten dem Wirtschaftsteilnehmer nach Artikel 57 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU zuzurechnen ist, verurteilt worden ist. Zum anderen liegt eine Verurteilung des Wirtschaftsteilnehmers im Sinne von Artikel 57 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU aber auch dann vor, wenn gegen das Unternehmen selbst eine Geldbuße nach § 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten festgesetzt worden ist. Voraussetzung dafür ist, dass eine natürliche Person, deren Verhalten dem Unternehmen zuzurechnen ist, eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat, durch die Pflichten des Unternehmens verletzt worden sind oder das Unternehmen bereichert worden ist bzw. werden sollte. Die Richtlinie 2014/24/EU stellt nicht auf eine strafgerichtliche Verurteilung ab, sondern auf eine Verurteilung aufgrund einer Straftat; daher wird auch die Verurteilung eines Unternehmens nach § 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten erfasst.

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 Menschenhandel ergänzt. Die Umsetzung in § 123 geht grundsätzlich nicht über die verpflichtenden Vorgaben der Richtlinie hinaus und zeichnet diese soweit wie möglich für das deutsche Recht nach. 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 Kata-

log 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. Bei nicht in § 123 aufgeführten Straftaten kann aber der fakultative Ausschlussgrund nach § 124 Absatz 1 Nummer 3 in Betracht kommen.

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 3 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 Absatz 1 Nummer 2 ein.

§ 123 Absatz 1 Nummer 1 und 2 setzen Artikel 57 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe a, d und e (letzteres betreffend Terrorismusfinanzierung) der Richtlinie 2014/24/EU um. Durch Absatz 1 Nummer 3 wird Artikel 57 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe e (betreffend Geldwäsche) der Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt. Absatz 1 Nummer 4 und 5 setzen Artikel 57 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe c (Betrug) der Richtlinie 2014/24/EU um. Durch Absatz 1 Nummer 6, 7, 8 und 9 wird Artikel 57 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe b (Bestechung) der Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt. Die Richtlinienvorschrift spricht von „Bestechung im Sinne des nationalen Rechts des öffentlichen Auftraggebers oder des Wirtschaftsteilnehmers“. Da hier der Begriff der Bestechung als Oberbegriff zu verstehen ist (wofür auch die Verwendung des Begriffs „corruption“ in der englischen Sprachfassung der Richtlinie spricht), wird diese Richtlinienvorschrift durch Verweis auf mehrere Straftatbestände umgesetzt. In Nummer 8 wird daher nicht nur der Straftatbestand der Bestechung von Amtsträgern nach § 334 des Strafgesetzbuchs aufgeführt, sondern auch der damit eng verwandte Straftatbestand der Vorteilsgewährung für Amtsträger nach § 333 des Strafgesetzbuchs. Durch Absatz 1 Nummer 10 wird Artikel 57 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe f der Richtlinie 2014/24/EU betreffend Menschenhandel umgesetzt.

Zu Absatz 2

§ 123 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 einer Verurteilung nach den in Artikel 57 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU genannten Tatbeständen entsprechen. Eine inhaltliche Entsprechung fehlt auch dann, wenn die Verurteilung mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts, insbesondere mit den Grundrechten, unvereinbar ist.

Zu Absatz 3

§ 123 Absatz 3 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.

Die Formulierung in Absatz 3 („für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher“) erfolgt in Anlehnung an § 30 Absatz 1 Nummer 5 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten: Diese Vorschrift regelt, wann aufgrund einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit 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. Danach gehört zu den für die Leitung des Unter-

nehmens verantwortlich handelnden Personen insbesondere, wer vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder Mitglied eines solchen Organs, Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder Mitglied eines solchen Vorstands, vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft oder Generalbevollmächtigter ist oder wer in leitender Stellung Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person, eines nicht rechtsfähigen Vereins bzw. einer rechtsfähigen Personengesellschaft ist.

Gemäß Artikel 57 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU findet die Verpflichtung zum Ausschluss eines Unternehmens auch dann Anwendung, wenn „die rechtskräftig verurteilte Person ein Mitglied im Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremium dieses Unternehmens ist oder darin Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse hat“. Das Wort „darin“ 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 3, 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. Nur solche Straftaten können dem „Wirtschaftsteilnehmer“ im Sinne von Artikel 57 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU zugerechnet werden, mit der Folge des zwingenden Ausschlusses des Unternehmens. 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 4

§ 123 Absatz 4 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 2014/24/EU um. Bisher war hierfür im europäischen und im deutschen Vergaberecht nur ein fakultativer Ausschluss vorgesehen. Unter diesen Ausschlussgrund fällt die durch bestandskräftige Verwaltungsentscheidung oder rechtskräftige Gerichtsentscheidung festgestellte Nichtentrichtung von Steuern, Abgaben und Sozialversicherungsbeiträgen trotz bestehender Verpflichtung des Unternehmens hierzu. Auch Verurteilungen wegen Steuerhinterziehung nach § 370 der Abgabenordnung und wegen Vorenthaltung und Veruntreuung von Sozialversicherungsbeiträgen nach § 266a des Strafgesetzbuchs werden als Unterfälle von diesem neuen zwingenden Ausschlussgrund erfasst. Deshalb werden sie nicht in dem Katalog des Absatzes 1 aufgeführt.

§ 123 Absatz 4 Satz 2 enthält eine spezielle Vorschrift zur Möglichkeit der Selbstreinigung bei Vorliegen dieses Ausschlussgrundes, die der strengeren allgemeinen Regelung in § 125 vorgeht.

Zu Absatz 5

§ 123 Absatz 5 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 oder das Unternehmen einen günstigeren Preis geboten hatte, 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 5 Satz 2 – 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 als Beispiele für eine solche offensichtliche Unverhältnismäßigkeit auf, dass nur geringfügige Beträge an Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen nicht gezahlt wurden oder dass das Unternehmen im Zusammenhang mit der Zahlung von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen so spät über den genauen geschuldeten Betrag unterrichtet wurde, dass es keine Möglichkeit hatte, die nachträgliche Zahlung vor dem Ablauf der Frist für die Beantragung der Teilnahme bzw. im offenen Verfahren der Frist für die Einreichung der Angebote durchzuführen.

Zu § 124 (Fakultative Ausschlussgründe)

§ 124 regelt, wann ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann. Das betrifft insbesondere den Fall eines schwerwiegenden beruflichen Fehlverhaltens, das die Integrität eines Unternehmens infrage stellt und das zum Ausschluss führen kann, 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, dann wenn der fakultative Ausschlussgrund nachweislich vorliegt. 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. Im Einzelfall und abhängig von dem anwendbaren Ausschlussgrund kann das Ermessen des öffentlichen Auftraggebers auf Null reduziert sein, so dass nur ein Ausschluss ermessensfehlerfrei ist.

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, insbesondere nach § 124 Absatz 1 Nummer 3, 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.

Zu Absatz 1

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 Absatz 1 orientiert sich eng an den Vorgaben der Richtlinie.

Zu Nummer 1

§ 124 Absatz 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- oder 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 gemäß Artikel 18 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU alle für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, aber auch durch für das Unternehmen verbindliche Tarifverträge festgelegt sind. Davon umfasst sind auch die in Anhang X der Richtlinie 2014/24/EU aufgeführten internationalen Abkommen (ILO-Kernarbeitsnormen, das Wiener Übereinkommen zum Schutz der Ozonschicht und das im Rahmen dieses Übereinkommens geschlossene Montrealer Protokoll über Stoffe, die zum Abbau der Ozonschicht führen, das Basler Übereinkommen über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung, das Stockholmer Übereinkommen über persistente organische Schadstoffe und das UNEP/FAO-Übereinkommen vom 10. September 1998 über das Verfahren der vorherigen Zustimmung nach Inkennzeichnung für bestimmte gefährliche Chemikalien sowie Pflanzenschutz- und Schädlingsbekämpfungsmittel im internationalen Handel und seine drei regionalen Protokolle). Nach der Zielstellung sind von dem Ausschlussgrund im deutschen vergaberechtlichen Kontext auch Zahlungsverpflichtungen an tarifvertragliche Sozialkassen umfasst. Erforderlich für das Bestehen eines Ausschlussgrundes nach Nummer 1 ist, dass der öffentliche Auftraggeber einen Verstoß gegen die Verpflichtungen nachweist.

Zu Nummer 2

§ 124 Absatz 1 Nummer 2 setzt Artikel 57 Absatz 4 Buchstabe b um.

Zu Nummer 3

§ 124 Absatz 1 Nummer 3 setzt Artikel 57 Absatz 4 Buchstabe c der Richtlinie 2014/24/EU 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 eingengt, als nunmehr die schwere Verfehlung des Unternehmens oder einer für das Unternehmen im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit handelnden Person die Integrität des Unternehmens infrage stellen muss. Eine schwere Verfehlung kommt bei der Verletzung gesetzlicher oder vertraglicher Verpflichtungen (z.B. auch bei der Verletzung von Auftragsausführungsbedingungen bei früheren öffentlichen Aufträgen) in Betracht, die eine solche Intensität und Schwere aufweisen, dass der öffentliche Auftraggeber berechtigterweise an der Integrität des Unternehmens zweifeln darf. Im Regelfall dürften Verletzungen der Verpflichtung zu Vertraulichkeit und Sicherheit eine schwere Verfehlung im Sinne des § 124 Absatz 1 Nummer 3 darstellen, durch die die Integrität des Unternehmens infrage gestellt wird.

Der fakultative Ausschlussgrund nach Nummer 3 hat auch weiterhin eine Bedeutung als Auffangtatbestand, der neben den anderen fakultativen oder zwingenden Ausschlussgründen anwendbar sein kann, wenn deren Voraussetzungen nicht oder nur teilweise vorliegen. So kann eine schwere, die Integrität des Unternehmens beeinträchtigende Verfehlung nach Nummer 3 insbesondere auch dann in Betracht kommen, wenn hinsichtlich einer nach § 123 zu einem zwingenden Ausschlussgrund führenden Straftat noch keine rechtskräftige Verurteilung vorliegt (so auch Erwägungsgrund 101 der Richtlinie 2014/24/EU) oder wenn eine Straftat begangen wurde, die zwar nicht in § 123 aufgeführt ist, aber durch die die Integrität des Unternehmens infrage gestellt wird.

Zu Nummer 4

Die Formulierung in § 124 Absatz 1 Nummer 4, die Artikel 57 Absatz 4 Buchstabe d der Richtlinie 2014/24/EU umsetzt, greift die Formulierung des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen in § 1 auf. Dieser Ausschlussgrund ist nicht auf Fälle von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen im Rahmen des laufenden Vergabeverfahrens beschränkt. Der Ausschlussgrund liegt jedenfalls dann vor, wenn eine Kartellbehörde einen Verstoß in einer Entscheidung festgestellt hat. Die bloße Durchführung von kartellbehördlichen Ermittlungsmaßnahmen, beispielsweise Durchsuchungen, wird dagegen regelmäßig noch nicht ausreichen, um einen Ausschlussgrund nach Nummer 4 zu begründen.

Zu Nummer 5

Dagegen erfasst § 124 Absatz 1 Nummer 5 nur den Fall, dass 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. Dabei kann nach Artikel 24 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU die für den öffentlichen Auftraggeber tätige Person außer einem Mitarbeiter oder einer Mitarbeiterin des öffentlichen Auftraggebers auch ein im Namen des öffentlichen Auftraggebers handelnder Beschaffungsdienstleister sein. Die Person muss nach Artikel 24 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sein oder Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens nehmen können.

Zu Nummer 6

§ 124 Absatz 1 Nummer 6 setzt Artikel 57 Absatz 4 Buchstabe f der Richtlinie 2014/24/EU um und betrifft den Fall, dass ein Unternehmen in die Vorbereitung des gerade laufenden Vergabeverfahrens einbezogen wurde und daraus im Sinne von Artikel 41 der Richtlinie 2014/24/EU eine Wettbewerbsverzerrung im laufenden Vergabeverfahren resultiert, die nicht wirksam durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen beseitigt werden kann. Nach Artikel 41 Unterabsatz 2 Satz 2 der Richtlinie 2014/24/EU wird der betreffende Bewerber oder Bieter nur dann vom Verfahren ausgeschlossen, wenn keine andere Möglichkeit besteht, die Einhaltung der Pflicht zur Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung zu gewährleisten. Vor einem solchen Ausschluss muss den Bewerbern oder Bietern die Möglichkeit gegeben werden, nachzuweisen, dass ihre Beteiligung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens den Wettbewerb nicht verzerren kann. Der öffentliche Auftraggeber muss die ergriffenen Maßnahmen im Vergabebericht dokumentieren.

Zu Nummer 7

Nach § 124 Absatz 1 Nummer 7 besteht nunmehr auch dann eine Ausschlussmöglichkeit, wenn bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags (eines öffentlichen Auftraggebers oder eines Sektorenauftraggebers) oder eines früheren Konzessionsvertrags durch das Unternehmen erhebliche Mängel aufgetreten sind. Nummer 7 setzt Artikel 57 Absatz 4 Buchstabe g der Richtlinie 2014/24/EU um. Dieser fakultative Ausschlussgrund liegt vor, wenn im Rahmen der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags oder Konzessionsvertrags – nicht notwendigerweise desselben Auftraggebers – das Unternehmen eine wesentliche Anforderung erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies auch zu einer vorzeitigen Beendigung, Schadensersatz oder einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat. Eine einmalige mangelhafte Leistung kann dann einen Ausschlussgrund nach Nummer 7 begründen, wenn es sich dabei um eine erhebliche Schlechterfüllung einer wesentlichen Anforderung handelt. 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 machen, 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, beispielsweise Verstöße gegen eine Verpflichtung zur Wahrung der Vertraulichkeit oder gegen wesentliche Sicherheitsauflagen. Erforderlich ist hier – ebenso wie bei den anderen fakultativen Ausschlussgründen – eine Prognoseentscheidung dahingehend, ob von

dem Unternehmen trotz der festgestellten früheren Schlechtleistung im Hinblick auf die Zukunft zu erwarten ist, dass es den nunmehr zu vergebenden öffentlichen Auftrag gesetzestreu, ordnungsgemäß und sorgfältig ausführt.

Neben dem Vorliegen früherer Mängel ist für das Eingreifen dieses Ausschlussgrundes erforderlich, dass die Mängel zu einer vorzeitigen Beendigung, Schadensersatz oder einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt haben. Eine Rechtsfolge muss, um eine vergleichbare Rechtsfolge im Sinne dieser Vorschrift zu sein, nicht zu einer vorzeitigen vollständigen Beendigung des Vertragsverhältnisses führen, sie muss aber hinsichtlich ihres Schweregrades mit einer vorzeitigen Beendigung oder Schadensersatz vergleichbar sein. Als vergleichbare Rechtsfolge kommt beispielsweise eine Ersatzvornahme in Betracht, aber auch das Verlangen nach umfangreichen Nachbesserungen kann unter Umständen eine vergleichbare Rechtsfolge sein.

Zu Nummer 8

§ 124 Absatz 1 Nummer 8 setzt Artikel 57 Absatz 4 Buchstabe h der Richtlinie 2014/24/EU um.

Zu Nummer 9

§ 124 Absatz 1 Nummer 9 setzt Artikel 57 Absatz 4 Buchstabe i der Richtlinie 2014/24/EU um.

Absatz 2

Die in Absatz 2 genannten spezialgesetzlichen Vorschriften enthalten besondere Regelungen zum Ausschluss von Unternehmen von Vergabeverfahren. Danach können bzw. sollen Unternehmen von der Teilnahme an Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn sie z.B. gegen Vorgaben des Mindestlohngesetzes verstoßen haben und deswegen mit einer bestimmten Geldbuße belegt wurden. Absatz 2 stellt klar, dass diese spezialgesetzlichen Vorgaben von den allgemeinen vergaberechtlichen Regelungen unberührt bleiben.

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 dann 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 Vorliegens 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 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 gegenüber öffentlichen Auftraggebern zu. Die getroffenen Selbstreinigungsmaßnahmen sind nur im Hinblick auf die Prüfung der Zuverlässigkeit eines Bewerbers oder 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. Dabei muss das Unternehmen auch zumindest die Umriss der den Ausschlussgrund begründenden Straftat bzw. des Fehlverhaltens gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber darlegen, damit der öffentliche Auftraggeber die durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen gemäß § 125 Absatz 2 unter Berücksichtigung der Schwere und besonderen Umstände der Straftat oder des Fehlverhaltens bewerten kann.

§ 125 Absatz 1 setzt Artikel 57 Absatz 6 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU um und Absatz 2 setzt Artikel 57 Absatz 6 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU 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 rechtskräftigen 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. Das Recht des Unternehmens, einen streitigen Schadensersatzanspruch vor einem Gericht im Rahmen eines Schadensersatzprozesses zu klären, wird durch die Regelung zur Selbstreinigung nicht beeinträchtigt. 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 und der Identität der einzelnen Gläubiger 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 beziehungsweise gegenüber Gläubigern, die konkret Schadensersatzforderungen geltend machen, die Verpflichtung zum Ausgleich des Schadens dem Grunde nach anerkennt.

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 zur früheren Rechtslage 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). Für dieses weite Verständnis des in Artikel 57 Absatz 6 der Richtlinie 2014/24/EU verwandten Begriffs der „Ermittlungsbehörden“ 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. Der öffentliche Auftraggeber muss zur Prüfung der Zuverlässigkeit des Bieters in der Lage sein, die durchgeführten Selbstreini-

gungsmaßnahmen vor dem Hintergrund des bestehenden Ausschlussgrundes 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 zu bewerten, ob die ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen unter Berücksichtigung der Schwere und der besonderen Umstände der Straftat oder des Fehlverhaltens ausreichend sind (vgl. § 125 Absatz 2). Eine Sachverhaltsaufklärungspflicht im Hinblick auf alle Details der Straftat oder des Fehlverhaltens besteht gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber aber nicht, sondern nur hinsichtlich der für seine Prüfung relevanten Umstände.

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 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.

§ 125 Absatz 1 Satz 2 stellt klar, dass der in § 123 Absatz 4 Satz 2 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 (Zulässiger Zeitraum für Ausschlüsse)

§ 126 setzt Artikel 57 Absatz 7 Satz 2 und 3 der Richtlinie 2014/24/EU um. Danach darf ein Ausschluss wegen des Vorliegens eines Ausschlussgrundes nur während eines bestimmten Zeitraums nach der rechtskräftigen Verurteilung oder dem anderen betreffenden Ereignis erfolgen und die Dauer von Auftragsperren darf, sofern sie nicht durch eine gerichtliche Entscheidung erfolgen, bestimmte Fristen nicht überschreiten. Der Zeitpunkt des Ereignisses, ab dem der zulässige Zeitraum zu laufen beginnt, bestimmt sich nach den Vorschriften zu den Ausschlussgründen (§§ 123 und 124). Bei den fakultativen Ausschlussgründen hängt es vom jeweils vorliegenden Ausschlussgrund ab, auf welches „betreffendes Ereignis“ abzustellen ist. So ist beispielsweise bei dem fakultativen Ausschlussgrund der Insolvenz des Bewerbers oder Bieters nach § 124 Absatz 1 Nr. 2 auf den Zeitpunkt abzustellen, an dem über das Vermögen des Unternehmens ein Insolvenzverfahren beantragt oder eröffnet worden ist. Bei dem fakultativen Ausschlussgrund eines Verstoßes gegen Wettbewerbsrecht nach § 124 Absatz 1 Nr. 4 kann das betreffende Ereignis insbesondere die Entscheidung der zuständigen Kartellbehörde über das Vorliegen eines Wettbewerbsverstoßes sein.

§ 126 regelt nicht nur den Zeitraum, innerhalb dessen das Vorliegen eines Ausschlussgrundes von einem öffentlichen Auftraggeber in einem konkreten Vergabeverfahren noch

berücksichtigt werden darf, sondern auch die Höchstdauer von Auftragssperren, unabhängig von deren Art und Grundlage. Im Hinblick auf die Dauer einer Auftragssperre besteht innerhalb der durch § 126 festgelegten Grenzen Ermessen, bei dessen Ausübung die Schwere und die besonderen Umstände der Straftat oder des Fehlverhaltens berücksichtigt werden müssen.

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 der Richtlinie 2014/24/EU 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 § 127 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.

§ 127 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 nicht-marktüblichen, 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, der Berücksichtigung von Aspekten der Barrierefreiheit oder des "Designs für Alle" sowie positive Umwelteigenschaften (z.B. Klima- und Energieeffizienzigenschaften) 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 (auch der Rohstoffgewinnung), 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 (z.B. durch die Beachtung internationaler Standards, wie etwa die ILO-Kernarbeitsnormen entlang der Produktions- und Lieferkette) 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 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 § 127 Absatz 4 Satz 1 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.

§ 127 Absatz 4 Satz 2 dient der Umsetzung von Artikel 45 Absatz 2 Satz 2 der Richtlinie 2014/24/EU. Aufgrund der Bedeutung von Innovation sollten öffentlichen Auftraggeber so oft wie möglich Nebenangebote zulassen. Die Regelungen zu Nebenangeboten werden, insbesondere im Hinblick auf das Erfordernis zur Festlegung von Mindestbedingungen, auf Ebene der Rechtsverordnungen weiter ausgeführt. Die Regelung der Zuschlagskriterien erfolgt aufgrund des Sachzusammenhangs im Rahmen des § 127 Absatz 4. Öffentliche Auftraggeber haben nach dieser Vorschrift die Zuschlagskriterien so zu wählen, dass sie sowohl auf die Nebenangebote als auch auf die Hauptangebote angewandt werden können. Nach § 127 Absatz 1 wird der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt. Die Bestimmung des aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgt dabei gemäß Absatz 2 anhand des besten Preis-

Leistungs-Verhältnisses. Dabei ist es aber auch zulässig, den Zuschlag allein auf das preislich günstigste Angebot zu erteilen. Mit Artikel 45 Absatz 2 Satz i.V.m. Artikel 67 Absatz 2 und 5 der Richtlinie 2014/24/EU hat der Unionsgesetzgeber klargestellt, dass auch bei Nebenangeboten das wirtschaftlich günstigste Angebot allein auf der Grundlage des Preises ermittelt werden kann. Als Korrektiv legt der öffentliche Auftraggeber Mindestbedingungen fest, die Nebenangebote erfüllen müssen, um berücksichtigt zu werden.

Zu Absatz 5

§ 127 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 sind, dem öffentlichen Auftraggeber aber dennoch sinnvoll erscheinen.

Zu Absatz 1

Mit § 128 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 Rechtsordnungen 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 (vgl. § 127 Absatz 3). Damit ist es beispielsweise zulässig, den Einsatz von Auszubildenden oder Langzeitarbeitslosen bei der Ausführung des konkreten Auftrages festzuschreiben, da in diesen Fällen eine Verbindung zum Auftragsgegenstand vorliegt. Nach Erwägungsgrund 98 der Richtlinie 2014/24/EU sind auch Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz und zur verstärkten Beteiligung von Frauen am Erwerbsleben denkbar. Nicht möglich ist es, über Ausführungsbedingungen dem Unternehmen allgemeine Vorgaben für seine Unternehmenspolitik oder Betriebsorganisation zu machen.

Die Ausführungsbedingungen können sich insbesondere 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. Auch die Beachtung bestimmter sicherheitsspezifischer Aspekte wie den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen (siehe Artikel 21 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU, Artikel 39 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU und Artikel 28 Absatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU) kann der öffentliche Auftraggeber im Rahmen von Ausführungsbedingungen vorgeben. 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.

In allgemeiner Hinsicht hat der Unionsgesetzgeber in Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2014/24/EU darauf hingewiesen, dass die zunehmende Vielfalt öffentlicher Tätigkeiten es erforderlich mache, den Begriff der Auftragsvergabe selbst klarer zu definieren. Diese Präzisierung als solche sollte jedoch den Anwendungsbereich der neuen EU-Vergaberichtlinie im Verhältnis zu dem der Richtlinie 2004/18/EG nicht erweitern. Nicht alle Formen öffentlicher Ausgaben sollten abgedeckt werden, sondern nur diejenigen, die für den Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen im Wege eines öffentlichen Auftrags getätigt werden. Fälle, in denen alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe – ohne Selektivität – berechtigt sind, sollten nicht als Auftragsvergabe verstanden werden, sondern als einfache Zulassungssysteme (z.B. Zulassungen für Arzneimittel oder ärztliche Dienstleistungen). Daraus lässt sich schließen, dass die Zulassung von Dienstleistungserbringern im sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnis nicht der Richtlinie 2014/24/EU unterfällt. Gleiches gilt für die Zulassung von Pflegeeinrichtungen sowie die Feststellung der fachlichen Eignung im Rahmen der Zulassung besonderer Dienste oder besonderer Einrichtungen. Weiterhin hat der Unionsgesetzgeber in Erwägungsgrund 6 hervorgehoben, dass es den Mitgliedstaaten freistehe, die Erbringung von sozialen oder anderen Dienstleistungen entweder als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse oder als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse oder als eine Mischung davon zu organisieren. Der Unionsgesetzgeber stellt in diesem Zusammenhang klar, dass nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nicht in den Geltungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU fallen. Schließlich hebt der Unionsgesetzgeber in Erwägungsgrund 114 hervor, dass es den Mitgliedstaaten und Behörden auch künftig frei stehe, diese Dienstleistungen selbst zu erbringen oder soziale Dienstleistungen in einer Weise zu organisieren, die nicht mit der Vergabe öffentlicher Aufträge verbunden ist, beispielsweise durch die bloße Finanzierung solcher Dienstleistungen oder durch Erteilung von Lizenzen oder Genehmigungen – ohne Beschränkung oder Festsetzung von Quoten – für alle Wirtschaftsteilnehmer, die die vom öffentlichen Auftraggeber vorab festgelegten Bedingungen erfüllen; dabei weist der Unionsgesetzgeber auf die Voraussetzung hin, dass ein solches System eine ausreichende Bekanntmachung gewährleistet und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügt.

Soweit ein öffentlicher Auftrag über soziale und anderen besonderen Dienstleistungen vorliegt, sieht die Richtlinie 2014/24/EU für diese Kategorie öffentlicher Aufträge ein vereinfachtes Vergabeverfahren als besondere Beschaffungsregelung 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 der 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 Vergabe-

rechts 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 Absatz 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 in Anhang XVII der Richtlinie 2014/25/EU sind Postdienste unter Nennung der Referenznummern des Common Procurement Vocabulary als soziale und andere besondere Dienstleistungen aufgeführt, für die das erleichterte Sonderregime gilt. Allerdings stellen die Erwägungsgründe 119 der 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 der 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 im GWB aufgegriffen. Weitere Verfahrenserleichterungen können auf Verordnungsebene im Rahmen der Ermächtigung des § 113 aufgegriffen werden. 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.

Zu Absatz 1

§ 130 Absatz 1 Satz 1 eröffnet öffentlichen Auftraggebern bei der Vergabe öffentlicher Aufträge über soziale und andere besondere Dienstleistungen die Wahl zwischen offenem Verfahren, nicht offenem Verfahren, Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, wettbewerblichen Dialog und Innovationspartnerschaft. Künftig sollen öffentliche Auftraggeber hierbei 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 grundsätzlich uneingeschränkt zur Anwendung. 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 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 Absatz 1 Satz 2 bestimmt, dass ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nur zur Verfügung steht, soweit dies aufgrund dieses Gesetzes gestattet ist. Somit müssen die in der Vergabeverordnung umzusetzenden Zulassungsvoraussetzungen für das Verhandlungsverfahren ohne vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb gemäß Artikel 32 der Richtlinie 2014/24/EU beachtet werden.

Zu Absatz 2

§ 130 Absatz 2 eröffnet für den Bereich öffentlicher Aufträge über soziale und andere besondere Dienstleistungen zulässige Auftragsänderungen ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens abweichend von § 132 Absatz 3, wenn der Wert der Änderung nicht mehr als 20 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes beträgt. Grund dafür ist, dass der Anstieg der Nachfrage nach sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen durch äußere, vom öffentlichen Auftraggeber nicht vorhersehbare und beeinflussbare Umstände bewirkt werden kann. Öffentliche Auftraggeber sollen in solchen Sachverhaltskonstellationen vereinbarte Teilnehmerkontingente flexibel in einem höheren Umfang erweitern können, um den Bedürfnissen betroffener Menschen vor allem im Sozial-, Bildungs- und Gesundheitsbereich angemessen Rechnung tragen zu können. Die Begrenzung von Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit auf 10 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes im Rahmen des allgemeinen Vergaberegimes trägt diesen Besonderheiten nur eingeschränkt Rechnung. Daher ist es sinnvoll, für soziale und andere besondere Dienstleistungen die Begrenzung auf 20 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes zu erweitern. Diese Grenze entspricht der bisherigen Wertgrenze in der VOL/A zur freihändigen Vergabe bei nichtprioritären Dienstleistungen. Zum Beispiel kann eine steigende Nachfrage nach Arbeitsmarktdienstleistungen auf konjunkturelle Rahmenbedingungen zurückzuführen sein. Aufgrund weiterer nicht vorhersehbarer Verschlechterungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen oder nicht vorhersehbaren regionalen Veränderungen auf dem Ausbildungs- und Arbeitsmarkt (z. B. Unternehmensinsolvenz) kann sich innerhalb der Vertragslaufzeit ein erheblicher Mehrbedarf gegenüber der ursprünglichen Planung vor einer Ausschreibung von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen wie z. B. Arbeitsmarktdienstleistungen ergeben. In solchen Fällen müssen öffentliche Auftraggeber in der Lage sein, zeitnah laufende Verträge um zusätzliche Teilnehmerkontingente zu erweitern.

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 öffentlichen 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 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates 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 der Richtlinie 2014/24/EU 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 in § 130 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 des § 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 des § 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 1. Abschnitt, 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 aufgrund 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 Absatz 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 Satz 1 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, die in Deutschland durch § 613a BGB umgesetzt wurde, erfolgt wäre. Absatz 3 fügt die sich aus Artikel 4 Absatz 5 Satz 1 der Verordnung (EG) Nummer 1370/2007 ergebende Ermächtigung in das GWB-Vergaberecht ein. Die Regelung macht deutlich, dass es kein entgegenstehendes nationales Recht gibt.

Verpflichtet der öffentliche Auftraggeber den zukünftigen Betreiber eines Eisenbahnverkehrsdienstes zur Gewährung der Rechte nach § 613a BGB, so werden nach Artikel 4 Absatz 5 Satz 2 der Verordnung (EG) Nummer 1370/2007 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens und den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen die betreffenden Arbeitnehmer aufgeführt und transparente Angaben zu ihren vertraglichen Rechten und zu den Bedingungen gemacht, unter denen sie als in einem Verhältnis zu den betreffenden Diensten stehend gelten.

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, „Presetext“).

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 vernünftigen 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 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 in besonderen Fällen)

Zu Absatz 1

Absatz 1 dient der Umsetzung von Artikel 73 der Richtlinie 2014/24/EU. Die Vorschrift legt erstmals Bedingungen fest, unter denen öffentliche Auftraggeber vergaberechtlich die Möglichkeit haben, einen öffentlichen Auftrag während der Vertragslaufzeit zu kündigen. Den öffentlichen Auftraggebern muss über den Grundsatz der *clausula rebus sic stantibus* (Vorbehalt, dass ein Schuldversprechen oder ein Geschäft seine bindende Wirkung bei Veränderung der Verhältnisse verliert) hinaus ein Lösungsrecht zumindest für die hier genannten besonderen Fälle vorbehalten bleiben, in denen ein Festhalten am Vertrag das öffentliche Interesse an der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung beeinträchtigen würde. Insbesondere aus dem Unionsrecht kann sich die Pflicht ergeben, im Interesse einer effektiven Umsetzung (*effet utile*) der aus dem Unionsrecht erwachsenen Verpflichtungen eine Kündigung von vertraglichen Vereinbarungen vorzunehmen.

Die Kündigung ist nur möglich, wenn sich aus dem Vertrag fortdauernde Pflichten ergeben. Haben sich dagegen die vertraglichen Beziehungen in einem einmaligen Austausch von Leistung und Gegenleistung erschöpft, so ist der Vertrag erfüllt (§ 362 BGB) und mithin für eine Kündigung kein Raum mehr.

Die in Absatz 1 aufgezählten Kündigungsgründe sind nicht abschließend und erweitern die bereits bislang bestehenden Möglichkeiten zur Beendigung von öffentlichen Aufträgen. Nicht berührt wird durch die Vorschrift das Recht der Beteiligten zur Geltendmachung eines vereinbarten oder in Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetz-

buchs anzuerkennenden gesetzlichen Kündigungsrechts einschließlich des Rechts gemäß § 314 BGB zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund. So kann es zum Beispiel erforderlich sein, einen laufenden Vertrag zu kündigen, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen, insbesondere um ein ansonsten drohendes Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission zu verhindern.

Durch die Vorschrift unberührt bleibt ferner die durch die Rechtsprechung anerkannte Möglichkeit, dass – wenn der öffentliche Auftraggeber in bewusster Missachtung des Vergaberechts handelt oder er sich einer solchen Kenntnis mutwillig verschließt und er kollusiv mit dem Auftragnehmer zusammenwirkt – der zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer geschlossene Vertrag mit der Folge nichtig sein kann, dass Vergütungs-, Rückforderungs- und Gewährleistungsansprüche wechselseitig ausgeschlossen sind.

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 einer der in Nummer 1 bis 3 genannten Kündigungsgründe vorliegt, können öffentliche Auftraggeber damit öffentliche Aufträge während deren Laufzeit kündigen, ohne an eine Frist gebunden zu sein.

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 des § 132 vorgenommen wurde, ohne ein erforderliches neues 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 Auftraggeber zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung Kenntnis vom Vorliegen des zwingenden Ausschlussgrundes erlangt hat. Vielmehr ist die Kündigungsmöglichkeit auch dann gegeben, wenn ein zwingender Ausschlussgrund nach § 123 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 eines der in § 123 Absatz 1 bis 4 genannten Fälle auch im Nachhinein noch eine Vertragsbeendigung ermöglicht. Das Recht zur Anfechtung des zivilrechtlichen Vertrags durch den öffentlichen Auftraggeber bleibt unberührt.

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 Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU, welche durch die Vorschriften dieses Teils umgesetzt werden, 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.

Bereits nach bisheriger Rechtslage ist der öffentliche Auftraggeber nach der Rechtsprechung des EuGH verpflichtet, einen unionsrechtswidrig zu Stande gekommenen, noch laufenden Vertrags zu beenden (EuGH, Urteil vom 18. Juli 2007 – C-503/04). Soweit dies erforderlich ist, kann der öffentliche Auftraggeber daher einen laufenden Vertrag kündigen, um ein ansonsten drohendes Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission zu verhindern. Die Vorschrift des § 133 Absatz 1 Nummer 3 normiert dieses Kündigungsrecht für den Fall im GWB, dass der EuGH eine entsprechende Vertragsverletzung festgestellt hat.

Zu Absatz 2

Absatz 2 Satz 1 regelt die Rechtsfolgen einer Kündigung durch den öffentlichen Auftraggeber nach Absatz 1. Danach ist der Auftragnehmer grundsätzlich berechtigt, einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung zu verlangen. Dies entspricht der Wertung des § 628 Absatz 1 Satz 1 BGB. Die Regelung ermöglicht einen angemessenen Interessenausgleich zwischen öffentlichem Auftraggeber und Auftragnehmer. Zwar ist der öffentliche Auftraggeber unmittelbar durch die Vorschriften des Vergaberechts verpflichtet. Er trägt aber das Risiko dafür, dass vergaberechtliche Gesichtspunkte einer weiteren Durchführung des Vertrags entgegenstehen, bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht allein. Mit Satz 2 wird der Vergütungsanspruch für den in Absatz 1 Nummer 2 genannten Fall beschränkt, soweit die Leistungen des Auftragnehmers infolge der Kündigung ohne Wert oder Vorteil für den öffentlichen Auftraggeber sind. Vor dem Hintergrund, dass ein zwingender Ausschlussgrund nach § 123 Absatz 1 bis 4 in der Regel die Verurteilung wegen einer schweren Straftat voraussetzt, ist es sachgerecht, den Vergütungsanspruch zu beschränken.

Zu Absatz 3

Mit Absatz 3 wird klargestellt, dass durch die Kündigung etwaige Schadensersatzansprüche unberührt bleiben. Im Rahmen des Schadensersatzrechts können die Verantwortlichkeiten und das (Mit-) Verschulden im Einzelfall gerecht gewertet werden.

Zu § 134 (Informations- und Wartepflicht öffentlicher Auftraggeber)

§ 134 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 101a GWB. Die Vorschrift wurde strukturell und sprachlich überarbeitet. Der Regelungsgehalt des bisherigen § 101a Absatz 1 GWB wurde zum besseren Verständnis in den neuen § 134 Absatz 1 und 2 übernommen. Der bisherige § 101a Absatz 2 GWB wurde in § 135 Absatz 3 Satz 1 überführt. Darüber hinaus wurden in den neuen § 134 Absatz 3 Satz 2 die Ausnahmen von der Informationspflicht bei verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Aufträgen gemäß Artikel 35 Absatz 3 der Richtlinie 2009/81/EG aus dem bisherigen § 36 Absatz 2 VSVgV in das GWB übernommen. Als berechtigte geschäftliche Interessen von Unternehmen können in die Interessenabwägung gemäß Artikel 35 Absatz 3 der Richtlinie 2009/81/EG solche öffentlicher oder privater Unternehmen eingebracht werden.

Zu § 135 (Unwirksamkeit von öffentlichen Aufträgen)

Zu Absatz 1

§ 135 Absatz 1 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 101b Absatz 1 Satz 1 und 2 GWB. Der Anwendungsbereich des Absatzes 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 1 Buchstabe 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 1 Buchstabe 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/EWG, jeweils in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG, vorgesehene Möglichkeit, 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“, Rn. 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 Teils 4 des GWB. Unterabschnitt 1 regelt das Sektorenvergaberecht, das heißt die besonderen Vorschriften für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und die Ausrichtung von Wettbewerben 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)

Zu Absatz 1

Zu Nummer 1

§ 137 Absatz 1 Nummer 1 dient der Umsetzung von Artikel 21 Buchstabe c der Richtlinie 2014/25/EU. Im Übrigen wird auf die Begründung zu § 116 Absatz 1 Nummer 1 verwiesen.

Zu Nummer 2

§ 137 Absatz 1 Nummer 2 dient der Umsetzung von Artikel 32 der Richtlinie 2014/25/EU. Im Übrigen wird auf die Begründung zu § 116 Absatz 1 Nummer 2 verwiesen.

Zu Nummer 3

§ 137 Absatz 1 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 Absatz 1 Nummer 3. Anders als § 116 Absatz 1 Nummer 3 und § 149 Nummer 3 umfasst § 137 Nummer 3 keine Aufträge über Erwerb, Entwicklung, Produktion oder Koproduktion von Sendematerial für audiovisuelle Medien-

dienste 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 Absatz 1 Nummer 3 verwiesen.

Zu Nummer 4

§ 137 Absatz 1 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 Absatz 1 Nummer 4. Insofern wird auf die Begründung zu § 116 Absatz 1 Nummer 4 verwiesen.

Zu Nummer 5

§ 137 Absatz 1 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 Absatz 1 Nummer 5. Insofern wird auf die Begründung zu § 116 Absatz q Nummer 5 verwiesen.

Zu Nummer 6

§ 137 Absatz 1 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 Absatz 1 Nummer 6 verwiesen.

Zu Nummer 7

§ 137 Absatz 1 Nummer 7 übernimmt unverändert die Ausnahme des bisherigen § 100b Absatz 2 Nummer 2 GWB und setzt damit Artikel 23 Buchstabe a der Richtlinie 2014/25/EU um.

Zu Nummer 8

§ 137 Absatz 1 Nummer 8 übernimmt unverändert die Ausnahme des bisherigen § 100b Absatz 2 Nummer 3 GWB und setzt damit Artikel 23 Buchstabe b der Richtlinie 2014/25/EU um.

Zu Nummer 9

§ 137 Absatz 1 Nr. 9 übernimmt unverändert die bisherige Ausnahme des § 100b Absatz 4 Nummer 3 GWB. Damit wird Artikel 18 der RL 2014/25/EG umgesetzt.

Zu Absatz 2

Zu Nummer 1

§ 137 Absatz 2 Nummer 1 übernimmt inhaltsgleich die Ausnahme des bisherigen § 100b Absatz 4 Nummer 1 GWB. Die entsprechende Richtlinienregelung findet sich in Artikel 19 Absatz 1 Richtlinie 2014/25/EU.

Zu Nummer 2

§ 137 Absatz 2 Nummer 2 übernimmt inhaltsgleich die Ausnahme des bisherigen § 100b Absatz 4 Nummer 2 GWB. Die entsprechende Richtlinienregelung findet sich in Artikel 19 Absatz 1 RL 2014/25/EU.

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 im jeweiligen Leistungssektor (Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen) 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 Vergabe 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. Dasselbe 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 Sektorenverordnung geregelt.

Zu § 141 (Verfahrensarten)**Zu Absatz 1**

§ 141 Absatz 1 dient der Umsetzung von Artikel 44 Absätze 1 bis 3 der Richtlinie 2014/25/EU. Danach können Auftraggeber bei Auftragsvergaben im Zusammenhang mit Sektorentätigkeiten wie bisher schon nach § 101 Absatz 7 Satz 2 GWB frei zwischen den vier Verfahrensarten – offenes Verfahren, nicht offenes Verfahren, Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb und wettbewerblicher Dialog als neue Verfahrensart – wählen.

Zu Absatz 2

§ 141 Absatz 2 dient der weiteren 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 der Innovationspartnerschaft eine weitere neue Verfahrensart vorsieht. Absatz 2 stellt zudem klar, dass das Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb ebenfalls nur bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen anwendbar ist.

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 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.

Artikel 78 der Richtlinie 2014/25/EU schreibt vor, dass Sektorenauftraggeber objektive Kriterien für die Auswahl von Bewerbern und Bietern festlegen können. Diese Regelung ist gegenüber dem klassischen Vergaberecht (Richtlinie 2014/24/EU) weniger streng und lässt bezüglich der Festlegung der Kriterien Spielräume. Daher sind die in § 122 Absatz 1 und 2 enthaltenen Vorgaben für die klassische Auftragsvergabe für die Sektorenauftragsvergabe nicht anzuwenden. Die weitere Ausgestaltung, die sich an Artikel 78 der Richtlinie 2014/25/EU orientiert, erfolgt in der Sektorenverordnung.

Die Regelungen des zwingenden Ausschlusses gemäß § 123 sind für „private“ Sektorauftraggeber nicht obligatorisch, sondern fakultativ ausgestaltet (siehe Artikel 80 der Richtlinie 2014/25/EU). Daher ist die Einschränkung in Nummer 1 erforderlich.

Die Rückausnahme nach § 142 Nummer 3 ergibt sich aus Artikel 89 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU. Anders als in Artikel 72 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU findet sich in der Richtlinie 2014/25/EU bei der zulässigen Vertragsverlängerung wegen zusätzlicher Dienstleistungen keine Einschränkung auf maximal 50 Prozent des ursprünglichen Preises.

Die Artikel 91 ff. der Richtlinie 2014/25/EU zur Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen durch Sektorauftraggeber werden durch Verweisung auf die Vorschrift zur Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber umgesetzt. Der Unionsgesetzgeber hebt in Erwägungsgrund 120 hervor, dass es den Mitgliedstaaten und Auftraggebern auch künftig frei stehe, diese Dienstleistungen selbst zu erbringen oder soziale Dienstleistungen in einer Weise zu organisieren, die nicht mit der Vergabe öffentlicher Aufträge verbunden ist, beispielsweise durch die bloße Finanzierung solcher Dienstleistungen oder durch Erteilung von Lizenzen oder Genehmigungen – ohne Beschränkung oder Festsetzung von Quoten – für alle Wirtschaftsteilnehmer, die die vom öffentlichen Auftraggeber vorab festgelegten Bedingungen erfüllen; dabei weist der Unionsgesetzgeber auf die Voraussetzung hin, dass ein solches System eine ausreichende Bekanntmachung gewährleistet und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügt.

Als besondere Beschaffungsregelung sieht die Richtlinie 2014/25/EU für diese sozialen 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- oder 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- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen. Damit werden die wesentlichen Bestimmungen der Richtlinie 2009/81/EG nunmehr im GWB umgesetzt. Nach § 144 finden auf die Vergabe von verteidigungs- oder 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 die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen)

§ 145 übernimmt den Inhalt des bisherigen § 100c Absatz 2 bis 4 GWB in eine gesonderte Vorschrift zu den besonderen Ausnahmen für verteidigungs- oder 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 § 100c 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 Absatz 1 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 der §§ 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)

Gemäß § 147 finden für die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen grundsätzlich die §§ 119 bis 135 Anwendung. Besonderer Vorschriften bedarf es weiterhin zu den besonderen Ausnahmen vom Vergaberecht für verteidigungs- oder sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge (§ 145) und zu den Verfahrensarten (§ 146). Auch § 121 Absatz 2 wurde nicht in die Verweisungskette aufgenommen, weil im Bereich der verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Aufträge die Richtlinie 2009/81/EU aus diesem Grund keinerlei vergleichbare Vorgaben trifft.

Im Interesse der Rechtssicherheit werden auch die Regelungen der Richtlinie 2014/24/EU zur Auftragsänderung und Kündigung in besonderen Fällen für anwendbar erklärt, durch welche die diesbezüglichen primärrechtlichen Anforderungen präzisiert werden. Weiterhin enthält die Richtlinie 2009/81/EG in Artikel 39 zwar 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. So werden in Artikel 57 der Richtlinie 2014/24/EU zwingende Ausschlussgründe wie Nichtentrichtung von Steuern oder Sozialabgaben aufgeführt, die in Artikel 39 der Richtlinie 2009/81/EG und bislang in § 24 Absatz 1 Nummer 6 VSVgV als fakultative Ausschlussgründe enthalten sind. In der Sache sollen Auftraggeber bei der Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Aufträgen im Hinblick auf die Schwere dieser Rechtsverstöße und die betroffenen Rechtsgüter rechtlich jedoch nicht anders behandelt werden als sonstige öffentliche Auftraggeber. Im Interesse der Rechtssicherheit werden daher auch die Regelungen der §§ 123 und 124 zu den zwingenden und fakultativen Ausschlussgründen für verteidigungs- oder sicherheitsspezifische Aufträge vollständig für anwendbar erklärt. Dabei trägt die Verweisung in § 147 dem zusätzlichen, nicht in der Richtlinie 2014/24/EU enthaltenen, fakultativen Ausschlussgrund der fehlenden Vertrauenswürdigkeit Rechnung und überführt Artikel 39 Absatz 2 Buchstabe e der Richtlinie 2009/81/EG im Wortlaut des bisherigen § 24 Nummer 5 VSVgV in das GWB. Eine schwere Verfehlung gemäß § 124 Absatz 1 Nummer 3, durch die die Integrität des Unternehmens in Frage gestellt wird, liegt bei verteidigungs- oder 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 Absatz 1 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 Absatz 1 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 Absatz 1 Nummer 3. Insofern wird auf die Begründung zu § 116 Absatz 1 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 Absatz 1 Nummer 4. Insofern wird auf die Begründung zu § 116 Absatz 1 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 Absatz 1 Nummer 5. Insofern wird auf die Begründung zu § 116 Absatz 1 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 Absatz 1 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 des § 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 2 bis 7 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 der Richtlinie 2014/23/EU um. Die Begriffe „öffentliches Kommunikationsnetz“ und „elektronischer Kommunikationsdienst“ sind gemäß Artikel 11 der Richtlinie 2014/23/EU entsprechend den Definitionen der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 33) auszulegen. Dabei kann es sich zum Beispiel um öffentliche Kommunikationsnetze im Sinne des § 3 Nummer 16a, 27 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) oder die Bereitstellung eines oder mehrerer elektronischer Kommunikationsdienste im Sinne des § 3 Nummer 17a, 24 des TKG handeln.

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 die bestmögliche Trinkwasserversorgung der Bürgerinnen und Bürger, insbesondere in ländlichen Regionen, sichergestellt werden. Gleichwohl ist im Vergabeverfahren für Konzessionen im Wasserbereich die durch das Europäische Primärrecht gebotene Transparenz, Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit zu beachten.

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 Artikels 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 des § 1 des Personenbeförderungsgesetz, das heißt über die entgeltliche oder geschäftsmäßige Beförderung von Personen mit Straßenbahnen, Untergrundbahnen, Oberleitungsbussen und mit Kraftfahrzeugen. Als „Straßenbahnen“ im Sinne des § 1 PBefG gelten gemäß § 4 Absatz 2 PBefG auch Hoch- und Untergrundbahnen, Schwebbahnen und ähnliche Bahnen besonderer Bauart. Für diese öffentliche Personenverkehrsdienste im Sinne des § 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 in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit)

§ 150 setzt die besonderen Ausnahmen für Konzessionen in den Bereichen 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 Verschlussauftrags stehen bzw. um Bau- und Dienstleistungen speziell für militärische Zwecke oder Bau- und Dienstleistungen, die im Rahmen eines Verschlussauftrags vergeben werden.

Artikel 10 Absatz 5 und Absatz 6 der Richtlinie 2014/23/EU fassen eine Reihe von Ausnahmetatbeständen 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 und 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 ist nicht anzuwenden, wenn der Schutz wesentlicher 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 gehört die in Artikel 31 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU 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 Rechtsverordnung festgelegt werden können. Solche Ausnahmen sind die 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 Konzessionsgeber im Übrigen das Verfahren zur Wahl des Konzessionsnehmers vorbehaltlich der Einhaltung dieser Richtlinie frei gestalten können. Konzessionsgeber 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 behan-

den Konzessionsgeber 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 Konzessionsgeber 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 Nachprüfungsverfahren 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 Konzessionsgeber mit den Bewerbern oder Bietern Verhandlungen führen kann. Während der Verhandlungen dürfen der Konzessionsgegenstand, die Zuschlagskriterien und die Mindestanforderungen nicht geändert werden. Daraus ist abzuleiten, dass Konzessionsgeber die Konzessionsvergabe beispielsweise nicht nur in einem einstufigen Verfahren, sondern auch ohne besondere Zulassungsvoraussetzung in einem zweistufigen Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb durchführen können. Dieses zweistufige Verfahren wäre vergleichbar mit dem im § 119 Absatz 5 vorgesehenen Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb für die Vergabe öffentlicher Aufträge. Die Zulässigkeit sowohl einstufiger als auch zweistufiger Verfahren folgt auch aus Artikel 39 Absatz 3 und 4 der Richtlinie 2014/23/EU, die eine Mindestfrist von 30 Tagen ab dem Tag der Übermittlung der Konzessionsbekanntmachung für den Eingang von Teilnahmeanträgen mit oder ohne Angebote und eine Mindestfrist für den Eingang von Erstangeboten von 22 Tagen ab dem Tag der Aufforderung zur Angebotsabgabe im zweistufigen Verfahren vorsehen. Die Einzelheiten des Verfahrens zur Vergabe von Konzessionen werden in der aufgrund § 113 erlassenen Verordnung umgesetzt.

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 Konzessionsgeber 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 Hin-

blick 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 (Konzessionsbekanntmachung) enthalten sein müssen. Denn nach Artikel 38 Absatz 1 Satz 1 der Richtlinie 2014/23/EU prüfen die Konzessionsgeber 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 einzureichender 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 Richtlinie 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 Konzessionsgeber ermittelt werden kann. Gleichwohl überprüft der Konzessionsgeber 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 Konzessionsgeber. 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 Kon-

zessionen zur Erbringung sozialer und anderer besonderer Dienstleistungen ein vereinfachtes Vergabeverfahren vor. Dieses vereinfachte Vergabeverfahren zeichnet sich dadurch aus, dass Konzessionsgeber 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 Konzessionsgeber auch die Konzessionsvergabe für soziale und andere besondere Dienstleistungen nach Maßgabe der aufgrund § 113 erlassenen Verordnung 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 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 § 151 und § 152 festgelegten Vorgaben zum Vergabeverfahren und zu den Anforderungen im Vergabeverfahren (Leistungsbeschreibung, Eignung, Zuschlag, Ausführungsbedingungen) zur Anwendung kommen. Zu sonstigen anwendbare Vorschriften kommt § 154 zum Tragen. Etwaige weitere Erleichterungen für die Vergabe von Konzessionen über soziale und andere besondere Dienstleistungen werden auf Verordnungsebene festgelegt.

Zu § 154 (Sonstige anwendbare Vorschriften)

Soweit möglich, wird zur Umsetzung der weiteren wesentlichen Vorschriften der Richtlinie 2014/23/EU – gegebenenfalls unter bestimmten Maßgaben – auf die Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber verwiesen. Die Verweisung kommt sowohl für allgemeine Konzessionen als auch für Konzessionen zu sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen im Sinne des § 153 zum Tragen.

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 Konzessionsgeber, 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 Konzessionsgeber 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 vorgesehenen fakultativen Ausschlussgründe für das Konzessionsvergabeverfahren weitestgehend deckungsgleich mit den in Artikel 57 Absatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU geregelten fakultativen Ausschlussgründen für das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge 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 Konzessionsgeber nach Artikel 7 Absatz 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- oder 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 wird die Vorschrift des § 131 Absatz 2, die für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Personenverkehrsleistungen im Eisenbahnverkehr auf bestimmte Regelungen der Verordnung (EG) 1370/2007 verweist, sowie die Vorschrift des § 131 Absatz 3, die den Personalübergang bei einem Betreiberwechsel im Eisenbahnverkehr regelt, auf Konzessionen im Eisenbahnverkehr für entsprechend anwendbar erklärt. Darüber hinaus 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.

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 2 bis 7 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 Auftragge-

ber, die einer Tätigkeit nach § 102 Absatz 2 bis 7 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 einer Sektorentätigkeit nach § 102 Absatz 2 bis 7 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 die Ausnahme 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)

Die Vorschriften zum Nachprüfungsverfahren wurden vereinzelt inhaltlich und sprachlich überarbeitet. Gemäß Artikel 46, 47 der Richtlinie 2014/23/EU wurde das Nachprüfungsverfahren um die Prüfung der Vergabe von Konzessionen erweitert.

Zu Abschnitt 1 (Nachprüfungsbehörden)

Zu § 155 (Grundsatz)

§ 155 entspricht dem bisherigen § 102 GWB. Der Grundsatz der Nachprüfung durch die Vergabekammern erfasst nunmehr gemäß Artikel 46, 47 der Richtlinie 2014/23/EU neben der Vergabe öffentlicher Aufträgen auch die Vergabe von Konzessionen.

Zu § 156 (Vergabekammern)

§ 156 entspricht dem bisherigen § 104 GWB. Auch bei der Zuständigkeit der Vergabekammern wurde gemäß Artikel 46, 47 der Richtlinie 2014/23/EU neben der Vergabe öffentlicher Aufträge auch die Vergabe von Konzessionen berücksichtigt.

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, Sektorauftraggebern und Konzessionsgebern. Der neu eingefügte § 159 Absatz 1 Nummer 6 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.

Der frühere § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 wird in § 160 Absatz 3 Nummer 1 neu gefasst. Im Grundsatz bleibt die Rügeobliegenheit im Vergabeverfahren gemäß § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 zwar bestehen, konkretisiert wird allerdings mit einer Dauer von 10 Kalendertagen die Frist, innerhalb derer der Antragsteller nach Erkennen den im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Verstoß im Vergabeverfahren 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. 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). Die Mindestüberlegungsfrist des Bieters wird durch § 134 gewährt, der Artikel 2a Absatz 2 der Richtlinie 2007/66/EG (Stillhaltefrist) umsetzt. Danach ist je nach Übermittlungsart des Vorabinformationsschreibens eine Frist von 10 bis 15 Kalendertagen vorgesehen, in der betroffene Bieter vor Vertragsabschluss 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. Die neue Fristbestimmung von 10 Kalendertagen trägt der Stillhalte- und Überlegungsfrist nach Artikel 2a Absatz 2 der Richtlinie 2007/66/EG Rechnung, die mindestens 10 Kalendertage ab Eingang der Vorabinformation betragen muss. Durch die Neufassung werden die Zulässigkeitsanforderungen des § 160 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 und die Informations- und Wartepflicht gemäß § 134 Absatz 1 und 2 besser aufeinander abgestimmt.

In § 160 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, Inhalt)

§ 161 entspricht dem bisherigen § 108. In der Überschrift wird klargestellt, dass § 161 nicht nur Vorgaben zur Form, sondern auch zum Inhalt regelt.

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 Ausnahmenvorschriften 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, Inhalt)

§ 172 entspricht dem bisherigen § 117. In der Überschrift wird klargestellt, dass § 161 nicht nur Vorgaben zur Frist und Form, sondern auch zum Inhalt regelt.

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 inhaltlich dem bisherigen § 125.

Zu § 181 (Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens)

§ 181 entspricht inhaltlich 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 Antragsteller 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 Antragstellers 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 Erledigung, 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 .

Zu § 183 (Korrekturmechanismus der Kommission)

§ 183 entspricht weitestgehend dem bisherigen § 129 GWB. Gemäß Artikel 46 Absatz 7 und Artikel 47 Absatz 7 der Richtlinie 2014/23/EU wird nunmehr als Prüfungsmaßstab für den schweren Verstoß das Recht der Europäischen Union zur Vergabe von Konzessio-

nen ergänzt. 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.