

Gesetzentwurf

der Bundesregierung

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

A. Problem und Ziel

Mit dem Gesetz zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit werden Vorgaben der Richtlinie 2009/81/EG in nationales Recht umgesetzt. Die umfassenden Richtlinienvorgaben zu allen Aspekten des Vergabeverfahrens machen Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sowie eine Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit erforderlich. Notwendig sind Änderungen des Anwendungsbereichs des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sowie kleinere Anpassungen des vergaberechtlichen Rechtsschutzes. Darüber hinaus müssen die besonderen verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Vorgaben der Richtlinie 2009/81/EG, die von den Verfahrensvorschriften des klassischen Vergaberechts abweichen, in nationales Recht umgesetzt werden.

B. Lösung

Die zur Umsetzung erforderlichen Regelungen zum Anwendungsbereich des Vierten Teils des GWB und zum vergaberechtlichen Rechtsschutz werden im GWB verankert. Die Neuregelungen werden damit in das bestehende Vergaberechtssystem integriert.

Neu in das GWB aufgenommen wird eine Definition verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge. Im Zusammenhang mit den erforderlichen Änderungen zum Anwendungsbereich werden die Ausnahmetatbestände neu strukturiert und in einzelne Paragraphen aufgeteilt.

Für die Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit, die zukünftig die bereichsspezifischen Besonderheiten bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens regeln soll, wird mit dem Gesetz zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit eine Ermächtigungsgrundlage geschaffen. Um den Anwendungsbereich der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit abzugrenzen, sind Folgeänderungen in der Vergabeverordnung und der Sektorenverordnung erforderlich.

C. Alternativen

Zu der systematischen Einordnung der Richtlinienvorgaben zu Anwendungsbereich und Rechtsschutz im Vergaberecht in das GWB gibt es keine Alternativen.

Der Erlass einer neuen Verordnung dient zur Ausgestaltung der besonderen Anforderungen der Richtlinie 2009/81/EG an das Vergabeverfahren bei der Beschaffung verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Güter. Dies ist erforderlich, weil hier eine besonders sensible Materie betroffen ist und wichtige nationale Verteidigungs-, Sicherheits- und Geheimhaltungsinteressen berührt werden. Daher gibt es auch zu dem Erlass einer neuen Verordnung keine Alternativen.

D. Finanzielle Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte

Durch das Gesetz zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit könnte kurzfristig ein geringfügig erhöhter Vollzugaufwand für Auftraggeber entstehen, weil zumindest teilweise eine Umstellung der Ausschreibungsunterlagen erforderlich wird. Denn zukünftig müssen verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge grundsätzlich europaweit ausgeschrieben werden. Bislang galt für diese Aufträge in der Regel das nationale Vergaberecht (VOL/A Abschnitt 1), das lediglich nationale Bekanntmachungspflichten vorsieht. Von der Änderung betroffen sind voraussichtlich vor allem Bund und Länder, Kommunen dagegen weniger, da die Kommunen kaum Beschaffungen im Sicherheits- und Verteidigungsbereich tätigen.

Wegen der Ausweitung des Rechtsschutzes (Nachprüfbarkeit der Vergabe) müssen Auftraggeber mit höheren Kosten rechnen. Gleichzeitig ist mit der Ausweitung des Rechtsschutzes auf verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge aber verbunden, dass die Vergabeverfahren transparenter werden. Daher ist zu erwarten, dass sich mehr Unternehmen an den Vergabeverfahren beteiligen werden und es einen stärkeren Wettbewerb geben wird. Es ist davon auszugehen, dass dieser Effekt bei den Auftraggebern zu Einsparungen führt und dadurch die Kosten für Nachprüfungsverfahren zumindest kompensiert werden.

Ein höherer Vollzugaufwand für Bund und Länder könnte dadurch entstehen, dass die Zahl der Nachprüfungsverfahren bei den Vergabekammern voraussichtlich zumindest leicht ansteigen wird. Für diese Verfahren erheben die Vergabekammern jedoch Gebühren, mit denen die Kosten für den entstehenden Mehraufwand gedeckt werden können.

Darüber hinaus müssen für Nachprüfungsverfahren, bei denen Verschluss-sachenaufträge betroffen sind, zusätzliche Geheimhaltungsvorkehrungen getroffen werden. Etwaige Mehrbelastungen hierdurch lassen sich nicht quantifizieren.

Durch die Einfügung eines neuen § 127a GWB entstehen keine neuen Kosten für die Verwaltung, da mit der Neufassung der Ermächtigungsgrundlage keine materiellrechtliche Änderung einhergeht.

E. Sonstige Kosten

Die Anforderungen an die Angebotsabgabe richteten sich bislang in den betroffenen Vergabeverfahren meistens nach nationalem Vergaberecht. Zukünftig müssen die Unternehmen ihre Angebote entsprechend den EU-Vergabevorschriften einreichen. Mit dieser Umstellung sind allerdings keine messbaren Mehrkosten zu erwarten.

Der Wirtschaft einschließlich der mittelständischen Unternehmen entstehen durch die Neufassung der Gebührenregelung in § 127a GWB und § 3 der Sektorenverordnung keine zusätzlichen Kosten. Die Umformulierung hat keinerlei inhaltliche Änderung zur Folge.

Zusätzliche Kosten entstehen einem Bewerber oder Bieter dann, wenn er im Vergabeverfahren Rechtsschutz in Anspruch nimmt. Der neu eingeführte

Rechtsschutz ist jedoch lediglich eine zusätzliche Option für Unternehmen. Wenn sie sich entscheiden, hiervon Gebrauch zu machen, können sie die zu erwartenden Kosten anhand der Auftragssumme in der Regel vorab einschätzen.

Die Neuregelungen zielen auf mehr Wettbewerb bei der Beschaffung von Verteidigungs- und Sicherheitsgütern. Daher ist nicht auszuschließen, dass hiermit eine Senkung des Niveaus von Beschaffungspreisen erreicht wird.

Auswirkungen auf weitere Einzelpreise sowie auf das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten.

F. Bürokratiekosten

Es werden keine neuen Informationspflichten für Bürgerinnen und Bürger, Unternehmen sowie die Verwaltung eingeführt.

BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND
DIE BUNDESKANZLERIN

Berlin, 5. Oktober 2011

An den
Präsidenten des
Deutschen Bundestages
Herrn Prof. Dr. Norbert Lammert
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Sehr geehrter Herr Präsident,

hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen

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

mit Begründung und Vorblatt (Anlage 1).

Ich bitte, die Beschlussfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie.

Die Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates gemäß § 6 Absatz 1
NKRG ist als Anlage 2 beigefügt.

Der Bundesrat hat in seiner 886. Sitzung am 23. September 2011 gemäß
Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf
wie aus Anlage 3 ersichtlich Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates ist
in der als Anlage 4 beigefügten Gegenäußerung dargelegt.

Mit freundlichen Grüßen



Anlage 1

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche
Verteidigung und Sicherheit¹**

Vom ...

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

**Artikel 1
Änderung des Gesetzes
gegen Wettbewerbsbeschränkungen**

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114; 2009 I S. 3850), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2262) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Die Inhaltsübersicht wird wie folgt geändert:

a) Nach der Angabe zu § 100 werden folgende Angaben eingefügt:

„§ 100a Besondere Ausnahmen für nicht sektorspezifische und nicht verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge

§ 100b Besondere Ausnahmen im Sektorenbereich

§ 100c Besondere Ausnahmen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit“.

b) Nach der Angabe zu § 110 wird folgende Angabe eingefügt:

„§ 110a Aufbewahrung vertraulicher Unterlagen“.

c) Nach der Angabe zu § 127 wird folgende Angabe eingefügt:

„§ 127a Kosten für Gutachten und Stellungnahmen nach der Sektorenverordnung; Verordnungsermächtigung“.

2. § 99 wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 6 werden die folgenden Absätze 7 bis 9 eingefügt:

„(7) Verteidigungs- oder sicherheitsrelevante Aufträge sind Aufträge, deren Auftragsgegenstand mindestens eine der in den nachfolgenden Nummern 1 bis 4 genannten Leistungen umfasst:

1. die Lieferung von Militärausrüstung im Sinne des Absatzes 8, einschließlich dazugehöriger Teile, Bauteile oder Bausätze;

2. die Lieferung von Ausrüstung, die im Rahmen eines Verschlusssachenauftrags im Sinne des Absatzes 9 vergeben wird, einschließlich der dazugehörigen Teile, Bauteile oder Bausätze;

3. Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen in unmittelbarem Zusammenhang mit der in den Nummern 1 und 2 genannten Ausrüstung in allen Phasen des Lebenszyklus der Ausrüstung;

4. Bau- und Dienstleistungen speziell für militärische Zwecke oder Bau- und Dienstleistungen, die im Rahmen eines Verschlusssachenauftrags im Sinne des Absatzes 9 vergeben werden.

(8) 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.

(9) Ein Verschlusssachenauftrag ist ein Auftrag für Sicherheitszwecke,

1. bei dessen Erfüllung oder Erbringung Verschlusssachen nach § 4 des Gesetzes über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes oder nach den entsprechenden Bestimmungen der Länder verwendet werden oder

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

b) Der bisherige Absatz 7 wird Absatz 10.

c) Der bisherige Absatz 8 wird wie folgt geändert:

aa) Satz 1 wird Absatz 11.

bb) Die Sätze 2 und 3 werden Absatz 12.

d) Folgender Absatz 13 wird angefügt:

„(13) Ist bei einem Auftrag über Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen ein Teil der Leistung verteidigungs- oder sicherheitsrelevant, wird dieser Auftrag einheitlich gemäß den Bestimmungen für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge vergeben, sofern die Beschaffung in Form eines einheitlichen Auftrags aus objektiven Gründen gerechtfertigt ist. Ist bei einem Auftrag über Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen ein Teil der Leistung verteidigungs- oder sicherheitsrelevant und fällt der andere Teil weder in diesen Bereich noch unter die Vergaberegeln der Sektorenverordnung oder der Vergabeverordnung, unterliegt die Vergabe dieses Auftrags nicht dem Vierten Teil dieses Gesetzes, so-

¹ Dieses Gesetz dient der Umsetzung 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).

fern die Beschaffung in Form eines einheitlichen Auftrags aus objektiven Gründen gerechtfertigt ist.“

3. Der § 100 wird durch die folgenden §§ 100 bis 100c ersetzt:

„§ 100
Anwendungsbereich

(1) Dieser Teil gilt für Aufträge, deren Auftragswert den jeweils festgelegten Schwellenwert erreicht oder überschreitet. Der Schwellenwert ergibt sich für Aufträge, die

1. von Auftraggebern im Sinne des § 98 Nummer 1 bis 3, 5 und 6 vergeben werden und nicht unter Nummer 2 oder Nummer 3 fallen, aus § 2 der Vergabeverordnung,
2. von Auftraggebern im Sinne des § 98 Nummer 1 bis 4 vergeben werden und Tätigkeiten auf dem Gebiet des Verkehrs, der Trinkwasser- oder Energieversorgung umfassen, aus § 1 der Sektorenverordnung,
3. von Auftraggebern im Sinne des § 98 vergeben werden und verteidigungs- oder sicherheitsrelevant im Sinne des § 99 Absatz 7 sind, aus der nach § 127 Nummer 3 erlassenen Verordnung.

(2) Dieser Teil gilt nicht für die in den Absätzen 3 bis 6 sowie die in den §§ 100a bis 100c genannten Fälle.

(3) Dieser Teil gilt nicht für Arbeitsverträge.

(4) Dieser Teil gilt nicht für die Vergabe von Aufträgen, die Folgendes zum Gegenstand haben:

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

(5) Dieser Teil gilt ungeachtet ihrer Finanzierung nicht für Verträge über

1. den Erwerb von Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichem Vermögen,
2. Mietverhältnisse für Grundstücke oder vorhandene Gebäude oder anderes unbewegliches Vermögen oder
3. Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichem Vermögen.

(6) Dieser Teil gilt nicht für die Vergabe von Aufträgen,

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

(7) Wesentliche Sicherheitsinteressen im Sinne des Absatzes 6, die die Nichtanwendung dieses Teils rechtfertigen, können betroffen sein beim Betrieb oder Einsatz der Streitkräfte, bei der Umsetzung von Maßnahmen der Terrorismusbekämpfung oder bei der Beschaffung von Informationstechnik oder Telekommunikationsanlagen.

(8) Dieser Teil gilt nicht für die Vergabe von Aufträgen, die nicht nach § 99 Absatz 7 verteidigungs- oder sicherheitsrelevant sind und

1. in Übereinstimmung mit den inländischen Rechts- und Verwaltungsvorschriften für geheim erklärt werden,
2. deren Ausführung nach den in Nummer 1 genannten Vorschriften besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordern,
3. bei denen die Nichtanwendung des Vergaberechts geboten ist zum Zweck des Einsatzes der Streitkräfte, zur Umsetzung von Maßnahmen der Terrorismusbekämpfung oder bei der Beschaffung von Informationstechnik oder Telekommunikationsanlagen,
4. die vergeben werden auf Grund eines internationalen Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und einem oder mehreren Staaten, die nicht Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind, für ein von den Unterzeichnerstaaten gemeinsam zu verwirklichendes und zu tragendes Projekt, für das andere Verfahrensregeln gelten,
5. die auf Grund eines internationalen Abkommens im Zusammenhang mit der Stationierung von Truppen vergeben werden und für die besondere Verfahrensregeln gelten oder
6. die auf Grund des besonderen Verfahrens einer internationalen Organisation vergeben werden.

§ 100a

Besondere Ausnahmen für nicht sektorspezifische und nicht verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge

(1) Im Fall des § 100 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 gilt dieser Teil über die in § 100 Absatz 3 bis 6 genannten Fälle hinaus auch nicht für die in den Absätzen 2 bis 4 genannten Aufträge.

(2) Dieser Teil gilt nicht für die Vergabe von Aufträgen, die Folgendes zum Gegenstand haben:

1. den Kauf, die Entwicklung, die Produktion oder Ko-Produktion von Programmen, die zur Ausstrahlung durch Rundfunk- oder Fernsehanstalten bestimmt sind, sowie die Ausstrahlung von Sendungen oder
2. finanzielle Dienstleistungen im Zusammenhang mit Ausgabe, Verkauf, Ankauf oder Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten, insbesondere Geschäfte, die der Geld- oder Kapitalbeschaffung der Auftraggeber dienen, sowie Dienstleistungen der Zentralbanken.

(3) Dieser Teil gilt nicht für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen an eine Person, die ihrerseits Auftraggeber nach § 98 Nummer 1, 2 oder Nummer 3 ist und ein

auf einem Gesetz oder einer Verordnung beruhendes ausschließliches Recht hat, die Leistung zu erbringen.

(4) Dieser Teil gilt nicht für Aufträge, die hauptsächlich den Zweck haben, dem Auftraggeber die Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Telekommunikationsnetze oder die Bereitstellung eines oder mehrerer Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit zu ermöglichen.

§ 100b

Besondere Ausnahmen im Sektorenbereich

(1) Im Fall des § 100 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 gilt dieser Teil über die in § 100 Absatz 3 bis 6 genannten Fälle hinaus auch nicht für die in den Absätzen 2 bis 9 genannten Aufträge.

(2) Dieser Teil gilt nicht für die Vergabe von Aufträgen, die Folgendes zum Gegenstand haben:

1. finanzielle Dienstleistungen im Zusammenhang mit Ausgabe, Verkauf, Ankauf oder Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten, insbesondere Geschäfte, die der Geld- oder Kapitalbeschaffung der Auftraggeber dienen, sowie Dienstleistungen der Zentralbanken,
2. bei Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasserversorgung die Beschaffung von Wasser oder
3. bei Tätigkeiten auf dem Gebiet der Energieversorgung die Beschaffung von Energie oder von Brennstoffen zur Energieerzeugung.

(3) Dieser Teil gilt nicht für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen an eine Person, die ihrerseits Auftraggeber nach § 98 Nummer 1, 2 oder Nummer 3 ist und ein auf Gesetz oder Verordnung beruhendes ausschließliches Recht hat, die Leistung zu erbringen.

(4) Dieser Teil gilt nicht für die Vergabe von Aufträgen, die

1. von Auftraggebern nach § 98 Nummer 4 vergeben werden, soweit sie anderen Zwecken dienen als der Sektorentätigkeit,
2. zur Durchführung von Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs außerhalb des Gebietes der Europäischen Union vergeben werden, wenn sie nicht mit der tatsächlichen Nutzung eines Netzes oder einer Anlage innerhalb dieses Gebietes verbunden sind,
3. zum Zweck der Weiterveräußerung oder Vermietung an Dritte vergeben werden, wenn
 - a) dem Auftraggeber kein besonderes oder ausschließliches Recht zum Verkauf oder zur Vermietung des Auftragsgegenstandes zusteht und
 - b) andere Unternehmen die Möglichkeit haben, diese Waren unter gleichen Bedingungen wie der betreffende Auftraggeber zu verkaufen oder zu vermieten oder
4. der Ausübung einer Tätigkeit auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs dienen, soweit die Europäische Kommission nach Artikel 30 der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März

2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. L 7 vom 7.1.2005, S. 7) festgestellt hat, dass diese Tätigkeit in Deutschland auf Märkten mit freiem Zugang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist und dies durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie im Bundesanzeiger bekannt gemacht worden ist.

(5) Dieser Teil gilt nicht für die Vergabe von Baukonzessionen zum Zweck der Durchführung von Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs.

(6) Dieser Teil gilt vorbehaltlich des Absatzes 7 nicht für die Vergabe von Aufträgen,

1. die an ein Unternehmen, das mit dem Auftraggeber verbunden ist, vergeben werden oder
2. die von einem gemeinsamen Unternehmen, das mehrere Auftraggeber, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, ausschließlich zur Durchführung dieser Tätigkeiten gebildet haben, an ein Unternehmen vergeben werden, das mit einem dieser Auftraggeber verbunden ist.

(7) Absatz 6 gilt nur, wenn mindestens 80 Prozent des von dem verbundenen Unternehmen während der letzten drei Jahre in der Europäischen Union erzielten durchschnittlichen Umsatzes im entsprechenden Liefer- oder Bau- oder Dienstleistungssektor aus der Erbringung dieser Lieferungen oder Leistungen für die mit ihm verbundenen Auftraggeber stammen. Sofern das Unternehmen noch keine drei Jahre besteht, gilt Absatz 6, wenn zu erwarten ist, dass in den ersten drei Jahren seines Bestehens wahrscheinlich mindestens 80 Prozent erreicht werden. Werden die gleichen oder gleichartige Lieferungen oder Bau- oder Dienstleistungen von mehr als einem mit dem Auftraggeber verbundenen Unternehmen erbracht, wird die Prozentzahl unter Berücksichtigung des Gesamtumsatzes errechnet, den diese verbundenen Unternehmen mit der Erbringung der Lieferung oder Leistung erzielen. § 36 Absatz 2 und 3 gilt entsprechend.

(8) Dieser Teil gilt vorbehaltlich des Absatzes 9 nicht für die Vergabe von Aufträgen, die

1. ein gemeinsames Unternehmen, das mehrere Auftraggeber, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, ausschließlich zur Durchführung von diesen Tätigkeiten gebildet haben, an einen dieser Auftraggeber vergibt oder
2. ein Auftraggeber an ein gemeinsames Unternehmen im Sinne der Nummer 1, an dem er beteiligt ist, vergibt.

(9) Absatz 8 gilt nur, wenn

1. das gemeinsame Unternehmen errichtet wurde, um die betreffende Tätigkeit während eines Zeitraumes von mindestens drei Jahren durchzuführen und
2. in dem Gründungsakt festgelegt wird, dass die dieses Unternehmen bildenden Auftraggeber dem Unter-

nehmen zumindest während des gleichen Zeitraumes angehören werden.

§ 100c

Besondere Ausnahmen in den Bereichen
Verteidigung und Sicherheit

(1) Im Fall des § 100 Absatz 1 Satz 2 Nummer 3 gilt dieser Teil über die in § 100 Absatz 3 bis 6 genannten Fälle hinaus auch nicht für die in den Absätzen 2 bis 4 genannten Aufträge.

(2) Dieser Teil gilt nicht für die Vergabe von Aufträgen, die

1. Finanzdienstleistungen mit Ausnahme von Versicherungsdienstleistungen zum Gegenstand haben,
2. zum Zweck nachrichtendienstlicher Tätigkeiten vergeben werden,
3. im Rahmen eines Kooperationsprogramms vergeben werden, das
 - a) auf Forschung und Entwicklung beruht und
 - b) mit mindestens einem anderen EU-Mitgliedstaat für die Entwicklung eines neuen Produkts und gegebenenfalls die späteren Phasen des gesamten oder eines Teils des Lebenszyklus dieses Produkts durchgeführt wird,
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 oder die Lieferung von Ausrüstung, die im Rahmen eines Verschlussauftrags im Sinne des § 99 Absatz 9 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 § 99 Absatz 9 vergeben werden.

(3) Dieser Teil gilt nicht für die Vergabe von Aufträgen, die in einem Land außerhalb der Europäischen Union vergeben werden; zu diesen Aufträgen gehören auch zivile Beschaffungen im Rahmen des Einsatzes von Streitkräften oder von Polizeien des Bundes oder der Länder außerhalb des Gebiets der Europäischen Union, wenn der Einsatz es erfordert, dass sie mit im Einsatzgebiet ansässigen Unternehmen geschlossen werden. Zivile Beschaffungen sind Beschaffungen nicht militärischer Produkte und Bau- oder Dienstleistungen für logistische Zwecke.

(4) Dieser Teil gilt nicht für die Vergabe von Aufträgen, die besonderen Verfahrensregeln unterliegen,

1. die sich aus einem internationalen Abkommen oder einer internationalen Vereinbarung ergeben, das oder die zwischen einem oder mehreren Mitgliedstaaten

und einem oder mehreren Drittstaaten, die nicht Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind, geschlossen wurde,

2. die sich aus einem internationalen Abkommen oder einer internationalen Vereinbarung im Zusammenhang mit der Stationierung von Truppen ergeben, das oder die Unternehmen eines Mitgliedstaates oder eines Drittstaates betrifft, oder
 3. die für eine internationale Organisation gelten, wenn diese für ihre Zwecke Beschaffungen tätigt oder wenn ein Mitgliedstaat Aufträge nach diesen Regeln vergeben muss.“
4. Dem § 101 Absatz 7 wird folgender Satz angefügt:

„Bei der Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Aufträgen können öffentliche Auftraggeber zwischen dem nicht offenen Verfahren und dem Verhandlungsverfahren wählen.“

5. Dem § 105 Absatz 2 wird folgender Satz angefügt:

„Bei der Überprüfung der Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Aufträgen im Sinne des § 99 Absatz 7 können die Vergabekammern abweichend von Satz 1 auch in der Besetzung mit einem Vorsitzenden und zwei hauptamtlichen Beisitzern entscheiden.“

6. Nach § 110 wird folgender § 110a eingefügt:

„§ 110a
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.“

7. § 115 wird wie folgt geändert:

- a) Absatz 2 Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Bei der Abwägung ist das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers zu berücksichtigen; bei verteidigungs- oder sicherheitsrelevanten Aufträgen im Sinne des § 99 Absatz 7 sind zusätzlich besondere Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen zu berücksichtigen.“

- b) In Absatz 4 Satz 1 werden die Wörter „nach § 100 Abs. 2 Buchstabe d geltend“ durch die Wörter „nach § 100 Absatz 8 Nummer 1 bis 3 geltend“ ersetzt.

8. § 118 Absatz 2 Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Bei der Abwägung ist das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers zu berücksichtigen; bei verteidigungs- oder sicherheitsrelevanten Aufträgen im Sinne des § 99 Absatz 7 sind zusätzlich besondere Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen zu berücksichtigen.“

9. § 121 Absatz 1 Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Bei der Abwägung ist das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers zu berücksichtigen; bei verteidigungs- oder sicherheitsrelevanten Aufträgen im Sinne des § 99 Absatz 7 sind zusätzlich besondere Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen zu berücksichtigen.“

10. § 127 Nummer 3 wird wie folgt gefasst:

„3. über das bei der Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsrelevanten öffentlichen Aufträgen einzuhaltende Verfahren, über die Auswahl und die Prüfung der Unternehmen und der Angebote, über den Ausschluss vom Vergabeverfahren, über den Abschluss des Vertrags, über die Aufhebung von Vergabeverfahren und über sonstige Regelungen des Vergabeverfahrens einschließlich verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Anforderungen im Hinblick auf den Geheimschutz, allgemeine Regeln zur Wahrung der Vertraulichkeit, die Versorgungssicherheit sowie besondere Regelungen für die Vergabe von Unteraufträgen.“

11. Nach § 127 wird folgender § 127a eingefügt:

„§ 127a
Kosten für Gutachten und Stellungnahmen
nach der Sektorenverordnung;
Verordnungsermächtigung

(1) Für Gutachten und Stellungnahmen, die auf Grund der nach § 127 Nummer 9 erlassenen Rechtsverordnung vorgenommen werden, erhebt das Bundeskartellamt Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwands. § 80 Absatz 1 Satz 3, Absatz 2 Satz 1, 2 Nummer 1, Satz 3 und 4, Absatz 5 Satz 1 sowie Absatz 6 Satz 1 Nummer 2, Satz 2 und 3 gilt entsprechend. Hinsichtlich der Beschwerdemöglichkeit über die Kostenentscheidung gilt § 63 Absatz 1 und Absatz 4 entsprechend.

(2) Die Bundesregierung kann durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Einzelheiten der Kostenerhebung bestimmen. Vollstreckungserleichterungen dürfen vorgesehen werden.“

12. Dem § 131 wird folgender Absatz 9 angefügt:

„(9) Vergabeverfahren, die vor dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 4 dieses Gesetzes] begonnen haben, sind nach den für sie bisher geltenden Vorschriften zu beenden; dies gilt auch für Nachprüfungsverfahren, die sich an diese Vergabeverfahren anschließen und für am ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 4 dieses Gesetzes] anhängige Nachprüfungsverfahren.“

Artikel 2

Änderung der Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung

Die Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung vom 23. September 2009 (BGBl. I S. 3110), die zuletzt durch Artikel ... der Verordnung vom ... (BGBl. I S. ...) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Dem § 1 wird folgender Absatz 3 angefügt:

„(3) Diese Verordnung gilt nicht für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge im Sinne des § 99 Absatz 7 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.“

2. § 3 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 5 Satz 4 bis 7 wird aufgehoben.

b) Nach Absatz 5 wird folgender Absatz 5a eingefügt:

„(5a) Für die Erarbeitung der Stellungnahme nach den Absätzen 3 und 4 erhebt das Bundeskartellamt zur Deckung des Verwaltungsaufwands vom Antragsteller Kosten (Gebühren und Auslagen) gemäß § 127a Absatz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Wird gegen die Kostenentscheidung Beschwerde eingelegt, so kann die Kostenanforderung auf Antrag des Kostenschuldners gestundet werden, bis die Kostenentscheidung rechtskräftig geworden ist.“

Artikel 3

Änderung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge

Dem § 1 der Vergabeverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl. I S. 169), die zuletzt durch Artikel ... der Verordnung vom ... (BGBl. I S. ...) geändert worden ist, wird folgender Absatz 3 angefügt:

„(3) Diese Verordnung gilt nicht für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge im Sinne des § 99 Absatz 7 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.“

Artikel 4

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

Begründung

A. Allgemeiner Teil

I. Ziel und Regelungsinhalt

Mit dem Gesetz zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit werden Vorgaben der Richtlinie 2009/81/EG in nationales Recht umgesetzt. Die Richtlinie gibt erstmals spezifische Regelungen dafür vor, wie Einkäufe des Staates in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit ab bestimmten Schwellenwerten abzuwickeln sind. Erfasst werden Liefer- und Dienstleistungen sowie der Baubereich. Die Richtlinienvorgaben gelten für klassische und für Sektorenauftragnehmer.

Die umfassenden Richtlinienvorgaben zu allen Aspekten des Vergabeverfahrens machen Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sowie eine neue Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit erforderlich. Mit dem Gesetz zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit werden in einem ersten Schritt die Richtlinienbestimmungen umgesetzt, für die Änderungen im GWB vorzunehmen sind. Dies betrifft vor allem den Anwendungsbereich des Vierten Teils des GWB sowie kleinere Anpassungen des vergaberechtlichen Rechtsschutzes.

Neu in das GWB aufgenommen wird eine Vorschrift zur Definition verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge. Im Zusammenhang mit den erforderlichen Änderungen zum Anwendungsbereich werden die Ausnahmetatbestände neu strukturiert und in einzelne Paragraphen aufgeteilt. Dadurch wird für den Rechtsanwender klarer, welche Ausnahmetatbestände für die jeweilige Auftragsvergabe (klassische Aufträge, Sektorentätigkeit, Aufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit) zu prüfen sind.

Gleichzeitig wird die Ermächtigungsgrundlage geschaffen, um die auf die verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Besonderheiten abgestimmten Richtlinienvorgaben für das Vergabeverfahren durch Rechtsverordnung umzusetzen. Um den Anwendungsbereich dieser neuen Rechtsverordnung zu eröffnen, sind außerdem Folgeänderungen in der Vergabeverordnung und der Sektorenverordnung erforderlich.

Mit dem Gesetz zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit werden die Anforderungen der Richtlinie 2009/81/EG eins zu eins in nationales Recht umgesetzt. Darüber hinausgehende Regelungen werden nicht getroffen.

II. Gesetzgebungskompetenz

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

Änderungen sind weitgehend durch europäisches Recht vorgegeben. Eine zusätzliche Gesetzesvielfalt auf Länderebene in diesem Bereich würde in einem eng verflochtenem Wirtschaftsraum wie der Bundesrepublik Deutschland zu grundsätzlich unterschiedlichen wettbewerbs- und vergaberechtlichen Standards führen. Dies kann weder im Interesse des Bundes noch der Länder hingenommen werden und würde eine unzumutbare Behinderung für den länderübergreifenden Rechtsverkehr darstellen. Auch soweit der Vierte Teil des GWB von den Ländern als eigene Angelegenheit ausgeführt wird, ist eine einheitliche Regelung des Verwaltungsverfahrens vor den Vergabekammern aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit unerlässlich.

III. Gesetzesfolgen

1. Vollzugaufwand für die öffentliche Hand

Der Vollzugaufwand für Auftraggeber kann sich kurzzeitig unwesentlich erhöhen, weil möglicherweise Ausschreibungsunterlagen angepasst werden müssen. Hiervon betroffen sind voraussichtlich vor allem Bund und Länder.

Spürbar höhere Kosten für Auftraggeber sind durch die Ausweitung des Rechtsschutzes (Nachprüfbarkeit der Vergabe) zu erwarten. Gleichzeitig ist mit der Einführung von Rechtsschutz aber verbunden, dass die Vergabeverfahren transparenter werden. Daher ist zu erwarten, dass sich ein größerer Kreis von Unternehmen an den Vergabeverfahren beteiligen wird und es einen stärkeren Wettbewerb geben wird. Es ist davon auszugehen, dass dieser Effekt zu Einsparungen der Auftraggeber führt und damit die Kosten für Nachprüfungsverfahren zumindest kompensiert werden.

Ein höherer Vollzugaufwand für Bund und Länder kann daraus erwachsen, dass die Zahl der Nachprüfungsverfahren bei den Vergabekammern voraussichtlich zumindest leicht ansteigen wird und für Nachprüfungsverfahren, bei denen Verschlusssachenaufträge betroffen sind, zusätzliche Geheimhaltungsvorkehrungen getroffen werden müssen. Für die Nachprüfungsverfahren erheben die Vergabekammern jedoch Gebühren, mit denen die Kosten für den entstehenden Mehraufwand gedeckt werden können.

2. Kosten und Preiswirkungen

Der Wirtschaft einschließlich der mittelständischen Unternehmen entstehen keine zusätzlichen verpflichtenden Kosten. Insbesondere entstehen keine zusätzlichen Kosten durch die Neufassung der Gebührenregelung in § 127a GWB und § 3 der Sektorenverordnung.

Zusätzliche Kosten entstehen dann, wenn ein Bewerber oder Bieter im Vergabeverfahren Rechtsschutz sucht. Der neu eingeführte Rechtsschutz ist jedoch lediglich eine zusätzliche Option für Unternehmen. Wenn sie sich entscheiden, hiervon Gebrauch zu machen, können sie die sie erwartenden Kosten anhand der Auftragssumme in der Regel vorab einschätzen.

Die Neuregelungen zielen auf mehr Wettbewerb bei der Beschaffung von Verteidigungs- und Sicherheitsgütern. Daher

ist nicht auszuschließen, dass hiermit eine Senkung des Niveaus von Beschaffungspreisen erreicht wird.

Auswirkungen auf weitere Einzelpreise sowie auf das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten.

3. Bürokratiekosten

3.1 Informationspflichten für Unternehmen

Es werden keine neuen Informationspflichten für Unternehmen eingeführt.

3.2 Informationspflichten für die Verwaltung

Für die Auftragsvergaben im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich, die neu unter den Vierten Teil des GWB fallen, haben Auftraggeber zukünftig – wie derzeit für Vergaben nach dem GWB – eine Informationspflicht nach § 101a GWB. Diese Regelung ist zum einen notwendig, um einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Zum anderen folgt diese Erweiterung des Anwendungsbereichs zwingen aus der Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG.

3.3 Informationspflichten für Bürgerinnen und Bürger

Es entstehen keine weiteren Informationspflichten für Bürgerinnen und Bürger.

IV. Auswirkungen von gleichstellungspolitischer Bedeutung

Das Gesetz hat keine Auswirkungen von gleichstellungspolitischer Bedeutung.

V. Auswirkungen auf die Nachhaltigkeit

Das Gesetz hat keine Auswirkungen auf Fragen der Nachhaltigkeit.

B. Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen)

Artikel 1 ändert den Vierten Teil des GWB, der grundlegende Bestimmungen über das Vergabeverfahren und die Regelungen über das Nachprüfungsverfahren enthält.

Zu Nummer 1

Die Änderungen dienen der Anpassung der Inhaltsübersicht an die Änderungen der Nummern 3, 6 und 11.

Zu Nummer 2

Zu Buchstabe a

In § 99 GWB werden öffentliche Aufträge definiert und Regelungen zur Abgrenzung bei gemischten Aufträgen getroffen. Hier werden daher die erforderlichen Neuregelungen zu diesen beiden Punkten integriert.

Zu Absatz 7

Die Richtlinie 2009/81/EG, deren Umsetzung dieses Gesetz dient, bestimmt, nach welchen Regeln die Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge zu erfolgen hat. Der Anwendungsbereich für diese speziellen Vergaberegulungen wird im neuen Absatz 7 definiert. Die Vorgaben hierzu ergeben sich aus Artikel 1 Nummer 6, 7 und Artikel 2 der Richtlinie. Damit wird zum einen klargestellt, dass der Vierte Teil des GWB für Aufträge, deren Auftragsgegenstand dort genannte Leistungen umfasst, gilt. Zum anderen kann bei der Umsetzung der speziellen Vorgaben für die Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge an die hier gefasste Definition angeknüpft werden.

Die Vergabe von Aufträgen, die nicht unter die Definition verteidigungs- oder sicherheitsrelevanter Aufträge fallen, richtet sich – vorbehaltlich der Ausnahmetatbestände im Vierten Teil des GWB – nach den allgemeinen Vergaberegeln.

Zu Absatz 8

Die Definition militärischer Ausrüstung folgt aus Artikel 1 Nummer 6 der Richtlinie 2009/81/EG. Hierunter fallen insbesondere die Arten von Produkten, die in der vom Rat in der Entscheidung 2005/58 vom 15. April 1958 angenommenen Liste von Waffen, Munition und Kriegsmaterial aufgeführt sind. Diese Liste ist generisch und unter Berücksichtigung der sich weiter entwickelnden Technologie, Beschaffungspolitik und militärischen Anforderungen, die die Entwicklung neuer Produktarten nach sich ziehen, weit auszulegen. Der Begriff der Militärausrüstung kann daher auch Produkte umfassen, die zwar ursprünglich für zivile Zwecke konzipiert wurden, später aber für militärische Zwecke angepasst werden, um als Waffen, Munition oder Kriegsmaterial eingesetzt zu werden, vgl. Erwägungsgrund 10 der Richtlinie 2009/81/EG.

Zu Absatz 9

Die Definition eines vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfassten Verschlussauftrags folgt aus Artikel 1 Nummer 8 der Richtlinie. Für die Bestimmung einer Verschlussauftrag ist im nationalen Recht auf § 4 des Gesetzes über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes zurückzugreifen.

Als Verschlussauftrag gelten damit nach § 4 Absatz 2 auch Aufträge, bei denen Verschlussaufträge der Geheimhaltungsstufe VS-NUR FÜR DEN DIENSTGEBRAUCH verwendet werden, wenn die Kenntnisnahme durch Unbefugte für die Interessen der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder nachteilig sein kann.

Auftraggeber auf Bundes-, Landes- aber auch kommunaler Ebene können in den verschiedensten Bereichen wie bspw. polizeilichen Tätigkeiten, Grenzschutz oder Kriseneinsätzen mit der Vergabe von sicherheitsrelevanten Aufträgen betraut sein.

Zu Buchstabe b

Folgeänderung aus Buchstabe a sowie Neugliederung: Zur besseren Lesbarkeit und Verständlichkeit, insbesondere im Hinblick auf die neu aufzunehmenden Vorgaben in Buch-

stabe d, werden die Vorgaben zur Abgrenzung gemischter Aufträge in mehrere Absätze aufgeteilt.

Zu Buchstabe c

Zu Doppelbuchstabe aa

Absatz 11 enthält den Grundsatz, dass der Auftrag danach zuzuordnen ist, welche Tätigkeit den Hauptgegenstand darstellt.

Zu Doppelbuchstabe bb

Der neue Absatz 12 enthält die Abgrenzungsvorgaben für Aufträge zur Durchführung von Sektorentätigkeiten. Der Wortlaut des bisherigen Absatzes 8 Satz 2 und 3 wird unverändert übernommen.

Zu Buchstabe d

Der neue Absatz 13 setzt Artikel 3 der Richtlinie 2009/81/EG um, damit bei Aufträgen, die teilweise verteidigungs- oder sicherheitsrelevant sind, eine Abgrenzung hinsichtlich der anzuwendenden Vergabebestimmungen erfolgen kann.

Hierbei wird aufgrund der besonderen Sensibilität verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge nicht nach dem Hauptgegenstand des Auftrags abgegrenzt. Stattdessen kann der Auftraggeber die jeweils weniger strengen Anforderungen anwenden, wenn die Vergabe eines einheitlichen Auftrags aus objektiven Gründen gerechtfertigt ist. Dadurch wird gewährleistet, dass beispielsweise ein Auftrag, der Verschlussachen umfasst, auch dann nach den Bestimmungen für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge vergeben werden kann, wenn dieser Auftragsgegenstand nur den kleineren Teil des Auftrags ausmacht.

Gemäß Satz 2 findet der Vierte Teil des GWB keine Anwendung, wenn ein Teil eines Auftrags zwar nach den besonderen Bestimmungen für die Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge vergeben werden könnte, ein anderer Teil des Auftrags aber aufgrund von Ausnahmegesetzen ganz aus dem Anwendungsbereich des GWB heraus fällt. Diese Vorschrift wird beispielsweise für Fälle relevant, in denen (kleinere) Auftragsteile so sensibel sind, dass sie nach Artikel 346 Absatz 1 AEUV ganz vom europäischen Vergaberecht ausgenommen sind, während ein anderer, möglicherweise umfangreicherer Teil den Vergabebestimmungen für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge unterliegen würde. Ist in einem solchen Fall die Vergabe eines einheitlichen Auftrags aus objektiven Gründen gerechtfertigt, gilt der Vierte Teil des GWB nicht.

Zu Nummer 3

Die Änderungen in Nummer 3 dienen der Neustrukturierung der Ausnahmetatbestände im bisherigen § 100 Absatz 2 und der Übernahme der Ausnahmegesetze für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge. Inhaltliche Änderungen resultieren allein aus der Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG. Die bestehenden Ausnahmetatbestände wurden beibehalten, soweit sich nicht ausnahmsweise aus der neuen Richtlinie anderes ergibt.

Die Ausnahmegesetze sind nunmehr in vier Kategorien untergliedert: § 100 umfasst die allgemeinen Ausnahmen, § 100a diejenigen für nicht sektorspezifische und nicht ver-

teidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge, § 100b diejenigen für den Sektorenbereich und § 100c diejenigen für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge.

Zu § 100

§ 100 regelt lediglich noch die Ausnahmegesetze, die für alle Auftragsvergaben gelten. Diese finden sich in den Absätzen 3 bis 6.

Zu Absatz 1

§ 100 Absatz 1 Satz 1 wurde ohne Änderung übernommen.

Hieran schließt sich eine Bestimmung zu den Schwellenwerten an, die die verschiedenen Vorgaben zu den Schwellenwerten aus der Vergabeverordnung, der Sektorenverordnung sowie der neu zur Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG zu erlassenden Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit durch Verweise zusammenfasst. Diese Regelung dient zum einen der Klarstellung dazu, wo die in Satz 1 in Bezug genommenen Schwellenwerte aufzufinden sind. Zum anderen ist die Aufschlüsselung in den Nummern 1 bis 3 erforderlich, um festzulegen, welche Auftraggeber sich bei welchen Auftragsgegenständen auf die Ausnahmen in den neu eingefügten §§ 100a bis 100c berufen können. Hierfür ist zu unterscheiden zwischen

- klassischen Auftraggebern bei der Vergabe nicht sektorspezifischer und nicht verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge (Nummer 1),
- Auftraggebern nach § 98 Nummer 1 bis 4 GWB bei der Ausführung von Sektorentätigkeiten (Nummer 2) und
- Auftraggebern bei der Vergabe verteidigungs- oder sicherheitsrelevanter Aufträge (Nummer 3).

Zu Absatz 2

§ 100 Absatz 2 fasst alle Ausnahmegesetze, die den in Absatz 1 eröffneten Anwendungsbereich einschränken, zusammen.

Zu Absatz 3

Die vormals in § 100 Absatz 2 am Anfang geregelte Ausnahme gilt für alle Auftragsvergaben und wurde deswegen in § 100 belassen. Hiermit wird gleichzeitig Artikel 13 Buchstabe i der Richtlinie 2009/81/EG umgesetzt.

Zu Absatz 4

Die in Absatz 4 zusammengefassten Ausnahmegesetze gelten ebenfalls für alle Auftragsvergaben. Nummer 1 übernimmt die Regelung aus dem bisherigen § 100 Absatz 2 Buchstabe l GWB, Nummer 2 diejenige aus dem bisherigen § 100 Absatz 2 Buchstabe n GWB. Gleichzeitig wird mit der Bestimmung Artikel 13 Buchstabe g und j der Richtlinie 2009/81/EG umgesetzt.

Zu Absatz 5

Die Ausnahmegesetz über den Erwerb von oder Mietverhältnisse oder Rechte an Grundstücken oder anderem unbeweglichen Vermögen befand sich bislang § 100 Absatz 2 Buchstabe h GWB. Sie wurde zur besseren Verständlichkeit

in drei Unterfälle gegliedert. Die Vorschrift setzt Artikel 13 Buchstabe e der Richtlinie 2009/81/EG um.

Zu Absatz 6

Zu Nummer 1

Die Ausnahmegvorschrift betreffend den Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen wurde neu gefasst. Sie greift die Regelung auf, die sich vormals in § 100 Absatz 2 Buchstabe d Doppelbuchstabe dd befand. Die Vorschrift wird nun durch eine Bezugnahme auf Artikel 346 Absatz 1 Buchstabe a des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union konkretisiert. Die Regelung setzt gleichzeitig Artikel 13 Buchstabe a der Richtlinie 2009/81/EG um.

Zu Nummer 2

§ 100 Absatz 6 Nummer 2 übernimmt die Vorschrift des vormaligen § 100 Absatz 2 Buchstabe e. Die Ausnahme findet keine ausdrückliche Erwähnung in der Richtlinie 2009/81/EG, gilt aber dennoch allgemein für alle Vergaben, da sie unmittelbar aus dem AEUV folgt. Die Bestimmung im GWB hat insoweit lediglich klarstellenden Charakter.

Zu Absatz 7

Die Regelung dient der beispielhaften, aber nicht abschließenden Konkretisierung und nennt Anwendungsbereiche, in denen wesentliche Sicherheitsinteressen bei der Vergabe von Aufträgen betroffen sein können.

Zu Absatz 8

§ 100 Absatz 8 fasst Ausnahmegvorschriften zusammen, die sich gleich lautend aus den Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG ergeben, aber in der neu umzusetzenden Richtlinie 2009/81/EG nicht in dieser Form vorkommen. Daher wird geregelt, dass die hier aufgelisteten Ausnahmen nicht für die Vergabe verteidigungs- oder sicherheitsrelevanter Aufträge gelten.

Zu den Nummern 1 bis 3

Die Vorschriften werden übernommen aus dem vorherigen § 100 Absatz 2 Buchstabe d Doppelbuchstabe aa bis cc GWB.

Nummer 1 umschreibt die Möglichkeit, Aufträge zum Schutz betroffener Sicherheitsbelange verschlossen zu halten und umfasste alle Aufträge, die nach den deutschen Geheimschutzvorschriften VS-VERTRAULICH oder höher eingestuft sind. Der Wortlaut wurde in „inländische Rechts- und Verwaltungsvorschriften“ geändert um zweifelsfrei klarzustellen, dass nicht nur Vorschriften auf Bundes-, sondern auch auf Landesebene den Anwendungsbereich der Ausnahme eröffnen können. Nummer 2 nimmt solche Aufträge aus, die besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordern. Dies betrifft beispielsweise besondere Vorkehrungen zum Schutz sensiblen Materials. Nummer 3 nennt Beispielfälle von besonderer Sicherheitsrelevanz.

Diese Ausnahmen gelten zukünftig nicht für die Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge nach § 99 Absatz 7 GWB, der den Anwendungsbereich der neuen Vergaberichtlinie 2009/81/EG markiert. Denn die besonderen Bestimmungen der Richtlinie 2009/81/EG für sicherheitsrelevante Beschaffungen tragen gerade der Tatsache Rechnung, dass die hierunter fallenden Aufträge Verschluss-

sachen beinhalten (vgl. Artikel 1 Nummer 7 und 8 der Richtlinie). Um außerhalb des Anwendungsbereichs der neuen Richtlinie Regelungslücken zu vermeiden, werden die Ausnahmebestimmungen beibehalten. Dies entspricht auch der europäischen Rechtslage, da der mit den Ausnahmegvorschriften umgesetzte Artikel 14 der Richtlinie 2004/18/EG unverändert fortgilt.

Zu Nummer 4

Die Ausnahmegvorschrift in § 100 Absatz 7 Nummer 4 wurde aus dem ehemaligen § 100 Absatz 2 Buchstabe b übernommen. Die Einschränkung, dass diese Ausnahmebestimmung nur für nicht verteidigungs- oder sicherheitsrelevante Vergaben gilt, resultiert daraus, dass die vergleichbare Ausnahmegvorschrift in der Richtlinie 2009/81/EG (Artikel 12 Buchstabe a) weiter gefasst wurde und daher in § 100c Absatz 4 Nummer 1 gesondert geregelt wird.

Zu Nummer 5

Diese Regelung befand sich vormals wortgleich in § 100 Absatz 2 Buchstabe a. Wie auch die Ausnahmegvorschrift in Nummer 4 ist sie auf nicht verteidigungs- oder sicherheitsrelevante Aufträge zu beschränken, weil die vergleichbare Ausnahmegvorschrift in der Richtlinie 2009/81/EG (Artikel 12 Buchstabe b) weiter gefasst wurde und daher in § 100c Absatz 4 Nummer 2 gesondert geregelt wird.

Zu Nummer 6

Die Ausnahmeregelung betreffend Verfahrensvorschriften einer internationalen Organisation wurde wortgleich aus § 100 Absatz 2 Buchstabe c überführt. Sie ist auf nicht verteidigungs- oder sicherheitsrelevante Vergaben zu beschränken, weil die korrespondierende Ausnahmegvorschrift in Artikel 12 Buchstabe c der Richtlinie 2009/81/EG enger gefasst wurde und aus diesem Grund in § 100c Absatz 4 Nummer 3 gesondert umgesetzt wird.

Zu § 100a

§ 100a umfasst die Ausnahmegvorschriften, die einzig für klassische Auftraggeber bei der Vergabe nicht Sektorentätigkeiten betreffender und nicht verteidigungs- oder sicherheitsrelevanter Aufträge gelten. Diese Ausnahmen setzen die Richtlinie 2004/18/EG um und befanden sich vormals in § 100 Absatz 2 GWB. Durch die neue Trennung insbesondere nach Ausnahmen in den §§ 100a und 100b wird deutlich, welche Tatbestände für klassische Aufträge und welche für die Vergabe von Aufträgen im Sektorenbereich einschlägig sind.

Zu Absatz 1

Absatz 1 bestimmt den Anwendungsbereich für die folgenden Ausnahmegvorschriften durch Bezugnahme auf den neuen § 100 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1.

Zu Absatz 2

Zu Nummer 1

§ 100a Absatz 2 Nummer 1 enthält die Ausnahmegvorschrift zu Rundfunk- und Fernsehprogrammen, die sich bislang in § 100 Absatz 2 Buchstabe j befand. Sie gilt weder für die Vergabe von Sektorentätigkeiten noch für verteidigungs-

und sicherheitsrelevante Aufträge und ist daher nach der Neugliederung an dieser Stelle einzusortieren.

Zu Nummer 2

Die vormals in § 100 Absatz 2 Buchstabe m enthaltene Ausnahmegesetzvorschrift betreffend finanzielle Dienstleistungen gilt nach den Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG für klassische Auftraggeber und für Auftragsvergaben im Bereich der Sektorentätigkeiten. In der neu umzusetzenden Richtlinie 2009/81/EG ist diese Ausnahme nicht vorgesehen. Daher wurde die Regelung an dieser Stelle und parallel in § 100b Absatz 2 Nummer 1 in die neue Gesetzesstruktur eingefügt.

Zu Absatz 3

Die Regelung wurde aus dem ehemaligen § 100 Absatz 2 Buchstabe g wortgleich übernommen. Sie folgt aus Artikel 18 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 25 der Richtlinie 2004/17/EG und gilt somit ebenfalls für klassische Auftraggeber und für Auftragsvergaben im Bereich der Sektorentätigkeiten, während sie in der neu umzusetzenden Richtlinie 2009/81/EG nicht vorgesehen ist. Aus diesem Grund wurde die Regelung an dieser Stelle und parallel in § 100b Absatz 3 in die neue Struktur übernommen.

Zu Absatz 4

Die Ausnahmegesetzvorschrift in § 100a Absatz 4 befand sich bislang in § 100 Absatz 2 Buchstabe k. Mit ihr hat der Gesetzgeber Artikel 13 der Richtlinie 2004/18/EG umgesetzt. In den Richtlinien 2004/17/EG und 2009/81/EG ist sie nicht vorgesehen, weswegen die Bestimmung in § 100a eingeordnet wird.

Zu § 100b

§ 100b regelt lediglich die Ausnahmegesetzvorschriften, die nur für Aufträge über Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs gelten. Diese Ausnahmen setzen die Richtlinie 2004/17/EG um und befanden sich vormals ebenfalls in § 100 Absatz 2 GWB. Durch die neue Trennung insbesondere nach Ausnahmen in den §§ 100a und 100b wird deutlich, welche Tatbestände für klassische Aufträge und welche für die Vergabe von Aufträgen im Sektorenbereich einschlägig sind.

Zu Absatz 1

Absatz 1 bestimmt den Anwendungsbereich für die folgenden Ausnahmegesetzvorschriften durch Bezugnahme auf den neuen § 100 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2.

Zu Absatz 2

Zu Nummer 1

Die vormals in § 100 Absatz 2 Buchstabe m enthaltene Ausnahmegesetzvorschrift betreffend finanzielle Dienstleistungen gilt nach den Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG für klassische Auftraggeber und für Auftragsvergaben im Bereich der Sektorentätigkeiten. In der neu umzusetzenden Richtlinie 2009/81/EG ist diese Ausnahme nicht vorgesehen. Daher wurde die Regelung an dieser Stelle und parallel

in § 100a Absatz 2 Nummer 2 in die neue Struktur eingefügt.

Zu den Nummern 2 und 3

Diese Regelung befand sich bislang in § 100 Absatz 2 Buchstabe f. Sie wurde ohne Änderung des Wortlautes übernommen. Die beiden Tatbestandsalternativen zu Trinkwasserversorgung einerseits und Energieversorgung andererseits wurden zur besseren Lesbarkeit in zwei Nummern untergliedert.

Zu Absatz 3

Die Regelung wurde aus dem ehemaligen § 100 Absatz 2 Buchstabe g wortgleich übernommen. Sie folgt aus Artikel 18 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 25 der Richtlinie 2004/17/EG und gilt somit für klassische Auftraggeber und für Auftragsvergaben im Bereich der Sektorentätigkeiten, während sie in der neu umzusetzenden Richtlinie 2009/81/EG nicht vorgesehen ist. Aus diesem Grund wurde die Regelung an dieser Stelle und parallel in § 100a Absatz 3 in die neue Gesetzesstruktur eingefügt.

Zu Absatz 4

Alle in Absatz 4 aufgenommenen Ausnahmegesetzvorschriften befanden sich bislang in § 100 Absatz 2, gelten allein für die Vergabe von Aufträgen im Sektorenbereich und wurden ohne Änderung an dieser Stelle der neu strukturierten Ausnahmetatbestände zusammengefügt.

Zu Nummer 1

Die Ausnahmebestimmung wurde wörtlich aus § 100 Absatz 2 Buchstabe i übernommen.

Zu den Nummern 2 und 3

Diese Regelungen befanden sich bislang in § 100 Absatz 2 Buchstabe q und r. Durch die Neustrukturierung konnte der Wortlaut gekürzt werden. Zur besseren Verständlichkeit wurden die Voraussetzungen der Ausnahme betreffend die Weiterveräußerung oder Vermietung an Dritte untergliedert.

Zu Nummer 4

Die Ausnahmegesetzvorschrift wurde aus dem ehemaligen § 100 Absatz 2 Buchstabe t übernommen.

Zu Absatz 5

Der Ausnahmetatbestand für Baukonzessionen zum Zwecke der Durchführung von Sektorentätigkeiten wurde von § 100 Absatz 2 Buchstabe s übernommen.

Zu den Absätzen 6 bis 9

Die Ausnahmeregelung des Artikels 23 Absatz 2 und 3 der Richtlinie 2004/17/EG war bislang in § 100 Absatz 2 Buchstabe o umgesetzt. Sie wurde ohne inhaltliche Änderung übernommen und zur besseren Übersichtlichkeit in zwei Absätze untergliedert.

Ebenso wurde mit der Ausnahmebestimmung des Artikels 23 Absatz 4 der Richtlinie 2004/17/EG verfahren, die

bislang in § 100 Absatz 2 Buchstabe p umgesetzt war und sich jetzt in § 100b Absatz 8 und 9 befindet.

Zu § 100c

§ 100c regelt die Ausnahmenvorschriften, die nur für die Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge gelten. Die Norm setzt damit die Ausnahmen um, die erstmals in der Richtlinie 2009/81/EG vorgesehen sind bzw. von denjenigen in den älteren Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG abweichen.

Zu Absatz 1

Absatz 1 bestimmt den Anwendungsbereich für die folgenden Ausnahmenvorschriften durch Bezugnahme auf den neuen § 100 Absatz 1 Satz 2 Nummer 3.

Zu Absatz 2

Zu Nummer 1

Mit dieser Bestimmung wird Artikel 13 Buchstabe h der Richtlinie 2009/81/EG umgesetzt. Die Regelung schränkt den Bereich der Finanzdienstleistungen anders als § 100a Absatz 2 Nummer 2 und § 100b Absatz 2 Nummer 1 nicht dahingehend ein, dass ein Zusammenhang mit Ausgabe, Verkauf, Ankauf oder Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten bestehen muss.

Gleichzeitig wird für den Bereich verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Beschaffungen nun ausdrücklich festgelegt, dass Versicherungsdienstleistungen von der Ausnahmeregelung nicht erfasst werden. Dies gilt entsprechend dem Anhang II Kategorie 6 der Richtlinie 2004/18/EG ebenso für nicht verteidigungs- oder sicherheitsrelevante Aufträge, so dass diese Ergänzung lediglich klarstellenden Charakter hat.

Zu Nummer 2

Die Ausnahmenvorschrift folgt aus Artikel 13 Buchstabe b der Richtlinie 2009/81/EG. Sie nimmt Beschaffungen durch Nachrichtendienste oder Beschaffungen für alle Arten von nachrichtendienstlichen Tätigkeiten vom Vergaberecht aus. Damit werden zum einen Fälle erfasst, in denen andere öffentliche Auftraggeber einen Auftrag an einen Nachrichtendienst vergeben, zum anderen Aufträge, die ein Nachrichtendienst zum Zwecke seiner nachrichtendienstlichen Tätigkeiten vergibt, vgl. auch die Erläuterungen in Erwägungsgrund 27 der Richtlinie 2009/81/EG.

Zu Nummer 3

Mit § 100c Absatz 2 Nummer 3 wird Artikel 13 Buchstabe c der Richtlinie 2009/81/EG umgesetzt. Kooperationsprogramme der Mitgliedstaaten, die dazu dienen, neue Verteidigungsausrüstung gemeinsam zu entwickeln, werden vom europäischen Vergaberecht ausgenommen. Solche Programme dienen insbesondere der Entwicklung neuer Technologien und erleichtern die Übernahme der hohen Forschungs- und Entwicklungskosten komplexer Waffensysteme. Einige dieser Programme werden von internationalen Organisationen (insb. OCCAR, NATO oder Agenturen der EU wie der Europäischen Verteidigungsagentur) verwaltet, die die Aufträge im Namen der Mitgliedstaaten vergeben. In anderen Fällen werden Aufträge von einem Mitgliedstaat

auch im Namen eines anderen Mitgliedstaats vergeben. In beiden Konstellationen nimmt die Ausnahmenvorschrift die Aufträge aus dem europäischen Vergaberecht aus. Von der Ausnahmenvorschrift werden ebenfalls Kooperationsprogramme erfasst, an denen (über mindestens zwei Mitgliedstaaten hinaus) auch Drittstaaten beteiligt sind, vgl. Erwägungsgrund 28 der Richtlinie 2009/81/EG.

Zu Nummer 4

Aufgrund der Besonderheiten des Verteidigungs- und Sicherheitsbereichs werden Beschaffungen von Ausrüstung und Bau- und Dienstleistungen einer Regierung oder einer Gebietskörperschaft bei einer anderen Regierung oder Gebietskörperschaft vom Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts ausgenommen, vgl. Erwägungsgrund 30 der Richtlinie 2009/81/EG. Dies folgt aus Artikel 13 Buchstabe f der Richtlinie. Unter diese Ausnahme fällt jede Beschaffung militärischer oder sensibler Ausrüstung.

Der persönliche Anwendungsbereich der Ausnahmenvorschrift wird durch Artikel 1 Nummer 9 der Richtlinie 2009/81/EG festgelegt.

Zu Absatz 3

Die Regelung setzt Artikel 13 Buchstabe d der Richtlinie 2009/81/EG um. Diese Ausnahmenvorschrift ist maßgeschneidert für Kriseneinsätze außerhalb der Europäischen Union. Bei einem solchen Einsatz von Streitkräften oder Polizeien sollen die im Einsatzgebiet stationierten Auftraggeber die Möglichkeit haben, bei der Vergabe von Aufträgen an im Einsatzgebiet ansässige Marktteilnehmer von der Anwendung des europäischen Vergaberechts abzusehen, wenn der Einsatz dies erfordert. Dies soll, so Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2009/81/EG, auch für zivile Beschaffungen gelten, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Durchführung dieses Einsatzes stehen.

Die Definition ziviler Beschaffungen im Sinne dieser Vorschrift folgt aus Artikel 1 Nummer 28 der Richtlinie 2009/81/EG.

Zu Absatz 4

Die Vorschrift dient der Umsetzung von Artikel 12 der Richtlinie 2009/81/EG. Die Ausnahmetatbestände sind ähnlich denjenigen in Artikel 15 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 22 der Richtlinie 2004/17/EG, allerdings wurde der Anwendungsbereich in allen drei Unterfällen leicht geändert. Daher sind die Ausnahmen getrennt von der Umsetzung für den nicht verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Bereich in § 100 Absatz 8 Nummer 4 bis 6 an dieser Stelle zu regeln.

Zu Nummer 1

Die Ausnahmenvorschrift in § 100c Absatz 4 Nummer 1 enthält anders als die Bestimmung in § 100 Absatz 8 Nummer 4 keine Beschränkung in Bezug auf den Auftragsgegenstand. Darüber hinaus müssen die besonderen Verfahrensregeln nach dieser Vorschrift nicht aus einem internationalen Abkommen folgen, sondern können sich auch aus einer internationalen Vereinbarung ergeben. Hierunter können bspw. auch Vereinbarungen zwischen den jeweils zuständigen Ministerien fallen.

Zu Nummer 2

Diese Regelung zu Abkommen und Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Stationierung von Truppen ist ebenfalls weiter gefasst als diejenige in § 100 Absatz 8 Nummer 5, auf die sich Auftraggeber bei nicht verteidigungs- oder sicherheitsrelevanten Vergaben berufen können. Wie in § 100c Absatz 4 Nummer 1 sind im verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Bereich auch solche Aufträge ausgenommen, für die sich besondere Verfahrensregeln aus einer internationalen Vereinbarung ergeben.

Nach Erwägungsgrund 26 der Richtlinie 2009/81/EG soll diese Ausnahmvorschrift Auftragsvergaben vom europäischen Vergaberecht ausschließen, die nach den Bestimmungen einer Vereinbarung im Zusammenhang mit der Stationierung von Truppen aus einem Mitgliedstaat in einem anderen Mitgliedstaat oder in einem Drittstaat oder der Stationierung von Truppen aus einem Drittstaat in einem Mitgliedstaat vergeben werden.

Zu Nummer 3

Die Ausnahmeregelung betreffend Verfahrensvorschriften einer internationalen Organisation setzt Artikel 12 Buchstabe c der Richtlinie 2009/81/EG um. Anders als bei den beiden vorangehenden Ausnahmetatbeständen ist die Regelung in § 100c Absatz 4 Nummer 3 enger gefasst als die korrespondierende Ausnahmvorschrift in § 100 Absatz 8 Nummer 6 für nicht verteidigungs- und sicherheitsrelevante Auftragsvergaben. Erforderlich ist hier, dass eine internationale Organisation den betreffenden Auftrag für ihre Zwecke vergibt. Im Umkehrschluss folgt, dass Vergaben, die eine internationale Organisation nicht für ihre eigenen, sondern für Verwendungszwecke ihrer Mitglieder tätig, nicht unter diese Ausnahmvorschrift fallen.

Zu Nummer 4

Die Ergänzung in § 101 Absatz 7 GWB dient der Umsetzung von Artikel 25 der Richtlinie 2009/81/EG. Aufgrund der Sensibilität dieser Bereiche ist für die Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge kein offenes Verfahren vorgesehen. Nicht offenes Verfahren und Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung stehen gleichberechtigt nebeneinander. Die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige europaweite Bekanntmachung ist nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zulässig. Bei komplexen Vergaben kann auch der wettbewerbliche Dialog gewählt werden.

Zu Nummer 5

§ 105 Absatz 2 ist um die Regelung zu ergänzen, dass Vergabekammern bei der Überprüfung verteidigungs- oder sicherheitsrelevanter Vergaben auch in der Besetzung mit einem Vorsitzenden und zwei hauptamtlichen Beisitzern entscheiden können. Diese Besonderheit ist erforderlich, da Vergabeunterlagen, die Verschlussachen umfassen, nur von sicherheitsüberprüften Personen bearbeitet werden dürfen. Ehrenamtliche Beisitzer, die sicherheitsüberprüft sind, stehen aber möglicherweise nicht immer kurzfristig vor Ort zur Verfügung. Auch ist ein Versand der Unterlagen an nicht ortsansässige ehrenamtliche Beisitzer nicht ohne weiteres möglich, wenn die Unterlagen Verschlussachen umfassen.

Zu Nummer 6

Die Neuregelung in § 110a soll die Vertraulichkeit von Verschlussachen während eines Nachprüfungsverfahrens sicherstellen.

Absatz 1 entspricht Artikel 56 Absatz 10 der Richtlinie 2009/81/EG.

Absatz 2 übernimmt eine Regelung zur Geheimhaltung aus § 99 Absatz 2 Satz 10 VwGO. Hierdurch wird ausdrücklich klargestellt, dass auch in der Entscheidung der Vergabekammer keine Informationen über Verschlussachen veröffentlicht werden dürfen.

Zu Nummer 7**Zu Buchstabe a**

§ 115 Absatz 2 Satz 2 wird ergänzt um den Halbsatz, dass bei Vergaben im Sinne der neuen Richtlinie besondere Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen in die Abwägung der Vergabekammer nach Satz 1 einfließen. Diese Klarstellung erfolgt in Umsetzung von Artikel 56 Absatz 5 der Richtlinie 2009/81/EG.

Zu Buchstabe b

Dies ist eine Folgeänderung zu Nummer 3 nach der Neustrukturierung der Ausnahmen im vormaligen § 100 Absatz 2 GWB.

Zu Nummer 8

Mit dieser Änderung des § 118 Absatz 2 werden die Kriterien für eine Entscheidung des Beschwerdegerichts über die Fortsetzung der aufschiebenden Wirkung der Entscheidung der Vergabekammer an die Kriterien für die Entscheidung über die Gestattung der Zuschlagserteilung nach § 115 Absatz 2 angepasst.

Zu Nummer 9

Wie bei § 118 Absatz 2 sollen die Kriterien für die Vorabentscheidung über den Zuschlag im Verfahren vor dem Beschwerdegericht an die Kriterien für eine Entscheidung der Vergabekammer über die Gestattung der Zuschlagserteilung nach § 115 Absatz 2 angepasst werden.

Zu Nummer 10

Die Änderung von § 127 Nummer 3 ist erforderlich zur Übernahme der Regelungen zur Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge aus der Richtlinie 2009/81/EG. Die Regelung ermächtigt die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates zum Erlass einer eigenständigen Verordnung über die Vergabe solcher Aufträge. Ziel ist eine Eins-zu-eins-Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG.

Zu Nummer 11

In den neuen § 127a Absatz 1 wurde der Verweis auf § 80 GWB aufgenommen, der bislang aus § 3 Absatz 5 Satz 5 der Sektorenverordnung folgte. Die Norm wurde speziell für Amtshandlungen im Bereich der Sektorentätigkeiten geschaffen. Satz 1 ist § 80 Absatz 1 Satz 1 GWB nachgebildet.

§ 127a Absatz 2 ermächtigt den Verordnungsgeber, Einzelheiten zur Gebührenerhebung durch das Bundeskartellamt

bei der Fertigung von Stellungnahmen über die Frage, ob Sektorentätigkeiten auf Märkten mit freiem Zugang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt sind, zu regeln. Damit wird die Gebührenregelung in § 3 der Sektorenverordnung auf eine klarere gesetzliche Grundlage gestellt.

Zu Nummer 12

In § 131 wird ein neuer Absatz 9 mit einer Übergangsregelung für zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bereits begonnene Vergabe- oder Nachprüfungsverfahren aufgenommen.

Ein Vergabeverfahren gilt im Sinne dieser Übergangsregelung auch bereits als begonnen, wenn bislang nur eine Aufforderung zur Beteiligung an einem Teilnahmewettbewerb oder eine Aufforderung zu Verhandlungen ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb ergangen ist.

Zu Artikel 2 (Änderung der Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung)

Zu Nummer 1

Diese Anpassung ist zur Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG erforderlich: Zukünftig wird für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Vergaben im Sektorenbereich nicht das allgemeine Vergaberecht der SektVO gelten, sondern die besonderen Vorgaben der neuen Verordnung Verteidigung und Sicherheit. Dies folgt aus Artikel 1 Nummer 17 der

Richtlinie 2009/81/EG, der auch für Auftraggeber im Sektorenbereich die neuen Vorgaben für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Beschaffungen zur Anwendung bringt.

Zu Nummer 2

Die Neufassung des Gebührentatbestandes dient lediglich der Klarheit. Mit der Streichung von § 3 Absatz 5 Satz 4 bis 7 SektVO und der Übernahme dieser Regelungen in § 127a GWB bzw. in einem eigenen Absatz des § 3 SektVO geht keine inhaltliche Änderung einher. Der Verweis auf einzelne Bestimmungen des § 80 GWB folgt nun direkt aus § 127a Absatz 1 GWB.

Zu Artikel 3 (Änderung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge)

Zu Absatz 3

Diese Anpassung ist wie diejenige in Artikel 2 Nummer 1 des Änderungsgesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG erforderlich: Zukünftig wird für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Vergaben nicht die Vergabeverordnung (VgV) als Einstieg in das materielle Vergaberecht unterhalb des GWB dienen, sondern die eigenständige Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit, die sich auf die neue Ermächtigungsgrundlage nach Artikel 1 Nummer 10 stützen wird.

Zu Artikel 4 (Inkrafttreten)

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten.

Anlage 2

Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates

Der Nationale Normenkontrollrat hat das Regelungsvorhaben auf Bürokratiekosten, die durch Informationspflichten begründet werden, geprüft.

Mit den Regelungsvorhaben werden keine Informationspflichten neu eingeführt, geändert oder aufgehoben.

Der Nationale Normenkontrollrat hat daher im Rahmen seines gesetzlichen Prüfauftrags keine Bedenken gegen die Regelungsvorhaben.

Anlage 3

Stellungnahme des Bunderates

Der Bundesrat hat in seiner 886. Sitzung am 23. September 2011 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Zu Artikel 1 Nummer 3

(§ 100 Absatz 2, § 100a Absatz 1, 2 Nummer 2 und Absatz 3, § 100b Absatz 1, 2 Nummer 1 und Absatz 3 GWB)

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

Begründung

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

Im Einzelnen wird auf Folgendes hingewiesen:

1. Ausweislich seines Wortlauts wie seiner Begründung (S. 14) soll § 100 Absatz 2 GWB-E alle Ausnahmenvorschriften zusammenfassen, die den in Absatz 1 genannten Anwendungsbereich einschränken. Dann wäre aber auch § 100 Absatz 8 GWB-E in die Aufzählung des § 100 Absatz 2 GWB-E aufzunehmen.
2. Die in § 100 Absatz 8 GWB-E vorgesehenen Ausnahmen ergeben sich sowohl aus der Richtlinie 2004/18/EG, deren Vorgaben im Übrigen in § 100a GWB-E umgesetzt werden sollen, als auch aus der Richtlinie 2004/17/EG, deren Vorgaben im Übrigen in § 100b GWB-E umgesetzt werden sollen. Damit betreffen die in § 100 Absatz 8 GWB-E genannten Fälle auch die Anwendungsbereiche der §§ 100a und 100b GWB-E, weshalb in deren Absätzen 1 wohl jeweils zu formulieren wäre: „[...] gilt dieser Teil über die in § 100 Absatz 3 bis 6 und 8 genannten Fälle hinaus nicht für [...]“.
3. Sinn und Zweck des § 100 Absatz 8 GWB-E scheint es zu sein, die Verdoppelung gleichlautender Regelungen in den §§ 100a und 100b GWB-E zu vermeiden. Von diesem Ansatz wird allerdings insoweit kein Gebrauch gemacht, als § 100a Absatz 2 Nummer 2 und § 100b Absatz 2 Nummer 1 GWB-E einerseits sowie § 100a Absatz 3 und § 100b Absatz 3 GWB-E andererseits jeweils identische Regelungen enthalten, die sich wohl in § 100 Absatz 8 GWB-E überführen ließen.

2. Zu Artikel 1 Nummer 3

(§ 100 Absatz 8 Nummer 3 GWB)

In Artikel 1 Nummer 3 sind in § 100 Absatz 8 Nummer 3 nach den Wörtern „Terrorismusbekämpfung oder“

die Wörter „zum Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen des Staates“ einzufügen.

Begründung

Mit dem neu konzipierten § 100 Absatz 8 Nummer 3 GWB sollen nach der Gesetzesbegründung (S. 15 f. zu Artikel 1 § 100 Absatz 8 Nummer 1 bis 3) die Regelungsinhalte des Artikels 14 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG (VKR) außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2009/81/EG beibehalten werden, um Regelungslücken zu vermeiden.

Tatsächlich aber wird der Anwendungsbereich der Ausnahmebestimmung zur Beschaffung von Informationstechnik und Telekommunikationsanlagen entgegen Artikel 14 VKR ausgeweitet. Denn Artikel 14 dritte Alternative VKR sieht vor, dass die Richtlinie u. a. nicht für öffentliche Aufträge gilt, wenn der Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen dieses Mitgliedstaates es gebietet. Die bisherige Umsetzungsbestimmung in § 100 Absatz 2 Buchstabe d Doppelbuchstabe cc GWB a. F. hatte diese Regelung noch wie folgt umgesetzt: „Dieser Teil gilt nicht für Arbeitsaufträge und für Aufträge, bei denen es [...] wesentliche Sicherheitsinteressen bei der Beschaffung von Informationstechnik oder Telekommunikationsanlagen gebieten.“

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

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

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

3. Zu Artikel 1 Nummer 7 Buchstabe b

(§ 115 Absatz 4 GWB)

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

„b) Absatz 4 wird aufgehoben.“

Begründung

Ein automatisches Entfallen des Zuschlagsverbots nach § 115 Absatz 1 GWB wie es der derzeitige § 115 Ab-

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

Da die Stillhaltefrist im deutschen (§ 101a GWB) wie im europäischen Rechtsschutzbereich (Artikel 57 Absatz 2 der Richtlinie 2009/81/EG) auf mindestens zehn Kalendertage festgelegt ist, wird diese Schutzfrist nicht eingehalten, wenn der Auftraggeber z. B. schon am Tag der Information über einen bei der Vergabekammer eingegangenen Nachprüfungsantrag die Voraussetzungen des § 100 Absatz 2 Buchstabe d GWB einwendet und die Vergabekammer – wie gesetzlich in § 115 Absatz 4 GWB gefordert – diesen Schriftsatz unverzüglich dem Antrag stellenden Unternehmen zustellt. Denn dann entfällt ohne eine nach Artikel 56 Absatz 9 Satz 1 der Richtlinie 2009/81/EG ebenfalls erforderliche schriftliche Begründung der erstinstanzlichen Nachprüfungsinstanz die Zuschlagsperre nach Ablauf von zwei Kalendertagen automatisch kraft Gesetzes.

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

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

Zudem entspricht die dafür zur Verfügung gestellte Frist von zwei Kalendertagen nicht rechtsstaatlichen Grund-

sätzen an einen effektiven Rechtsschutz und läuft an einem Wochenende faktisch leer.

4. Zu Artikel 2 Nummer 3 bis 6 – neu –

(§§ 7 Absatz 5, 6 Nummer 2, 29 Absatz 2 Satz 3, 4, Anhang 4, Anhang 5 SektVO)

Dem Artikel 2 sind folgende Nummern 3 bis 6 anzufügen:

3. § 7 wird wie folgt geändert:

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

4. In § 29 Absatz 2 wird in Satz 3 und in Satz 4 das Wort „Straßenverkehrsfahrzeugen“ jeweils durch das Wort „Straßenfahrzeugen“ ersetzt.

5. Anhang 4 wird wie folgt geändert:

- a) In der Bezeichnung des Anhangs 4 wird das Wort „Straßenverkehrsfahrzeugen“ durch das Wort „Straßenfahrzeugen“ ersetzt.
- b) In der Bezeichnung der Tabelle 3 wird das Wort „Straßenverkehrsfahrzeugen“ durch das Wort „Straßenfahrzeugen“ ersetzt.

6. Anhang 5 wird wie folgt geändert:

- a) In der Bezeichnung des Anhangs 5 wird das Wort „Straßenverkehrsfahrzeugen“ durch das Wort „Straßenfahrzeugen“ ersetzt.
- b) In Nummer 1 im Einleitungssatz, in Buchstabe a Einleitungssatz, in Buchstabe a Doppelbuchstabe cc, in Buchstabe b und in Buchstabe c Satz 1 wird jeweils das Wort „Straßenverkehrsfahrzeuges“ durch das Wort „Straßenfahrzeugs“ ersetzt.
- c) In Nummer 2 Satz 2 wird das Wort „Straßenverkehrsfahrzeuge“ durch das Wort „Straßenfahrzeuge“ ersetzt.

Begründung

In der im Amtsblatt der Europäischen Union L 37 vom 11. Februar 2011 auf Seite 30 veröffentlichten Berichtigung der Richtlinie 2009/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge (ABl. L 120 vom 15.05.2009) wird das Wort „Straßenverkehrsfahrzeug“ in Artikel 4 Definitionen ersetzt durch das Wort „Straßenfahrzeug“. Damit enthält die Richtlinie und deren Anlagen das Wort Straßenverkehrsfahrzeug nicht mehr. Die Verordnung, mit der die Richtlinie in deutsches Recht umgesetzt wird, sollte daher dieses im Sprachgebrauch eher seltene Wort ebenfalls zu Gunsten des Wortes Straßenfahrzeug vermeiden.

Anlage 4

Gegenäußerung der Bundesregierung

Die Bundesregierung nimmt zu den Vorschlägen des Bundesrates wie folgt Stellung:

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

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates in den Nummern 1 und 2 der Begründung zu.

Das Anliegen des Bundesrates ist nach den Nummern 1 und 2 der Begründung eine formale Korrektur der Aufzählung der Ausnahmetatbestände in § 100 Absatz 2, § 100a Absatz 1 und § 100b Absatz 1. Es trifft zu, dass § 100 Absatz 8 GWB-E in den vorgenannten Vorschriften nicht aufgezählt ist. Die Bundesregierung wird dies im Gesetzgebungsverfahren nachholen.

Im Übrigen lehnt die Bundesregierung den Vorschlag des Bundesrates in Nummer 3 seiner Begründung ab.

Der Bundesrat schlägt vor, gemeinsame Ausnahmen vom Vergaberecht z. B. im Bereich der Finanzdienstleistungen für öffentliche Auftraggeber und Sektorauftraggeber in § 100 Absatz 8 „vor die Klammer zu ziehen“. Diesem Vorschlag möchte die Bundesregierung nicht folgen. Denn § 100 Absatz 8 übernimmt die Umsetzung der Artikel 14 und 15 der Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR für die „klassischen“ öffentlichen Auftraggeber) bzw. der Artikel 21 und 22 der Sektorenrichtlinie, die jeweils Aspekte der Verteidigung und Sicherheit außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie Verteidigung und Sicherheit betreffen. Dazu stehen die in Artikel 16 VKR Buchstabe d und Artikel 24 Buchstabe c der Sektorenrichtlinie genannten besonderen Ausnahmen für Finanzdienstleistungen nicht in sachlichem Zusammenhang. Ein solcher Zusammenhang mit § 100 Absatz 8 besteht auch nicht zu den Ausnahmen nach § 100a Absatz 3 und § 100b Absatz 3.

Zu Nummer 2 (Artikel 1 Nummer 3 – § 100 Absatz 8 Nummer 3 GWB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates zu.

Das Anliegen des Bundesrates ist eine Korrektur des § 100 Absatz 8 Nummer 3 (Beschaffung von Telekommunikationsanlagen). In der Tat stimmt dieser derzeit mit Artikel 14 Alternative 3 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG nicht überein. Die Bundesregierung hält es deshalb für richtig, die Einschränkung des Artikels 14 dritte Alternative der Richtlinie 2004/18/EG „zum Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen“ in § 100 Absatz 8 Nummer 3 aufzunehmen. Nach Auffassung der Bundesregierung muss es bei einer nationalen Umsetzung des Artikels 14 dritte Alternative der Richtlinie 2004/18/EG allerdings „zum Schutz wesentlicher nationaler Sicherheitsinteressen“ statt „zum Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen des Staates“ heißen.

Zu Nummer 3 (Artikel 1 Nummer 7 Buchstabe b – § 115 Absatz 4 GWB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu, § 115 Absatz 4 GWB ersatzlos zu streichen. Stattdessen befürwortet die Bundesregierung eine Verlängerung der Frist, nach der das Verbot des Zuschlags entfällt, von zwei Kalendertagen auf fünf Werktage. Damit kommt sie dem Anliegen des Bundesrates entgegen, die Rechtsschutzmöglichkeiten zu stärken.

Der Bundesrat schlägt vor, § 115 Absatz 4 in Gänze zu streichen. Die Vorschrift regelt die Aussetzung des Vergabeverfahrens: so soll ein Zuschlagsverbot nach zwei Tagen automatisch entfallen, sobald ein entsprechender Schriftsatz des öffentlichen Auftraggebers an den Antragsteller des Nachprüfungsverfahrens in den Fällen des § 100 Absatz 8 Nummer 1 bis 3 GWB-Änd-G-E (derzeit: § 100 Absatz 2 Buchstabe d GWB) zugestellt worden ist. Zur Begründung der Streichung beruft sich der Bundesrat auf Artikel 56 Absatz 3 der Richtlinie 2009/81/EG, demzufolge ein Vertragsschluss nicht vorgenommen werden darf, solange die Nachprüfungsstelle nicht eine Entscheidung zumindest im vorläufigen Rechtsschutz getroffen hat. Dieser Argumentation kann sich die Bundesregierung nicht anschließen: § 115 Absatz 4 GWB bezieht sich allein auf den Ausnahmetatbestand des § 100 Absatz 2 Buchstabe d GWB und betrifft damit nur sicherheitsrelevante Vergaben außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2009/81/EG.

Die Bundesregierung nimmt aber zur Kenntnis, dass die jüngere obergerichtliche Rechtsprechung Zweifel an der Rechtmäßigkeit von § 115 Absatz 4 GWB geäußert hat (OLG Koblenz, Beschluss v. 15. September 2010 – 1 Verg 7/10 – juris Rn. 8 sowie OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8. Juni 2011 – VII-Verg 49/11, Verg 49/11 – juris Rn. 24 ff.). Sie schlägt daher vor, die Rechtsschutzmöglichkeiten für nicht berücksichtigte Bieter zu stärken und die bisherige Frist von zwei Kalendertagen auf fünf Werktage zu verlängern.

Zu Nummer 4 (Artikel 2 Nummer 3 bis 6 – neu –; §§ 7 Absatz 5, 6 Nummer 2, 29 Absatz 2 Satz 3, 4, Anhang 4, Anhang 5 SektVO)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates zu.

Der Bundesrat schlägt vor, den Begriff „Straßenverkehrsfahrzeuge“ – wie zuvor schon in der Vergabeverordnung geschehen – auch in der SektVO durch den Begriff „Straßenfahrzeuge“ zu ersetzen. Das Anpassungsbedürfnis resultiert aus einer sprachjuristischen Änderung der Richtlinie 2009/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge (ABl. L 120 vom 15.5.2009), die im Amtsblatt L 37 vom 11. Februar 2011 veröffentlicht wurde.

