

### 3. Deutscher Baugerichtstag

7./8.5.2010 in Hamm (Westf.)

## Empfehlungen des 3. Deutschen Baugerichtstages an den Gesetzgeber Arbeitskreis II

#### Arbeitskreis II - Vergaberecht

Arbeitskreisleiter: RA Georg von Bronk  
Stellv. Arbeitskreisleiter: RA Dr. Helmut Wirner  
Referenten: RA Dr. Hans-Joachim Prieß, Berlin  
Prof. Dr. Martin Burgi, Ruhr-Universität Bochum  
Prof. Dr. Michael Holoubek, Wirtschaftsuniversität Wien

#### Thema

*Sind die materiellen Vergaberichtlinien und die Rechtsmittelrichtlinie in Deutschland richtig umgesetzt worden?*

- 1. Fristverkürzung bei „De facto Vergaben“ auch ohne Veröffentlichung der Gründe (sowie weitere Themen zum Rechtsschutz bei de facto Vergaben)?*
- 2. Soll die Hierarchie zwischen Offenem und Nichtoffenem Verfahren beendet werden?*
- 3. Gibt es einen Regelungsbedarf im Kontext mit der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen?*

## Arbeitskreis II - Vergaberecht



### 1. Empfehlung

1. Fragestellung: Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung darüber, dass ein vergaberechtswidrig abgeschlossener Vertrag bei Vorliegen zwingender Gründe des Allgemeinwohls ausnahmsweise als wirksam anzusehen ist (mit Schadensersatz zugunsten nicht berücksichtigter Bieter)?


## Arbeitskreis II - Vergaberecht



### *Empfehlung:*

*Der Deutsche Baugerichtstag empfiehlt dem deutschen Gesetzgeber die Schaffung einer Ausnahmeregelung. Für den Fall, dass zwingende Gründe des Allgemeinwohls die rechtliche Wirksamkeit einer gegen die Maßgaben des § 101a GWB verstoßenden Vergabe gebieten, muss es zulässig sein, zugunsten der Realisierung des betroffenen Projektes von der ausnahmslosen Nichtigkeit des geschlossenen Vertrages abweichen zu können.*

*Darüber hinaus empfiehlt der Deutsche Baugerichtstag dem deutschen Gesetzgeber den Erlass von Regeln über Sanktionen wie Geldbußen, Geldstrafen und die Kürzung der Vertragslaufzeit. Zusätzlich dazu sollte die Verpflichtung festgelegt werden, pauschaliert Schadensersatz zu leisten. Die Höhe des Schadensersatzes sollte dem in dem Vergabeverfahren anfallenden Regel-Gewinn (z. B. 5% des Vertragswertes) entsprechen. Dieser ist anteilmäßig an die Bieter auszukehren, die eine „echte Chance“ auf die Erteilung des Zuschlags gehabt hätten.*

DEUTSCHER  
BAUGERICHTSTAG e.V. 


**Arbeitskreis II - Vergaberecht**

---

**1. Empfehlung**

**Abstimmungsergebnis**

einstimmig	überwältigend	<b>Ablehnung</b>			knapp	knapp	<b>Zustimmung</b>			überwältigend	einstimmig
		■■■■■	■■■■■	■■■■■							

DEUTSCHER  
BAUGERICHTSTAG e.V. 

**Arbeitskreis II - Vergaberecht**

---

**2. Empfehlung**

2. Fragestellung: Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung darüber, dass de facto Änderungen eines rechtmäßig abgeschlossenen Vertrags die Wirksamkeit des ursprünglichen Vertrags unberührt lassen?


*Empfehlung:*

*Der Deutsche Baugerichtstag empfiehlt dem deutschen Gesetzgeber, § 101b Abs. 1 GWB dahingehend zu ergänzen, dass (auch) wesentliche de facto Änderungen die Wirksamkeit des ursprünglichen Vertrags nicht berühren.*

**Abstimmungsergebnis**

einstimmig	überwältigend	<b>Ablehnung</b>			knapp	knapp	<b>Zustimmung</b>			überwältigend	einstimmig
			■■■■■								

**Arbeitskreis II - Vergaberecht**




---

**3. Empfehlung**


3. Fragestellung: Empfiehlt sich eine Ergänzung von § 101b Abs. 2 S. 2 GWB dahin, dass öffentliche Auftraggeber bei Bekanntmachung der Auftragsvergabe auch die Gründe anzugeben haben, weshalb auf eine vorherige Vergabebekanntmachung verzichtet wurde?

*Empfehlung:*  
 Der Deutsche Baugerechtstag empfiehlt dem deutschen Gesetzgeber, § 101b Abs. 2 S. 2 GWB dahingehend zu ergänzen, dass bei der Bekanntmachung der Auftragsvergabe auch die Gründe dafür anzugeben sind, warum der betreffende Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung vergeben worden ist.

**Abstimmungsergebnis**



**Arbeitskreis II - Vergaberecht**




---

**4. Empfehlung**

4. Fragestellung: Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung darüber, dass de facto abgeschlossene Verträge schwebend wirksam sind?

*Empfehlung:*  
 Der Deutsche Baugerechtstag empfiehlt dem deutschen Gesetzgeber, in § 101b Abs. 1 GWB klarzustellen, dass de facto geschlossene Verträge schwebend wirksam sind.

**Abstimmungsergebnis**



**Arbeitskreis II - Vergaberecht**

---

**5. Empfehlung**

5. Fragestellung: Wäre eine analoge Anwendung von § 321 BGB auf rechtswidrige de facto Vergaben anzustreben, wenn Bieter den Vergabeverstöß erkennen?

*Empfehlung:*  
 Der Deutsche Baugerichtstag empfiehlt keine gesetzliche Regelung, wonach sich Bieter im Falle einer de facto Vergabe auf § 321 BGB berufen können.

**Abstimmungsergebnis**

	einstimmig		überwiegend	<b>Ablehnung</b>		deutlich		knapp		knapp	<b>Zustimmung</b>		deutlich		überwiegend		einstimmig

**Arbeitskreis II - Vergaberecht**

---

**6. Empfehlung**

6. Fragestellung: Ist § 138 BGB neben § 101b GWB auf de facto Vergaben anwendbar?


*Empfehlung:*  
 Der Deutsche Baugerichtstag empfiehlt dem deutschen Gesetzgeber, § 101b Abs. 1 GWB klarstellend dahingehend zu ergänzen, dass § 138 Abs. 1 BGB unberührt bleibt.

**Abstimmungsergebnis**

	einstimmig		überwiegend	<b>Ablehnung</b>		deutlich		knapp		knapp	<b>Zustimmung</b>		deutlich		überwiegend		einstimmig

**Arbeitskreis II - Vergaberecht**

DEUTSCHER  
BAUGERICHTSTAG e.V.




---

**7. Empfehlung**

1. Fragestellung: Empfiehlt sich eine Aufgabe der im GWB verankerten Hierarchie zwischen offenem und nicht offenem Verfahren?

*Empfehlung:*  
*Der Deutsche Baugerichtstag empfiehlt dem deutschen Gesetzgeber, die im GWB bestehende Rangordnung zwischen offenem und nicht offenem Vergabeverfahren zugunsten einer Gleichwertigkeit beider Verfahrensarten aufzugeben.*


**Abstimmungsergebnis**



<b>Ablehnung</b>				<b>Zustimmung</b>			
einmütig	überwältigend	deutlich	knapp	knapp	deutlich	überwältigend	einmütig

**Arbeitskreis II - Vergaberecht**

DEUTSCHER  
BAUGERICHTSTAG e.V.




---

**8. Empfehlung**

2. Fragestellung: Empfiehlt sich eine gesonderte gesetzliche Regelung zur Sicherstellung von Transparenz und Wettbewerb im nicht offenen Verfahren?


*Empfehlung:*  
*Der Deutsche Baugerichtstag empfiehlt dem deutschen Gesetzgeber zu prüfen, ob über Begleitregelungen für die Durchführung eines nicht offenen Vergabeverfahrens die Transparenz des Verfahrens und die Effektivität des Wettbewerbs sichergestellt werden soll.*

**Abstimmungsergebnis**



<b>Ablehnung</b>				<b>Zustimmung</b>			
einmütig	überwältigend	deutlich	knapp	knapp	deutlich	überwältigend	einmütig

**Arbeitskreis II - Vergaberecht**




---

**9. Empfehlung**


1. Fragestellung: Empfiehlt sich eine (gesonderte) unionsrechtliche Regelung über die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen?:

*Empfehlung:*  
*Der Deutsche Baugerichtstag empfiehlt dem Unionsgesetzgeber, die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen in einem eigenen Abschnitt im Rahmen der EU-Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR) zu regeln.*

**Abstimmungsergebnis**



**Arbeitskreis II - Vergaberecht**



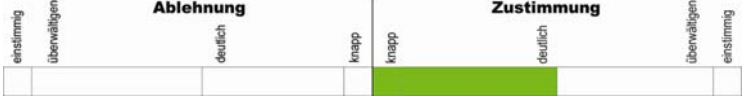
---


**10. Empfehlung**

2. Fragestellung: Empfiehlt sich eine nähere Definition des Anwendungsbereichs der Regelungen über die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen?

*Empfehlung:*  
*Im Falle einer Regelung im Sinne von Empfehlung 9 empfiehlt der Deutsche Baugerichtstag dem Unionsgesetzgeber, den Anwendungsbereich dieser Regelungen vollkommen identisch mit dem Anwendungsbereich der Regelungen für die Vergaben von Aufträgen und Baukonzessionen oberhalb der Schwellenwerte zu definieren. Eine intensivere begriffliche Normierung ist nicht indiziert.*

**Abstimmungsergebnis**





**Arbeitskreis II - Vergaberecht**

---


**11. Empfehlung**

3. Fragestellung: Empfiehlt sich die Einführung eines neuen Verfahrensregimes für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen?


*Empfehlung:*

*Im Falle einer Regelung im Sinne von Empfehlung 9 empfiehlt der Deutsche Baugerechtstag dem Unionsgesetzgeber, hinsichtlich der Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen kein neuartiges Regime zu schaffen, sondern es einem bestehenden zuzuordnen.*

**Abstimmungsergebnis**



einstimmig	überwältigend	<b>Ablehnung</b>			<b>Zustimmung</b>		überwältigend	einstimmig
		deutlich	knapp	knapp	deutlich			



**Arbeitskreis II - Vergaberecht**

---

**11. Empfehlung**

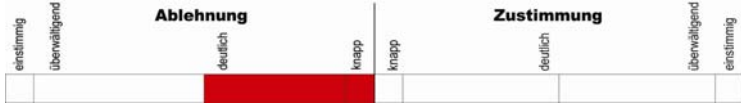
3. Fragestellung: Empfiehlt sich die Einführung eines neuen Verfahrensregimes für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen?

*Empfehlung:*

*Im Falle einer Regelung im Sinne von Empfehlung 9 empfiehlt der Deutsche Baugerechtstag dem Unionsgesetzgeber, hinsichtlich der Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen kein neuartiges Regime zu schaffen, sondern*

*a) das Regime für die Vergabe von Aufträgen für anwendbar zu erklären.*

**Abstimmungsergebnis**



einstimmig	überwältigend	<b>Ablehnung</b>			<b>Zustimmung</b>		überwältigend	einstimmig
		deutlich	knapp	knapp	deutlich			



**Arbeitskreis II - Vergaberecht**



**11. Empfehlung**

3. Fragestellung: Empfiehlt sich die Einführung eines neuen Verfahrensregimes für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen?

*Empfehlung:*  
 Im Falle einer Regelung im Sinne von Empfehlung 9 empfiehlt der Deutsche Baugerichtstag dem Unionsgesetzgeber, hinsichtlich der Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen kein neuartiges Regime zu schaffen, sondern  
 b) das Regime für die Vergabe von Baukonzessionen für anwendbar zu erklären.

**Abstimmungsergebnis**



**Arbeitskreis II - Vergaberecht**

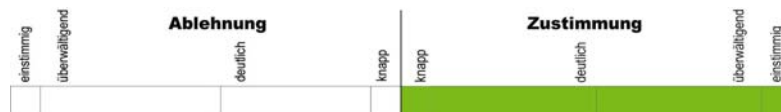


**12. Empfehlung**

4. Fragestellung: Empfiehlt sich eine unionsrechtliche Regelung (in der Rechtsmittelrichtlinie) über die Nachprüfung der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen?

*Empfehlung:*  
 Im Falle einer Regelung im Sinne von Empfehlung 9 empfiehlt der Deutsche Baugerichtstag dem Unionsgesetzgeber, auf der Ebene der EU-Rechtsmittelrichtlinie zu regeln, dass für die (gerichtliche) Nachprüfung der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen künftig die gleichen Anforderungen gelten wie für die Vergabe von Aufträgen und Baukonzessionen.

**Abstimmungsergebnis**



**Arbeitskreis II - Vergaberecht**



**13. Empfehlung**

5. Fragestellung: Empfiehlt sich eine deutsche Regelung, wonach auch für die Überprüfung der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen Vergabekammern und Oberlandesgerichte zuständig sind?

*Empfehlung:*  
 Im Falle einer Regelung im Sinne von Empfehlung 9 empfiehlt der Deutsche Baugerichtstag dem deutschen Gesetzgeber zu regeln, dass für die Überprüfung der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen Vergabekammern und Oberlandesgerichte zuständig sind.

**Abstimmungsergebnis**

