

## **Vorschlag für die Ermöglichung eines Unterschwellenrechtsschutzes in Niedersachsen durch die Aufnahme von Informations- und Wartepflichten in das NTVergG**

Die Einführung eines Unterschwellenrechtsschutzes in Niedersachsen durch die Aufnahme von Informations- und Wartepflichten in das Niedersächsische Tariftreue- und Vergabegesetz (NTVergG) hat die folgenden, **fett** dargestellten Änderungen an den bisherigen Ausführungen des NTVergG zur Folge:

### **§ 2 Abs. 3 NTVergG wird wie folgt gefasst:**

Für Auftragsvergaben, bei denen der geschätzte Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert gemäß § 106 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 GWB erreicht oder überschreitet, sind von den folgenden Vorschriften nur die Absätze 4 und 6 sowie die §§ 4 bis 6, 8 Abs. 1, **10 bis 15, 17 und § 18** ergänzend anzuwenden.

### **§ 16 NTVergG wird wie folgt gefasst:**

#### **§ 16 - Informations- und Wartepflicht**

- (1) Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, deren geschätzter Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert gemäß § 106 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 GWB nicht erreicht, haben öffentliche Auftraggeber die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die wesentlichen Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und über die Wartefrist bis zur Zuschlagserteilung gemäß Absatz 2 in Textform zu informieren. Dies gilt auch für Bewerber, denen keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt wurde, bevor die Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter ergangen ist.**
- (2) Der Zuschlag darf frühestens am 10 Kalendertag nach Absendung der Information nach Absatz 1 erteilt werden. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den öffentlichen Auftraggeber; auf den Tag des Zugangs beim betroffenen Bieter und Bewerber kommt es nicht an.**
- (3) Die Informationspflicht entfällt in Fällen besonderer Dringlichkeit. Im Fall verteidigungs- oder sicherheitsspezifischer Aufträge und aus Gründen der Geheimhaltung können öffentliche Auftraggeber beschließen, bestimmte Informationen über die Zuschlagserteilung oder den Abschluss einer Rahmenvereinbarung nicht mitzuteilen, wenn die Offenlegung den Gesetzesvollzug behindern, dem öffentlichen Interesse, insbesondere Verteidigungs-, Sicherheits- oder Geheimhaltungsinteressen, zuwiderlaufen, berechnigte geschäftliche Interessen von Unternehmen schädigen oder den lautereren Wettbewerb zwischen ihnen beeinträchtigen würde.**

### **§ 17 NTVergG wird wie folgt gefasst:**

#### **§ 17 - Übergangsbestimmungen**

- (1) Auf Vergaben, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes begonnen haben, ist das Niedersächsische Landesvergabegesetz vom 15. Dezember 2008 (Nds. GVBl. S. 411), geändert durch Gesetz vom 19. Januar 2012 (Nds. GVBl. S. 6), anzuwenden.**
- (2) Auf Vergaben, die vor dem 1. Juli 2016 begonnen haben, ist dieses Gesetz in der am 30. Juni 2016 geltenden Fassung anzuwenden.**
- (3) Auf Vergaben, die vor dem [Datum einsetzen] begonnen haben, ist dieses Gesetz in der am [Datum einsetzen] geltenden Fassung anzuwenden.**

## **Begründung:**

### **Allgemeiner Teil:**

Die Koalitionsvereinbarung für die 18. Wahlperiode des Niedersächsischen Landtages führt zum Vergaberecht unter anderem aus, dass ein Unterschwellenrechtsschutz ermöglicht werden soll. Diesbezüglich ist beabsichtigt, Informations- und Wartepflichten im Niedersächsischen Tariftreue- und Vergabegesetz einzuführen. Hierdurch wird insbesondere der Vergabegrundsatz der Transparenz gestärkt, so dass die bereits bestehenden Rechtsschutzverfahren wirksamer genutzt werden können. Dies unterstützt insbesondere auch kleine und mittlere Unternehmen, die aufgrund ihrer begrenzten Ressourcen auf die Geltendmachung von Ansprüchen nach der Zuschlagerteilung häufig verzichtet haben. Die Informations- und Wartepflichten stellen sicher, dass ein unterlegener Bieter bereits vor Zuschlagerteilung umfangreiche Informationen erhält. Dieser kann somit rechtzeitig prüfen, ob er sich in einem Vergabeverfahren benachteiligt fühlt und die bestehenden rechtlichen Möglichkeiten ausschöpfen sollte. Neue Nachprüfungsbehörden müssen nicht eingeführt werden, so dass der Aufbau zusätzlicher Bürokratie auf ein Mindestmaß, im Detail die Erstellung einer Vorabinformation an die unterlegenen Bieter sowie die Einhaltung einer Wartefrist, reduziert ist. Es handelt sich somit um ein schnell umsetzbares und effizientes Verfahren, welches die Vergabeverfahren im Anwendungsbereich des Niedersächsischen Tariftreue- und Vergabegesetzes aufgrund der Wartefrist zwar um wenige Kalendertage verzögert, gleichzeitig jedoch die Vergabegrundsätze Transparenz, Wettbewerb und Nichtdiskriminierung stärkt. Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen wird die Verlängerung der Vergabeverfahren um wenige Tage bei Schaffung eines Ausnahmetatbestandes in Fällen besonderer Dringlichkeit als verhältnismäßig angesehen.

Durch die Einführung der Informations- und Wartepflicht können die Prüfbitten an die jeweiligen (Kommunal)Aufsichten, die Stellen nach § 21 VOB/A sowie die Verfahren an den Zivilgerichten ansteigen. Die genauen Auswirkungen sind zurzeit nicht bestimmbar. Es ist jedoch zu erwarten, dass die Bearbeitung der Verfahren mit dem bestehenden Personal leistbar sein wird.

Die Missachtung der Informations- und Wartefrist kann als gesetzeswidriges Verhalten des öffentlichen Auftraggebers Anlass für ein aufsichtliches Einschreiten und Tätigwerden sein und wird als Rechtsverstoß die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen stärken.

Ein Verstoß führt jedoch nicht zur Nichtigkeit des insoweit vergaberechtmäßig abgeschlossenen Vertrages (§ 134 BGB). Die Verträge kommen wirksam zustande und können rechtssicher zwischen den Beteiligten abgewickelt werden.

Die Einführung einer Informations- und Wartefrist hat den Zweck, den Primärrechtsschutz gegen vergabewidrig zustande gekommene Verträge zu ermöglichen und zu verbessern. Regelungsinhalt des Verbots ist damit gerade nicht der Inhalt des Vertrages und auch nicht die Einhaltung der (sonstigen) Vergaberegeln an sich, denn diese Überprüfung bleibt den Aufsichtsbehörden und den Zivilgerichten vorbehalten. Es handelt sich um eine zeitlich befristete Verhinderung des Zuschlags, um einen effektiven Rechtsschutz zu verbessern bzw. zu ermöglichen.

### **Besonderer Teil:**

Neben der Ergänzung entsprechender Regelungen in § 16 Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz sind Anpassungen in § 2 Abs. 3 sowie § 17 erforderlich. Im Einzelnen begründet sich dies wie folgt:

#### **Zu § 2 Abs. 3 NTVergG:**

Die beabsichtigten Regelungen zu Informations- und Wartepflichten in § 16 Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz sollen nicht gelten, wenn der geschätzte Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert gemäß § 106 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 GWB erreicht oder überschreitet. Daher ist § 16 (neu) aus dem Verweis in § 2 Abs. 3 Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz herauszunehmen. Für öffentlichen Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte gelten vielmehr §§ 134 und 135 GWB.

#### **Zu § 16 NTVergG:**

Die bisher geregelten Übergangsvorschriften werden in § 17 aufgenommen.

Zu Absatz 1:

Schätzungen zufolge erreichen ca. 90 % der öffentlichen Aufträge nicht die Schwellenwerte für europaweite Vergabeverfahren. Werden Verstöße gegen vergaberechtliche Vorschriften vermutet, besteht insbesondere die Möglichkeit, Verfahren vor den Zivilgerichten oder aufsichtsrechtliche Prüfungen einzuleiten. In der Vergangenheit ist jedoch die Effektivität des bestehenden Rechtsschutzes kritisiert worden. Insbesondere wird bemängelt, dass ein unterlegener Bieter nicht rechtzeitig entsprechende Maßnahmen einleiten kann, da er häufig erst nach der Zuschlagserteilung Kenntnis vom Ausgang des Vergabeverfahrens erlangt. Dann gilt der Grundsatz „pacta sunt servanda“ und der unterlegene Bieter ist auf die Geltendmachung von nachträglichen Schadensersatz- und damit so genannten Sekundäransprüchen angewiesen. Diese Verfahren sind im Vergleich zum Erhalt eines Auftrages in der Regel deutlich unattraktiver.

Mit der jetzt beabsichtigten Regelung werden öffentliche Auftraggeber im Anwendungsbereich des Niedersächsischen Tariftreue- und Vergabegesetzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vor Zuschlagserteilung verpflichtet, den Bietern, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, in Textform (vgl. § 126b BGB)

- den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll,
- die wesentlichen Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung sowie
- die Wartefrist bis zur Zuschlagserteilung gemäß Absatz 2

mitzuteilen. Dies gilt auch für Bewerber an Vergabeverfahren, die zuvor noch keine Informationen über die Ablehnung ihrer Bewerbung erhalten haben.

Die Einführung dieser Informations- und Wartepflicht ermöglicht es den unterlegenen Bietern, bei (vermuteten) Benachteiligungen und Verstößen gegen vergaberechtliche Vorschriften rechtzeitig vor Zuschlagserteilung tätig zu werden und Verfahren vor den Zivilgerichten oder aufsichtsrechtliche Verfahren einzuleiten. Im Vergleich zu möglichen alternativen Regelungen handelt es sich um ein bürokratiearmes Verfahren, da keine neuen Kontrollinstanzen geschaffen, sondern vielmehr die bereits bestehenden rechtlichen Möglichkeiten wirksamer ausgestaltet werden.

Wenn der geschätzte Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert gemäß § 106 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 GWB erreicht oder überschreitet, gelten, wie bereits oben dargestellt, insbesondere die §§ 134 und 135 GWB. Für diese Sachverhalte ist das Nachprüfungsverfahren im 4. Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geregelt. Zur Klarstellung wurde daher der Bezug zu den

Schwellenwerten, ergänzend zur Anpassung von § 2 Abs. 3 Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz, auch in § 16 aufgenommen.

Zur Sicherstellung einer einheitlichen Dokumentation des gesamten Vergabeverfahrens und unter Beachtung der Regelungen im Oberschwellenbereich, wird für die Vorabinformation an die unterlegenen Bieter die Textform vorgegeben. Damit die Informationspflicht im jeweiligen Einzelfall möglichst schnell und bürokratiearm umgesetzt werden kann, sind in die Mitteilung an den Bieter bzw. Bewerber – in Abweichung zu den Regelungen in § 134 Abs. 1 GWB – nur die wesentlichen Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung aufzunehmen.

Zu Absatz 2:

Öffentliche Auftraggeber sowie beteiligte Unternehmen haben in der Regel ein großes Interesse daran, dass die Vergabeverfahren zügig durchgeführt und abgeschlossen werden und die erforderliche Beschaffung einer Bau-, Dienst- oder Lieferleistung vollzogen werden kann. Gleichzeitig soll bei Verstößen gegen vergaberechtliche Regelungen jedenfalls die Möglichkeit bestehen, ein Primärrechtsschutzverfahren einzuleiten. Die Frist von 10 Kalendertagen erscheint angemessen, diese auseinandergelenden Interessen zu vereinen. Mit der Informations- und Wartepflicht von 10 Kalendertagen erhalten unterlegene Bieter Kenntnis von einer beabsichtigten Zuschlagserteilung, ohne dass sich die Vergabeverfahren im Anwendungsbereich des Niedersächsischen Tariftreue- und Vergabegesetzes im erheblichen Umfang verlängern. Durch die Formulierung wird klargestellt, dass am 10. Kalendertag nach Absendung der Information der Zuschlag erteilt werden darf.

Der Fristbeginn ist identisch mit der Berechnung oberhalb der EU-Schwellenwerte in § 134 Absatz 2 Satz 3 GWB. Dieses im Ober- und Unterschwellenbereich einheitliche Verfahren soll den Aufwand und die Gefahr von fehlerhaften Berechnungen so weit wie möglich reduzieren.

Zu Absatz 3:

In Fällen besonderer Dringlichkeit soll die Einhaltung der Informations- und Wartepflicht nicht zu unverhältnismäßigen Verzögerungen bei der Beschaffung von Leistungen, der Lieferung von Waren, der Ausführung von Bauleistungen oder der Erbringung von Dienstleistungen führen und daher gänzlich entfallen. An die besondere Dringlichkeit werden jedoch hohe Anforderungen vergleichbar mit den Regelungen in § 8 Absatz 4 Nummer 8 Unterschwellenvergabeordnung bzw. § 3a Absatz 4 Nummer 2 VOB/A gestellt. Folglich sollte bei Inanspruchnahme dieses Ausnahmetatbestandes eine entsprechende Dokumentation in den Vergabeunterlagen erfolgen.

Im Fall verteidigungs- oder sicherheitsspezifischer Aufträge und aus Gründen der Geheimhaltung können Umstände vorhanden sein, in denen eine vollumfängliche Informationspflicht zu nicht mit dieser Regelung beabsichtigten Nachteilen führt. Daher sollen für diese Sachverhalte ebenfalls Ausnahmemöglichkeiten geschaffen werden.

### **Zu § 17 NTVergG:**

Durch die Ergänzung der Informations- und Wartepflichten in § 16 Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz verschieben sich die bisher in § 16 (alt) geregelten Übergangsbestimmungen in den § 17. Inhaltliche Änderungen werden nicht vorgenommen. Die zuvor in § 17 getroffenen Regelungen wurden gestrichen, so dass keine weiteren Verschiebungen erforderlich sind.