



Deutscher**Anwalt**Verein

Berlin, 2. Februar 2012
Stellungnahme Nr. 7/12

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Ausschuss Vergaberecht

zum

**Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe
KOM (2011) 896/2 vom 21.12.2011**

Mitglieder des Vergaberechtsausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting, Frankfurt/Main (Vorsitzender)

Rechtsanwältin Gritt Diercks-Oppler, Hamburg

Rechtsanwalt Prof. Dr. Marius Raabe, Kiel

Rechtsanwalt Hans Christian Schwenker, Hannover

Rechtsanwalt Dr. Thomas Stickler, Leipzig

Rechtsanwältin Dr. Andrea Vetter, Stuttgart

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Bettina Bachmann, DAV-Berlin

Verteiler:

- Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium der Verteidigung
- Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA)
- Deutscher Bundestag - Ausschuss für Wirtschaft und Technologie
- Deutscher Bundestag – Rechtsausschuss
- Deutscher Bundestag – Verteidigungsausschuss
- Deutscher Verdichtungsausschuss für Leistungen (DVAL)
- Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V.
- Bundesverband der Freien Berufe
- Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.
- Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V.
- Deutsche Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e.V.
- Deutscher Baugerichtstag e.V.
- Deutscher Städte- und Gemeindebund e.V.
- Deutscher Landkreistag
- Deutscher Städtetag
- Bund Deutscher Baumeister, Architekten und Ingenieure e.V.
- Institut für Baurecht Freiburg im Breisgau e.V.
- Forum Vergabe e.V.
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Wirtschaftsprüferkammer
- Deutscher Richterbund e.V.
- Neue Richtervereinigung (NRV)
- Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichtern (BDVR)
- DAV-Vorstand und Geschäftsführung
- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
- NZBau - Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht
- IBR Immobilien- und Baurecht
- Redaktion NVwZ
- Redaktion NJW

Europa:

- Europäische Kommission
 - Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen
- Europäisches Parlament
 - Ausschuss Binnenmarkt und Verbraucherschutz
 - Ausschuss Haushaltskontrolle
 - Ausschuss Beschäftigung und soziale Angelegenheiten
 - Ausschuss Industrie, Forschung und Energie
 - Ausschuss Recht
 - Ausschuss Umweltfragen, Volksgesundheit und Lebensmittelsicherheit
 - Ausschuss Regionale Entwicklung
 - Ausschuss Wirtschaft und Währung
 - Ausschuss Internationaler Handel
- Rat der Europäischen Union
- Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der EU
- Justizreferenten der Landesvertretungen
- Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE)
- Vertreter der Freien Berufe in Brüssel

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I. Einleitung

Im Januar 2011 hatte die Europäische Kommission das Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragwesens – Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge [KOM(2011) 15/4] vorgelegt. Der Deutsche Anwaltverein hat hierzu am 12.04.2011 Stellung genommen (Stellungnahme Nr. 19/11). Hierin hatte der Deutsche Anwaltverein die Absicht der Kommission, die Regelungen über das öffentliche Auftragswesen zu vereinfachen und zu aktualisieren, begrüßt. Gleichzeitig hat der Deutsche Anwaltverein vor dem Hintergrund, dass das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe auf europäischer Ebene erst im Jahr 2004 einer grundlegenden Revision unterzogen wurde, dafür plädiert, Eingriffe in die existierenden vergaberechtlichen Vorschriften nach Möglichkeit zu beschränken, um auf diesem Wege zur Rechtssicherheit für alle Beteiligten beizutragen.

Der Deutsche Anwaltverein erkennt an, dass die Kommission sich mit ihren nunmehr vorgelegten Vorschlägen bemüht hat, dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit Rechnung zu tragen. Die Vorschläge für neue Richtlinien orientieren sich in weiten Bereichen an den existierenden Regelungen und nehmen teilweise Präzisierungen vor. Hierbei begrüßt der Deutsche Anwaltverein insbesondere, dass Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu zentralen vergaberechtlichen Fragen erstmalig in den Text der Richtlinie aufgenommen werden soll. Die Kommission beschränkt sich hierbei nicht darauf, lediglich die Rechtsprechung wiederzugeben, sondern sieht gleichzeitig Regelungen für wichtige Detailfragen vor, zu denen der Europäische Gerichtshof bisher noch keine Gelegenheit zur Stellungnahme hatte. Dies gilt beispielsweise für Art. 11 Abs. 1 bis 3 (Inhouse-Vergabe), Art. 11. Abs. 4 (interkommunale Zusammenarbeit) und Art. 72 (Auftragsänderungen).

Demgegenüber ist in dem Richtlinienentwurf aus Sicht des Deutschen Anwaltvereins das auch von der Kommission proklamierte Bedürfnis nach Vereinfachung und Flexibilisierung an vielen Stellen nicht hinreichend umgesetzt. Es finden sich in dem Vorschlag zahlreiche Bestimmungen, die zu einer unnötigen Verkomplizierung des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe, zu mehr bürokratischem Aufwand für beide Marktseiten und auch zu einer unangemessenen Ausweitung des Anwendungsbereichs des Vergaberechts führen. Dies gilt beispielsweise für die Vorschriften zur Schwellenwertberechnung (Art. 1 und 5), neue Restriktionen beim Verhandlungsverfahren (Art. 27, 30), die Schaf-

fung neuer Regelungen zu Dokumentenarchiven (Art. 57 Abs. 3, Art. 58) und die Schaffung neuer Konstrukte wie der „Innovationspartnerschaft“ (Art. 29).

Inakzeptabel ist die Ausdehnung der uneingeschränkten Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Verfahrensvorschriften auf die in aller Regel nicht binnenmarktrelevanten Dienstleistungen (bisher „nicht-prioritäre“ oder Anhang II B-Dienstleistungen). Durchgreifenden verfassungsrechtlichen und praktischen Bedenken begegnet die vorgeschlagene Schaffung einer zentralstaatlichen Öffentlichen Aufsicht (Art. 84).

Der Deutsche Anwaltverein würde es – auch im Interesse der Akzeptanz des Vergaberechts – sehr begrüßen, wenn die Bestrebungen, in diesen Bereichen neue Anforderungen und Vorschriften zu schaffen, zurückgenommen werden könnten.

II. Zu den Regelungsvorschlägen im Einzelnen

Zu Art. 1 Abs. 2 Unterabs. 1

1. Nach Ziff. 5 der Begründung des Richtlinienvorschlags (S. 9) und nach Erwägungsgrund 3 des Richtlinienvorschlags soll in der Richtlinie der Begriff der Auftragsvergabe selbst klar definiert werden, um den Anwendungsbereich und Zweck der Vergabevorschriften besser zu bestimmen. Mit der Definition des Begriffs „Auftragsvergabe“ in Art. 1 Abs. 2 Unterabs. 1 des Richtlinienvorschlags wird dieses Ziel jedenfalls in der deutschen Fassung des Richtlinienvorschlags nicht erreicht. Unklar und missverständlich ist bereits der Begriff der „Auftragsvergabe“, der definiert werden soll. Inhaltlich ist nach dem Verständnis des Deutschen Anwaltvereins der „öffentliche Auftrag“ oder der „Auftragsgegenstand“ gemeint, nicht jedoch die „Vergabe“ als Verfahren oder Vorgang.
2. Hinzu kommt, dass die für die Definition gewählte Formulierung keine Klarheit schafft und sich in zentralen Punkten von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs insbesondere im Urteil vom 25.03.2010 (Rs. C.451/08 – Helmut Müller GmbH gegen Bundesanstalt für Immobilienaufgaben) löst. Das in diesem Urteil geprägte Definitionselement, dass der öffentliche Auftrag dem öffentlichen Auftraggeber „unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen“ muss, fehlt gänzlich. Der Deutsche Anwaltverein hält dieses Definitionselement gerade mit der Zielsetzung, den Begriff des öffentlichen Auftrags klar zu definieren, für unabdingbar.
3. Der Deutsche Anwaltverein regt an, die Begriffsdefinition in Art. 1 Abs. 2 Unterabs. 1 mit der Begriffsdefinition der „öffentlichen Aufträge“ zusammenzuführen und in die Begriffsdefinition insbesondere das Kriterium aufzunehmen, dass die beschaffte

Leistung dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen muss.

4. Der wenig präzise Begriff der „Auftragsvergabe“, der durch die Begriffsdefinition in Art. 1 Abs. 2 Unterabs. 1 nicht klarer wird, hat erhebliche Auswirkungen. Dieser Begriff wird z.B. in Art. 27 Abs. 1 Unterabs. 2 und Art. 27 Abs. 3 Unterabs. 2 Buchst. a des Richtlinienvorschlags im Zusammenhang mit der Regelung der Anforderungen an das Verhandlungsverfahren verwendet. Sinn und Zweck des Verhandlungsverfahrens ist es, nicht nur über den Preis, sondern auch über die Art und Weise der Leistungserbringung mit den Bietern zu verhandeln. Mit dem in Art. 27 Abs. 1 Unterabs. 2 und in Art. 27 Abs. 3 Unterabs. 2 Buchst. a verwendeten Begriff der Auftragsvergabe kann deshalb nur die Benennung des Auftragsgegenstandes gemeint sein, nicht jedoch eine präzise Beschreibung der zu vergebenden Leistung. Dem muss auch begrifflich Rechnung getragen werden.

Zu Art. 1 Abs. 2 Unterabs. 2

1. Auch in Art. 1 Abs. 2 Unterabs. 2 wird der Begriff der „Auftragsvergabe“ verwendet. Gemeint ist auch an dieser Stelle nicht die „Vergabe“ als Vorgang des Auswahl- und Vertragsabschlussverfahrens, sondern offenbar der für die Schwellenwertberechnung maßgebliche Begriff.

Die Begriffsbestimmung in Art. 1 Abs. 2 Unterabs. 2 des Richtlinienvorschlags ist ausschließlich für die Berechnung des geschätzten Auftragswerts relevant. Die Regelung ist deshalb falsch platziert. Inhaltlich und nach dem Regelungszusammenhang gehört die Bestimmung zu Art. 5 des Richtlinienvorschlags.

2. Nach dem Regelungsvorschlag in Art. 1 Abs. 2 Unterabs. 2 sollen die Gesamtheit der Bauleistungen, Lieferungen und/oder Dienstleistungen „eine einzige öffentliche Auftragsvergabe“ darstellen, sofern die Aufträge Teil eines einzelnen „Projekts“ sind. Der Begriff des „Projekts“ ist in der Richtlinie nicht definiert. Dies muss nachgeholt werden.

Die Regelung hat – dies zeigt auch Erwägungsgrund 4 – zur Folge, dass bei der Ermittlung des Auftragswerts einer Bauleistung nicht nur – wie bislang geregelt – der Wert der für die Ausführung der Bauleistungen nötigen und vom öffentlichen Auftraggeber dem Unternehmer zur Verfügung gestellten Lieferungen berücksichtigt wird, sondern auch der Wert der Planungsleistungen, die der Vergabe des Bauauftrages vorausgehen oder zur Ausführung der Bauleistungen erforderlich sind. Mit dieser Regelung wird verdeckt über Vorgaben für die Berechnung des Schwellenwertes der Anwendungsbereich der Richtlinie voraussichtlich erheblich ausgeweitet, da in die Berechnung des geschätzten Auftragswerts auch Planungsleistungen einzubeziehen sind, sofern diese für die Ausführung der Bauarbeiten erforderlich sind.

Eine sachliche Rechtfertigung und Notwendigkeit für eine solche Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Richtlinien allein wegen der Vorgaben für die Berechnung des Auftragswerts ist nicht erkennbar.

Zu Art. 5 Abs. 6

Nach Art. 5 Abs. 6 des Richtlinienvorschlags sind bei der Berechnung des geschätzten Auftragswerts von öffentlichen Bauaufträgen künftig außer den Kosten der Bauleistung selbst auch der geschätzte Gesamtwert der vom öffentlichen Auftraggeber dem Auftragnehmer zur Verfügung gestellten Lieferungen und Dienstleistungen zu berücksichtigen, sofern diese für die Ausführung der Bauarbeiten erforderlich sind.

Diese Vorgaben für die Schwellenwertberechnung weichen von den bisherigen Vorgaben der Schwellenwertberechnung insoweit ab, als über den Wert von Lieferleistungen hinaus auch der Wert von Dienstleistungen bei der Auftragswertberechnung zu berücksichtigen ist, die für die Ausführung der Bauarbeiten zwar erforderlich, jedoch nicht Teil des Bauauftrags sind. Erfasst werden damit alle Planungs- und Konzeptionsdienstleistungen im Vorfeld der Vergabe des Bauauftrags sowie solche, die zur Ausführung der Bauleistungen erforderlich sind. Über diese Erweiterung des Kreises der Leistungen, deren Kosten bei der Berechnung des geschätzten Auftragswerts zu berücksichtigen sind, wird der Anwendungsbereich der Richtlinie voraussichtlich erheblich erweitert, ohne dass hierfür eine sachliche Rechtfertigung besteht. Soweit die Dienstleistungen nicht vom öffentlichen Auftraggeber selbst erbracht werden, ist für deren Beschaffung ein europaweites Vergabeverfahren erforderlich, wenn sie den maßgebenden Schwellenwert für diese Leistungen erreichen oder überschreiten. Eine nochmalige Berücksichtigung der Kosten dieser Dienstleistungen zur Berechnung des Schwellenwerts der Bauleistungen ist deshalb sachlich nicht geboten.

Zu Art. 5 Abs. 7 und 8

Nach Art. 5 Abs. 7 und 8 des Richtlinienvorschlags soll der Gesamtwert von Losen nur dann zusammengerechnet werden, wenn die Leistungen „gleichzeitig“ in mehreren Losen vergeben werden. Der Begriff „gleichzeitig“ ist zum einen unpräzise und wird zum anderen zu Umgehungstatbeständen führen.

Zu Art. 11

1. Der Deutsche Anwaltverein begrüßt, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Inhouse-Vergabe sowie zur interkommunalen Zusammenarbeit erstmalig in die Richtlinie aufgenommen werden soll. Vorteilhaft ist hierbei insbesondere, dass gleichzeitig offene Fragen, zu denen der Europäische Gerichtshof noch nicht Gelegenheit hatte, Stellung zu nehmen, einer Regelung zugeführt werden. Dies gilt beispielsweise für die Inhouse-Vergabe des kontrollierten Unternehmens an den öffentlichen Auftraggeber (Art. 11 Abs. 2) und die Berücksichtigung

von Umsatz mit verbundenen Unternehmen im Rahmen des Wesentlichkeitskriteriums (Art. 11 Abs. 3 Buchst. b).

2. In Art. 11 Abs. 5 Unterabs. 2 muss die Regelung zum Zeitpunkt der Überprüfung der Tatsache, dass keine private Beteiligung besteht, ergänzt werden durch eine entsprechende Regelung hinsichtlich des Kontrollkriteriums (Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 1 a, Abs. 3, Unterabs. 1 a) und des Tätigkeits-(Wesentlichkeits-)Kriteriums (Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 1 b, Abs. 3 Unterabs. 1 b und Abs. 4 c).
3. Einer Klarstellung bedarf Art. 11 Abs. 5 Unterabs. 2. Es ist nicht eindeutig, ob im Fall des Eingehens einer privaten Beteiligung der bestehende Vertrag beendet wird (hierfür spricht Art. 73 Buchst. a) Entwurf) oder ob lediglich nach Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit eine neue öffentliche Vergabe erfolgen muss. Diese Rechtsfolge muss im Übrigen auch gelten, wenn während der Laufzeit das Kontroll- oder das Wesentlichkeitskriterium nicht mehr erfüllt wird. Ergänzend wird insoweit auf die Ausführungen zu Art. 73 verwiesen.
4. Schließlich ist anzumerken, dass in Art. 11 Abs. 5 Unterabs. 2 hinter den Worten „in den Absätzen 1 bis“ eine Zahlenangabe fehlt.

Zu Art. 21

1. Eine europarechtliche Regelung zur Definition und zur verfahrensrechtlichen Bewältigung von Interessenkonflikten im Vergabeverfahren ist nicht erforderlich; jedenfalls geht die vorgeschlagene Regelung zu weit. Die zu beachtenden europarechtlichen Mindestanforderungen an ein faires Verfahren ergeben sich aus den primärrechtlichen Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung. Die vorgeschlagenen Definitionsversuche erzeugen Rechtsunsicherheit; die vorgeschlagenen Verfahrensregeln sind praktisch kaum handhabbar. Im deutschen Recht existiert mit § 16 VgV eine erprobte und bewährte Regelung. Die vorgeschlagenen Regeln in Art. 21 des Richtlinienvorschlags werden demgegenüber zu weniger statt zu mehr Rechtssicherheit führen.
2. Abzulehnen ist insbesondere die sehr weit gehende Definition des Interessenkonflikts in Art. 21 Abs. 1 Unterabs. 3 des Richtlinienvorschlags. Ein Interessenkonflikt soll nach Art. 21 Abs. 1 Unterabs. 2 vorliegen, wenn eine Person direkt oder indirekt ein „privates Interesse“ am Ergebnis des Vergabeverfahrens hat. Der Begriff der privaten Interessen wird in Unterabs. 3 des Art. 21 Abs. 1 dann sehr umfassend definiert. Er soll auch „gefühlsmäßige“, „politische“ oder „andere“ Gründe umfassen, aus denen der Berater oder Mitarbeiter der Vergabestelle Interessen der Bewerber oder Bieter teilt. Damit geht die Definition nicht nur weit über § 16 VgV hinaus, sondern auch über die Befangenheitstatbestände in den deutschen Gemeindeordnungen. Alle Gemeindeordnungen kennen Mitwirkungsverbote in Fällen, in denen ein ehren-

oder hauptamtlicher Vertreter der Gemeinde einem Interessenkonflikt unterliegt. So normiert z.B. § 25 Abs. 1 der Hessischen Gemeindeordnung (HGO), unter welchen Voraussetzungen ein Gemeindevertreter haupt- oder ehrenamtlich in einer Angelegenheit nicht beratend oder entscheidend mitwirken darf. In dieser Vorschrift wird der Begriff des „Angehörigen“ rechtssicher unter genauer Angabe der betroffenen Verwandtschaftsverhältnisse definiert (§ 25 Abs. 5 HGO). Demgegenüber ist völlig unklar, was unter familiären oder erst recht „gefühlsmäßigen“ Gründen im Sinne des Richtlinienvorschlags zu verstehen ist. Sowohl aus der Sicht des Auftraggebers als auch der betroffenen Personen ist die Abgrenzung zu unsicher.

3. Anders als in § 16 VgV wird weder dem Auftraggeber noch den Personen, die „private Interessen“ haben, die Möglichkeit eröffnet, darzulegen, dass sie Vorkehrungen zur Vermeidung eines Interessenkonflikts getroffen haben oder ihre Mitwirkung trotz des privaten Interesses für Entscheidungen im Verfahren nicht relevant ist. Der Richtlinienvorschlag führt damit eine sehr weitreichende Vermutungsregelung ein, die zu weitgehenden Mitwirkungsverboten führt. Denn besteht bei einem Berater ein Interessenkonflikt, soll der Auftraggeber nach Art. 21 Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 2 regelmäßig die betroffene Person ausschließen. Gerade in technisch geprägten Vergabeverfahren ist die Vergabestelle aber häufig auf Berater mit Branchenkenntnis angewiesen. Diese Berater müssen zwangsläufig in geschäftlichen Beziehungen zu Bietern stehen oder gestanden haben. Solche potentiellen Konflikte sind transparent offenzulegen, müssen aber nicht zwingend zum Mitwirkungsverbot führen, wenn das Beratungsunternehmen geeignete Vorkehrungen zur Vermeidung unsachlicher Beeinflussung des Verfahrensergebnisses trifft.
4. Als nicht angezeigte bürokratische Erschwernis des Vergabeverfahrens wird die Regelung in Art. 21 Abs. 3 Buchst. b angesehen, nach der Bewerber oder Bieter zu Beginn des Vergabeverfahrens obligatorisch eine Erklärung zur Existenz eventuell bestehender „privilegierter Beziehungen“ zu Entscheidern des Auftraggebers abgeben müssen. Es liegt in der Verantwortung des Auftraggebers, Interessenkonflikte auszuschließen, nicht in der der Bieter, sich dazu zu äußern. Unklar ist darüber hinaus, was unter „privilegierten Beziehungen“ zu verstehen ist. Dieser Begriff wird nicht definiert.
5. Nicht sinnvoll ist auch die in Art. 21 Abs. 3 Unterabs. 2 vorgesehene Rechtsfolge, nach der ein Bieter oder Bewerber vom Verfahren auszuschließen ist, wenn ein Interessenkonflikt anderweitig nicht beigelegt werden kann. Es ist Sache des öffentlichen Auftraggebers, Interessenkonflikte angemessen zu bewältigen. Es kann nicht zu Lasten der Bieter gehen – und erst recht nicht zu Lasten eines einzigen Bieter –, wenn der Auftraggeber unzureichende Vorkehrungen zur Vermeidung von Interessenkonflikten getroffen hat. Oft kann der Bieter überhaupt nicht übersehen, wer auf

Seiten des Auftraggebers beratend oder entscheidend am Vergabeverfahren mitwirkt.

6. Eine unangemessene bürokratische Erschwernis wird auch in der im letzten Unterabsatz des Art. 21 Abs. 3 vorgesehenen Pflicht gesehen, die in Art. 84 genannte Aufsichtsbehörde in jedem Einzelfall „privilegierter Beziehungen“ zu unterrichten. Welche Konsequenzen die Behörde aus dieser Unterrichtung ziehen soll oder kann, ist unklar.

Zu Art. 22

Nach Art. 22 des Richtlinienvorschlags müssen Bewerber zu Beginn eines Vergabeverfahrens eine ehrenwörtliche Erklärung abgeben, dass sie die in Art. 22 des Richtlinienvorschlags aufgeführten Verhaltensweisen unterlassen. Die Einforderung und Abgabe einer solchen Erklärung wird nicht von der Voraussetzung abhängig gemacht, dass Anhaltspunkte für ein entsprechendes wettbewerbswidriges Verhalten vorliegen. Die Einforderung und zwingende Abgabe einer solchen Erklärung wird in vielen Fällen auch gemessen am Umfang und an der Bedeutung des Auftragsgegenstandes unangemessen sein. Die Forderung führt zu einer zusätzlichen Belastung der Bewerber und begründet zusätzliche „Fehlerquellen“ in Vergabeverfahren, ohne dass hierfür ein erkennbarer Bedarf besteht. Der Deutsche Anwaltverein empfiehlt deshalb die Streichung von Art. 22; zumindest sollte Art. 22 dahingehend geändert werden, dass die Anforderung einer „ehrenwörtlichen Erklärung“ in das Ermessen des Auftraggebers gestellt wird.

Zu Art. 24

1. Die in Art. 24 Abs. 1 Unterabsatz 3 erstmals im Verlauf des Textes erwähnte „Innovationspartnerschaft“ stellt nach dem Inhalt des Art. 29 keine Vergabeverfahrensart dar, sondern ein spezifisches Vertragsmodell – die Vergabe erfolgt nach Art. 29 Abs. 3 Unterabsatz 1 im Verhandlungsverfahren mit einigen verfahrensmäßigen Besonderheiten. Systematisch wäre es daher besser, die Innovationspartnerschaft als einen Fall der Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens im Unterabsatz 3 oder in einem gesonderten Unterabsatz zu behandeln.

Unabhängig davon sind die Formulierungen von Unterabsatz 3 und Unterabsatz 5 des Art. 24 Abs. 1 widersprüchlich: Unterabsatz 3 erweckt den Eindruck, dass die Mitgliedstaaten zur Einführung verpflichtet sind, demgegenüber erlaubt Unterabsatz 5 den Mitgliedstaaten, auf die Einführung zu verzichten.

2. Dass in Art. 24 Abs. 1 Unterabsatz 4 Buchst. a der Fall, dass ein Bauauftrag sowohl die Planung als auch die Ausführung der Bauarbeiten zum Gegenstand hat, als einer der Fälle angesehen wird, welche die Anwendung des Verhandlungsverfahrens oder des wettbewerblichen Dialogs rechtfertigen, ist begrüßenswert. In diesen Fällen ist nämlich davon auszugehen, dass die Voraussetzungen von Art. 24 Abs. 1

Unterabsatz. 4 Buchst. e vorliegen, nämlich spezifische Umstände, die mit der Weisensart oder der Komplexität oder den damit verbundenen Risiken des Auftrags einhergehen, so dass der Auftrag nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann. Dies ist aber auch der Fall, wenn Bauarbeiten nicht oder nicht nur mit Planungen verbunden werden, wohl aber mit ihrer Vorfinanzierung oder der dauerhaften Instandhaltung oder des Betriebs der Gebäude, die Gegenstand der Arbeiten waren. Daher sollten auch diese Fälle in Buchst. a erwähnt werden.

3. Die in Art. 24 Abs. 2 Buchst. b eingeführte Möglichkeit, dass subzentrale Auftraggeber die Verpflichtung zum Aufruf zum Wettbewerb im Nichtoffenen oder im Verhandlungsverfahren durch eine Vorinformation gemäß Art. 46 Abs. 2 erfüllen können, stellt nur eine scheinbare Erleichterung dar. Sie ist vor allem für kleine und mittlere Unternehmen mit Nachteilen verbunden, da sie zu der Notwendigkeit führt, die Veröffentlichungsorgane nicht nur nach Auftragsbekanntmachungen, sondern auch nach entsprechenden Vorinformationen zu durchsuchen. Die Struktur der Vergabeverfahren und der Zeitpunkt von deren Einleitung werden dadurch weniger transparent. Aus der Sicht der Auftraggeber besteht zudem die Gefahr unbeabsichtigter de facto-Vergaben, wenn der Aufruf zur Interessenbekundung nach Ablauf der 12-Monatsfrist erfolgt. Es wird daher vorgeschlagen, auf diese Möglichkeit zu verzichten. Jedenfalls sollte den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt werden, den Aufruf zum Wettbewerb durch Vorinformation nicht in das innerstaatliche Recht zu übernehmen.

Zu Art. 25:

Zur Regelung des offenen Verfahrens in Art. 25 des Richtlinienentwurfs knüpft der Deutsche Anwaltverein an seine Stellungnahme Nummer 19 vom 12.04.2011 zum Grünbuch der Kommission an (dort zu Frage 21). Der eingangs des Richtlinienentwurfs betonte Ansatz einer Flexibilisierung der Vergabeverfahren sollte stringenter umgesetzt werden als das bisher der Fall ist und insbesondere auf das offene Verfahren ausgedehnt werden. Den Auftraggebern, zumindest den subzentralen, sollte die Möglichkeit eingeräumt werden, mit den Bietern, deren Angebote in die engere Wahl kommen, unter Beachtung der Diskriminierungsfreiheit eine Dialogrunde über qualitative Elemente und die Bedingungen der Vergabe zu führen und im Anschluss zur Einreichung überarbeiteter Angebote aufzufordern.

Zu Art. 27:

1. Die in Art. 27 Abs. 1 Unterabsatz 2 gestellten Anforderungen an den Mindestinhalt der Auftragsbekanntmachung zur Einleitung des Teilnahmewettbewerbs für ein Verhandlungsverfahren sind zu anspruchsvoll und führen dazu, dass diese Verfahrensart erheblich an Praktikabilität und Flexibilität einbüßt.

2. Ausreichend ist insoweit, wenn einerseits der Beschaffungsgegenstand und andererseits die Teilnahmebedingungen (Auswahlkriterien) definiert werden (vgl. auch schon oben zu Art. 1 Abs. 2 Unterabs. 1).

Ein Zwang zur Benennung der Zuschlagskriterien bereits in der Bekanntmachung ist nicht sinnvoll. Die Zuschlagskriterien müssen auch bei Anwendung des nichtoffenen Verfahrens, welches gleichfalls einen Teilnahmewettbewerb kennt, nicht bereits in der Auftragsbekanntmachung spezifiziert werden (Art. 47 in Verbindung mit Anhang VI Teil C Nr. 18). Die Kenntnis der Zuschlagskriterien verschafft den Wirtschaftsteilnehmern ohnehin kaum eine verbesserte Entscheidungsgrundlage bezüglich der Teilnahme am Wettbewerb, weil sie ohne die Vergabeunterlagen nicht aussagekräftig sind. Auch die isolierte Aufnahme der Mindestanforderungen an die Leistung in die Vergabebekanntmachung verschafft kein umfassendes Bild und überfordert die Auftragsbekanntmachung auch dem Umfang nach.

3. Soweit die Beschreibung der „Auftragsvergabe“ über die Beschreibung des Beschaffungsgegenstands hinausgehen sollte, gilt entsprechendes. Das Verhandlungsverfahren wird entsprechend den in Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 4 des Richtlinienvorschlages geregelten Voraussetzungen gerade in den Fällen gewählt, in denen eine präzise Leistungsbeschreibung, die eine Konstante während des gesamten Verfahrens bleiben könnte, nicht möglich ist.
4. Die vorgesehenen darüber hinausgehenden Anforderungen scheinen von der Befürchtung getragen, dass ohne diese Veröffentlichung die Transparenz und Diskriminierungsfreiheit eines Verhandlungsverfahrens nicht gesichert werden könne. Diese Befürchtung ist nach unserer Erfahrung nicht gerechtfertigt; zur Sicherung von Transparenz und Diskriminierungsfreiheit können die Auftraggeber auch andere Maßnahmen ergreifen, insbesondere die Sicherstellung eines gleichen Informationsstandes der Wirtschaftsteilnehmer im Verlaufe des Verfahrens.
5. In Art. 27 Abs. 1 Unterabs. 3 wird erstmals eine Mindestfrist für die Abgabe von Angeboten im Verhandlungsverfahren vorgesehen. In Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 6 wird eine Verfahrensstruktur für das Verhandlungsverfahren vorgegeben, welche zunächst die Abgabe solcher Angebote erfordert, und nach der Durchführung der daran anschließenden Verhandlungen die Abgabe neuer oder überarbeiteter Angebote. Eine solche Struktur des Verfahrens hat sich zwar in der Praxis bewährt und ist in vielen Fällen auch angemessen, in einer Reihe von praktisch bedeutsamen Konstellationen allerdings auch nicht. Dies betrifft zum Beispiel Fälle, in denen es dem Auftraggeber sehr schwer fällt, zu Beginn der Verhandlungen eine Leistungsbeschreibung zu formulieren, welche die Abgabe von (indikativen) Angeboten zulässt. In solchen und ähnlichen Fällen wird in der Praxis eine Verfahrensgestaltung bevorzugt, bei welcher Auftragsgespräche mit den Bietern am Beginn des Verhand-

ungsverfahrens stehen. Insbesondere gehen subzentrale Auftraggeber in Deutschland bei der Vergabe freiberuflicher Leistungen oft so vor. Es wäre ein Rückschritt und ein unnötiger bürokratischer Aufwand, wenn dieses Verfahren nicht länger möglich wäre.

6. Art. 27 Abs. 3 Unterabsatz 2 regelt, dass weder die Beschreibung der Auftragsvergabe noch der Teil der technischen Spezifikationen, der die Mindestanforderungen festlegt, noch die Zuschlagskriterien im Laufe der Verhandlungen geändert werden dürfen. Dies ist eine zu weit gehende Restriktion.

Verhandlungsverfahren werden wie ausgeführt unter Voraussetzungen eingesetzt, welche eine von vornherein abschließende Beschreibung aller Einzelheiten des Auftrags ausschließen. Die Diskussion mit den Teilnehmern ergibt in vielen Fällen, dass die Mindestanforderungen vom Auftraggeber nicht marktgerecht formuliert worden sind und eine transparent und diskriminierungsfrei eingeführte Änderung Abhilfe schaffen könnte. Es wäre eine übergroße bürokratische Belastung, wenn in allen diesen Fällen, selbst bei kleinsten Korrekturen, eine Aufhebung des Verfahrens mit anschließender erneuter Durchführung erfolgen müsste. Ein solches Vorgehen erscheint vielmehr nur dann gerechtfertigt, wenn die Änderungen so weit gehen, dass Auswirkungen auf die Zusammensetzung des Teilnehmerkreises nicht ausgeschlossen werden können und in diesem Sinne die Identität des Beschaffungsgegenstands nicht gewahrt ist. Gleiches gilt für etwaige Modifikationen der Zuschlagskriterien, die sich insbesondere im Falle von Anpassungen der Leistungsbeschreibung oder der rechtlichen und finanziellen Bedingungen im Verlauf des Verfahrens als erforderlich erweisen können.

7. Zur Sicherung der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit ist es hinreichend, aber auch erforderlich, wenn derartige Änderungen allen am Verfahren beteiligten Bietern so rechtzeitig mitgeteilt werden, dass diese sich im weiteren Verfahren, insbesondere vor der Abgabe der abschließenden Angebote, darauf einstellen können. Abhängig vom Inhalt der Änderungen kann es auch erforderlich sein, bereits ausgeschlossene Teilnehmer wieder einzubeziehen. Das Erfordernis einer vollständigen Aufhebung des Verfahrens und einer erneuten Auftragsbekanntmachung sollte demgegenüber auf die genannten Fälle beschränkt werden, in denen die Änderungen den Beschaffungsgegenstand berühren und den Teilnehmerkreis beeinflussen. Ansonsten würde ein bürokratischer Aufwand erzeugt, der in keinem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Zweck steht und das Verhandlungsverfahren seiner Flexibilität weit gehend beraubt. Zudem würde die Gefahr bestehen, dass Auftraggeber das Erfordernis der Aufhebung dadurch zu vermeiden versuchen, dass sie die Spezifikationen und die Zuschlagskriterien allgemeiner und unbestimmter als eigentlich

erforderlich abfassen. Dies wäre unter dem Gesichtspunkt der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit kontraproduktiv.

Zu Art. 30:

1. In Art. 30 Abs. 2 Buchst. a sollte – insbesondere, falls den zuvor genannten Bedenken im Hinblick auf Art. 27 nicht Rechnung getragen wird – die Möglichkeit aufgenommen werden, auch nach dem Scheitern eines Verhandlungsverfahrens mit Aufruf zum Wettbewerb wegen Fehlens geeigneter Angebote ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung nachzuschalten.
2. In Art. 30 Abs. 2 Unterabsatz 2 („Für die Zwecke von Buchstabe a gilt ein Angebot nicht als geeignet...“) ist es nicht sachgerecht, ein nicht geeignetes Angebot nur dann anzunehmen, wenn es nicht nur unregelmäßig oder inakzeptabel ist, sondern darüber hinaus noch („und“) zu verlangen, dass es „völlig irrelevant für den Auftrag ist und die in den Auftragsunterlagen genannten Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers nicht decken kann“. Diese Regelung würde dazu führen, dass ein offenes Verfahren, welches nur unregelmäßige oder inakzeptable Angebote hervorbringt, stets und theoretisch unbegrenzt oft als offenes Verfahren wiederholt werden müsste, ohne in ein Verhandlungsverfahren übergehen zu dürfen.

Stattdessen muss es ausreichen, wenn alle Angebote unregelmäßig oder inakzeptabel sind, also der Zuschlag nicht erteilt werden kann, um in das Verhandlungsverfahren übergehen zu dürfen.

Zu Art. 54 und 55:

1. Es ist unklar, in welchem Verhältnis die Ausschlussgründe des Art. 54 Abs. 2 und des 55 Abs. 3 Buchst. a zueinander stehen. Regeln sie den gleichen Sachverhalt, ist Art. 54 Abs. 2 überflüssig. Soll die Vorschrift weitergehende Handlungsmöglichkeiten des Auftraggebers eröffnen, ist unklar, worin gegenüber dem fakultativen Ausschlussstatbestand des Art. 55 Abs. 3 Buchst. a der Unterschied bestehen soll.
2. Der unbestimmte Rechtsbegriff „auf angemessene Weise“ im Zusammenhang mit den Anforderungen des Sozial- und Arbeitsrechts ist in Art. 54 Abs. 2, Art. 55 Abs. 3 Buchst. a und ebenso in Art. 69 Abs. 3 Buchst. d unklar. Sollte damit gemeint sein, dass der Bieter die Anforderungen an das Sozial- und Arbeitsrecht in einem größeren Maße zu erfüllen hat, als es das Sozial- und Arbeitsrecht selbst vorsieht, so vertreten wir die Auffassung, dass dies einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten des Vertrages von Lissabon darstellt. Wenn auf EU-Ebene Anforderungen an das Sozial- und Arbeitsrecht beschlossen wurden, dann sollte es einem Mitgliedstaat nicht ermöglicht werden, höhere Marktzutrittsschranken für die Wirtschaftsteilnehmer anderer Mitgliedstaaten zu errichten, indem er seine Anforderungen an das Sozial- und Arbeitsrecht hochschraubt. Sollte der Begriff so zu verstehen sein,

dass der Auftraggeber es als angemessen ansehen muss, wenn der Bieter die Anforderungen des Sozial- und Arbeitsrechts nicht vollständig erfüllt, so wäre das die Legitimation für Rechtsverstöße im Bereich des Sozial- und Arbeitsrechts, was ebenfalls bedenklich wäre.

3. Der ins Ermessen des Auftraggebers gestellte Ausschluss bei einem – auch marginalen – Verstoß gegen Rechtsvorschriften erscheint überzogen, weil es die Gefahr willkürlicher und nicht verhältnismäßiger Handhabung birgt.
4. Gelegentlich des Verweises auf Art. 89 möchten wir anmerken, dass in Art. 89 Abs. 2 die Worte „auf unbestimmte“ doppelt genannt werden.

Zu Art. 56, 62:

1. Die Anforderungen an die Auswahlkriterien sind in dem Richtlinienentwurf in begrüßenswerter Weise präzisiert worden, bergen aber auch jetzt noch einige Schwierigkeiten, deren Ausräumung wir anregen.

In Art. 56 Abs. 1 letzter Unterabsatz wird verlangt, dass der Auftraggeber über die Eignungsanforderungen sicherstellen soll, dass ein Bewerber oder Bieter unter anderem die „juristischen und finanziellen Kapazitäten“ hat. Wir sind der Auffassung, dass es sich hier um einen Übersetzungsfehler handelt. In der englischen Fassung ist von „legal and financial capacities“ die Rede. Die Bedeutung von „legal“ ist nicht „juristisch“, sondern „rechtlich“. Demzufolge müsste die Formulierung in der deutschen Fassung „rechtlichen und finanziellen Voraussetzungen“ heißen.

2. In Art. 56 Abs. 3 Unterabs. 1 wird festgelegt, dass die vom Auftraggeber geforderte Berufshaftpflichtversicherung „angemessen“ sein muss. Nach der deutschen VOB/B werden Sicherheiten von maximal 10% der Bruttoauftragssumme als angemessen angesehen, § 17 Abs. 6 VOB/B. In § 9 Abs. 8 VOB/A ist in der Regel die Vertragserfüllungssicherheit auf 5% und die Gewährleistungssicherheit auf 3% begrenzt. Wir empfehlen in den Art. 56 Abs. 3 Unterabs. 1 eine entsprechende Begrenzung aufzunehmen. Unbestimmte Rechtsbegriffe wie „angemessen“ verursachen in der praktischen Anwendung häufig Streit, was zur Verzögerung bei der Vergabe und damit bei den Investitionen der öffentlichen Hand führt.

Zu Art. 57

1. In Art. 57 wird die Intention verfolgt, die Erbringung von Nachweisen weiter zu systematisieren und zu vereinfachen. Wir begrüßen insbesondere die Stärkung der Eigenerklärungen. Für unverhältnismäßig halten wir jedoch die in Art. 57 Abs. 2 Unterabs. 2 normierte Verpflichtung des Auftraggebers, in jedem Fall vor der Auftragserteilung von dem erfolgreichen Bieter über die Eigenerklärungen hinaus Unterlagen und Nachweise anzufordern. In Fällen, in denen der Auftraggeber keinen

Zweifel an der Richtigkeit der Eigenerklärungen hat, führt diese Vorschrift nur zu unnötigen Verzögerungen und zu bürokratischem Aufwand vor der Auftragsvergabe.

2. Als in der Praxis schwierig durchführbar sehen wir auch die Regelung des Art. 57 Abs. 1 Buchst. d an. Danach soll vom Wirtschaftsteilnehmer verlangt werden, auf Anfrage des Auftraggebers unverzüglich Unterlagen beizubringen. Damit ist das Feld für mannigfaltige Streitigkeiten eröffnet. Andere Wirtschaftsteilnehmer können sowohl dem Auftraggeber vorwerfen, die Frist so lang bemessen zu haben, dass das Merkmal der Unverzüglichkeit nicht mehr erfüllt sei, als auch den Mitbewerbern und -bietern, sie hätten nicht „unverzüglich“ reagiert. Aus diesen Gründen empfehlen wir, den Begriff „unverzüglich“ durch die Formulierung „binnen der vom Auftraggeber gesetzten Frist“ zu ersetzen. Wünschenswert wäre ferner, wenn die Frist durch die Nennung einer Mindest- und Höchstfrist eingegrenzt würde.
3. Art. 57 Abs. 3 verlangt, dass der Auftraggeber auf Bescheinigungen, die von einem Wirtschaftsteilnehmer eingereicht wurden, über einen Zeitraum von 4 Jahren zurückgreift, sofern diese noch gültig sind. Die damit beabsichtigte Reduzierung des Aufwandes für die Wirtschaftsteilnehmer ist zwar grundsätzlich zu begrüßen. Wir geben allerdings zu bedenken, dass diese Regelung zu einem erheblichen Verwaltungsaufwand bei den Auftraggebern führen wird. In der Konsequenz muss der Auftraggeber bei jedem Verfahren jede Bescheinigung jedes einzelnen Wirtschaftsteilnehmers katalogisieren, da es möglich ist, dass der Wirtschaftsteilnehmer sich binnen der folgenden 4 Jahre wieder bewirbt. Schwierigkeiten werden die Fälle bereiten, in denen der Wirtschaftsteilnehmer bei dem aktuellen Vergabeverfahren eine bestimmte Bescheinigung nicht einreicht und der Auftraggeber diese Bescheinigung nicht auffindet. Das Ganze kann durch einen Namens- oder Gesellschaftswechsel des Wirtschaftsteilnehmers noch problematischer werden, da die Bescheinigung dann schwieriger aufzufinden ist. Zudem wäre der Auftraggeber bei dieser Regelung dazu gezwungen, alle eingegangenen Angebote zu katalogisieren, die auch nur eine der geforderten Bescheinigungen usw. enthalten, selbst wenn diese nach den Zuschlagskriterien nicht in die engere Wahl kommen oder sogar auf der ersten Wertungsstufe auszuschließen wären. Aus diesen Gründen raten wir von der Einführung des Art. 57 Abs. 3 Unterabs. 2 ab.

Zu Art. 58:

1. Die Zusammenstellung einer Liste von Bescheinigungen, die der öffentliche Auftraggeber in den Vergabeunterlagen typischerweise verlangt, ist grundsätzlich hilfreich für Wirtschaftsteilnehmer, die sich grenzübergreifend bewerben wollen. Eine abschließende Auflistung aller Nachweise in einer europaweiten Datenbank erscheint jedoch nicht praktikabel.

2. Konkretisiert werden sollte der Begriff „Bescheinigung“. Unter einer Bescheinigung kann beispielsweise ein Schweißschein zu verstehen sein, ein Zertifikat als Umweltberater oder bestimmte Erlaubnisse im Abfallbereich usw. Es ist unseres Erachtens - zumindest mit einem vertretbaren Verwaltungsaufwand - nicht leistbar, alle Bescheinigungen vollständig zu erfassen. Genauso wenig erachten wir es als sinnvoll, wenn der öffentliche Auftraggeber auf einen Teil dieser Bescheinigungen verzichten muss. Denn die verlangten Bescheinigungen sind unabdingbar, um die Qualifikation des Wirtschaftsteilnehmers zu prüfen und zudem - so beispielsweise im Abfallbereich - erforderlich, um sicherzustellen, dass der zukünftige Auftragnehmer auch die erforderliche Erlaubnis besitzt. Um kaum auflösbare Diskussionen in Vergabenausschreibungsverfahren zu vermeiden, ob beispielsweise die Bescheinigung des Vorliegens einer Erlaubnis letztendlich nur eine Erlaubnis und eben keine Bescheinigung i.S.d. Art. 58 darstellt, regen wir an, hier klar zu stellen, welche Bescheinigungen gemeint sind. Dazu sollte auf die Auswahlkriterien nach Art. 56 Abs. 1 Buchst. a und b, zurückgegriffen werden, die die Befähigungen zur Berufsausübung und die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit betreffen. Art. 56 Abs. 1 Buchst. c, der sich mit der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit befasst, sollte ausdrücklich nicht mit einbezogen werden, da sich daraus die o.g. Probleme ergeben könnten.

Zu Art. 59 und 68:

1. Art. 59 sieht vor, dass Wirtschaftsteilnehmer die Ausstellung eines europäischen Passes beantragen können. Wir empfehlen insbesondere im Interesse der KMU klarzustellen, dass die Präqualifikation nicht die einzige Möglichkeit des Eignungsnachweises sein darf und mehr Wettbewerb im Bereich der Präqualifikationsinstitute zu schaffen.
2. Bisher vollkommen ungeklärt ist, wer haftet, wenn die Nachweise, die über die Präqualifikation erbracht werden sollen, nicht mehr stimmen. Das Problem wird mit dem Europäischen Pass auf die europäische Ebene erstreckt. Wird beispielsweise bei einem italienischen Vergabeverfahren festgestellt, dass der Auftraggeber einen Vergabefehler begangen hat, weil der Wirtschaftsteilnehmer nicht die geforderte Eignung aufweist aber sich in Deutschland einen Europäischen Pass hat ausstellen lassen, dann stellt sich die Frage nach der Haftung der italienischen Vergabestelle. Das Argument, dass die Verantwortung in diesen Fällen den Wirtschaftsteilnehmer treffen wird, verfängt nicht immer. Hat der Wirtschaftsteilnehmer seine Unterlagen korrekt gemeldet und wurde nur von der einzelstaatlichen Behörde ein Fehler gemacht, so bestehen Ansprüche gegenüber dem Mitgliedstaat. Hinzu kommt, dass der Europäische Pass bedeutet, dass die Mitgliedsstaaten eine neue oder zumindest weitere Verwaltungsaufgabe hinzu erhalten, Art. 59 Abs. 3. Der

Deutscher Anwaltverein hegt erhebliche Zweifel, ob es bei den gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnissen angezeigt ist, weitere Verwaltungsaufgaben zu kreieren. Hinzu kommt, dass jede Aufgabe, die von der Verwaltung übernommen wird und nicht zur unmittelbaren Daseinsvorsorge gehört, als Geschäftsfeld für Unternehmen wegfällt. Eine Notwendigkeit für die Öffnung des Binnenmarktes sieht der Deutsche Anwaltverein beim Europäischen Pass nicht. Insbesondere für Kleinunternehmen und die KMU würde der Europäische Pass eine Hürde bei der Erlangung öffentlicher Aufträge darstellen.

Zu Art. 66:

1. Begrüßt wird die Intention des Richtlinienvorschlags, einen sorgsamsten Umgang mit Ressourcen bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen. Insbesondere bei Leistungen, die unter Umständen höhere Kosten, aber gleichzeitig die Rückgewinnung von Rohstoffen ermöglichen, sieht der Deutsche Anwaltverein hier eine gute Chance, die Rohstoffversorgung der Europäischen Union langfristig zu sichern.
2. Daneben sind dem Auftraggeber nach dieser Regelung auch Eingriffe in den unmittelbaren Produktionsprozess möglich, die den Beschaffungsgegenstand nur mittelbar betreffen. Der Deutsche Anwaltverein regt an, in Art. 66 Abs. 2 Buchst. d zu konkretisieren, inwieweit der Auftraggeber mit den Zuschlagskriterien in den Produktionsprozess eingreifen darf. Soll der Auftraggeber beispielsweise bei der Beschaffung von Kleidung den Wasser- und Stromverbrauch der Produktion pro Kleidungsstück zum Zuschlagskriterium erheben können? Und wenn ja, bis zu welcher Stufe? Nur die Produktion des Kleidungsstückes selbst oder auch die Produktion der Rohstoffe - und Maschinen -, die für die Produktion der Kleidungsstücke eingesetzt werden? Sollte ein so weiter Anwendungsbereich gewollt sein, so wäre das nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins die Aufgabe der vom Europäischen Gerichtshof herausgearbeiteten Beschränkung der Zuschlagskriterien auf den unmittelbaren Beschaffungszweck.
3. Weiterhin regt der Deutsche Anwaltverein an, in Art. 66 Abs. 4 die Übersetzung zu überprüfen. In der englischen Fassung des Richtlinienentwurfes heißt es „be effectively verified“ und in der deutschen Fassung „eine effiziente Überprüfung“. Wir vertreten die Auffassung, dass hier die bessere Übersetzung „eine wirksame Überprüfung“ wäre.

Zu Art. 67:

1. Ausdrücklich begrüßt wird die Absicht, die Lebenszykluskosten bei Produkten stärker in den Vordergrund zu stellen. Produktionen mit geringer Haltbarkeit belasten die Ressourcen überdurchschnittlich stark. Aus diesem Grund würde es der Deutsche Anwaltverein begrüßen, wenn die Hürde für den Auftraggeber, die Le-

benszykluskosten bei der Wertung der Angebote zu berücksichtigen, in Art. 67 niedriger gestellt würde. Wenn die Kommission eine wissenschaftliche Untersuchung der Lebenszykluskosten wünscht, dann erachtet der Deutsche Anwaltverein es als sinnvoll, wenn auf EU-Ebene weiter verschiedene Modelle für die unterschiedlichen Einsatzsituationen konzipiert und in den Anhang XV aufgenommen werden, so wie der Art. 67 Abs. 3 Unterabs. 2 es vorsieht.

2. Vorsorglich wird darauf hingewiesen, dass in Art 67 Abs. 2 die Passage von „Die Methode muss (...) interessierten Parteien zugänglich.“ in die deutsche Fassung doppelt aufgenommen wurde, einmal im Fließtext und einmal als Aufzählung mit Absätzen.

Zu Art. 69:

1. Art. 69 sieht eine feste Berechnungsregel für die Ermittlung von Unterkostenangeboten vor, die der Deutsche Anwaltverein grundsätzlich begrüßt. Es wird angeregt, diese Regelung bezüglich des Begriffes des Preises zu konkretisieren. Es ist nicht klar formuliert, ob mit „Preis“ der gesamte Preis des Angebotes ggf. einschließlich der Nachlässe gemeint ist oder ob diese Regelung für jeden einzelnen Preis des Angebotes gilt oder nur für „wesentliche“ Angebotspreise. Der Deutsche Anwaltverein ist der Auffassung, dass die Erstreckung der Regelung auf jeden einzelnen Preis des Angebotes zu einem Verwaltungsaufwand führen würde, dem kein greifbarer Mehrwert gegenüber steht. Die Prüfung wesentlicher Preise hält der Deutsche Anwaltverein nicht für handhabbar. Es entbrennt regelmäßig Streit über die Frage, welcher Preis aus welchem Grunde wesentlich sein könnte oder eben gerade nicht. Deshalb empfiehlt der Deutsche Anwaltverein, in Art. 69 die Formulierung „Gesamtpreis des Angebotes“ aufzunehmen.
2. Klärungsbedürftig ist die Frage, ob der Auftraggeber, der im Verhandlungsverfahren die Anzahl der Bewerber gemäß Art. 64 reduzieren darf, also beispielsweise lediglich 4 Bewerber zum weiteren Verfahren zulassen kann, die Vorschrift des Art. 69 – welche fünf Angebote voraussetzt – umgeht, was dem Auftraggeber nach Art. 15 verboten ist. Da das Verhandlungsverfahren die Ausnahme ist, sieht der Deutsche Anwaltverein die Gefahr der Unterkostenangebote - insbesondere mit Marktverdrängungstendenz - als gering an. Aus diesem Grunde befürwortet er, in dem Art. 69 klarzustellen, dass er für Verhandlungsverfahren keine Anwendung findet.

Zu Art. 73:

1. Der Deutsche Anwaltverein bittet um Überprüfung der Verweisung auf Art. 11 Abs. 4 in Art. 73 Buchst. a. Der Deutsche Anwaltverein versteht die Gesamtregelung so, dass richtigerweise auf Art. 11 Abs. 5 verwiesen werden muss.

2. In Art. 73 Buchst. a muss in Zeile 2 das Wort „vergeben“ ersetzt werden durch „erhalten“. Maßgebend ist, ob an der juristischen Person, die den Auftrag erhalten hat, eine private Beteiligung besteht.
3. Wird entsprechend dem Vorschlag des Deutschen Anwaltvereins in Art. 11 Abs. 5 Unterabs. 2 geregelt, dass die in Art. 11 Abs. 1 bis 4 vorgesehenen Ausschlüsse über den im Richtlinienentwurf bereits geregelten Fall des Eingehens einer privaten Beteiligung auch dann keine Anwendung mehr finden, wenn die öffentlichen Auftraggeber über die betreffende juristische Person keine Kontrolle mehr ausüben, die der gleich kommt, die sie über ihre eigenen Dienststellen ausübt, bzw. wenn die öffentlichen Auftraggeber keinen entscheidenden Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person mehr ausüben und wenn die juristische Person mehr als 10 % ihrer Tätigkeit auf dem offenen Markt ausübt, muss die in Art. 73 Buchst. a geregelte Kündigungsmöglichkeit entsprechend angepasst werden. Eine Kündigungsmöglichkeit muss für folgende Fälle geregelt werden:
 - Die in Art. 11 vorgesehenen Ausnahmen sind infolge einer privaten Beteiligung an der juristischen Person, die den Auftrag erhalten hat, nicht mehr anwendbar,
 - die in Art. 11 Abs. 1 bis 3 vorgesehenen Ausnahmen sind nicht mehr anwendbar, weil der öffentliche Auftraggeber bzw. die öffentlichen Auftraggeber gemeinsam über die betreffende juristische Person, die den Auftrag erhalten hat, keine Kontrolle mehr ausüben, die der gleich kommt, die sie über ihre eigenen Dienststellen ausüben oder
 - die in Art. 11 Abs. 1 bis 4 vorgesehenen Ausnahmen sind nicht mehr anwendbar, weil die juristische Person, die den Auftrag erhalten hat, mehr als 10 % ihrer Tätigkeit nicht für den oder die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber oder für andere von diesem bzw. diesen kontrollierten juristische Personen bzw. auf dem offenen Markt ausführt.
4. Der in Art. 73 Buchst. b beschriebene Fall, für den nach der Richtlinie im nationalen Recht eine Kündigungsmöglichkeit geschaffen werden muss, bedarf trotz des Vorbehalts, dass die Kündigungsbedingungen im nationalen Vertragsrecht festgelegt werden können, auch auf der Ebene der Präzisierung:
 - a) Unklar ist zunächst, ob sich die Kündigungsmöglichkeit auf den ursprünglichen Auftrag beziehen soll oder auf den Änderungsauftrag, sofern sich nach Erteilung des Änderungsauftrags herausstellt, dass die Vergabe des Änderungsauftrags die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens erfordert hat.
 - b) Soll sich die Kündigungsmöglichkeit auf den ursprünglichen Auftrag beziehen, muss der Fall, für den im nationalen Recht ein Kündigungsrecht geschaffen werden soll,

auf die Fälle beschränkt werden, in denen die wesentliche Änderung der Bestimmungen des öffentlichen Auftrags für den öffentlichen Auftraggeber unerlässlich ist, um einer Rechts- oder Sachlage Rechnung zu tragen, die sich seit der Erteilung des ursprünglichen Auftrags verändert hat, ohne dass diese Veränderung vom öffentlichen Auftraggeber herbeigeführt wurde. Das zwingend zu schaffende Kündigungsrecht darf es dem öffentlichen Auftraggeber nicht ermöglichen, sich ohne zwingende Gründe von einem bestehenden öffentlichen Auftrag zu lösen, indem er diesen ändert.

Zu Art. 74 ff.

1. Der von der Kommission vorgeschlagene Verzicht auf die Unterscheidung zwischen prioritären und nicht prioritären Dienstleistungen ist nicht überzeugend. Mit gutem Grund sah die Richtlinie 2004/18/EG eine Differenzierung von Dienstleistungen in solche vor, die uneingeschränkt den Verfahrensanforderungen der Richtlinie unterliegen, und solche, für die ein europaweiter Wettbewerb nicht sinnvoll ist, weil es noch keinen Binnenmarkt für diese Dienstleistungen gibt. Überzeugend führte Erwägungsgrund 19 zur Richtlinie 2004/18/EG aus, die Anwendung der Richtlinie auf Dienstleistungsaufträge solle für eine Übergangszeit auf Aufträge beschränkt werden, bei denen die Bestimmungen der Richtlinie dazu beitragen, alle Möglichkeiten für eine Zunahme des grenzüberschreitenden Handels voll auszunutzen. Bei Dienstleistungen, die ihrer Natur nach kein grenzüberschreitendes Interesse auslösen und daher keine Binnenmarktrelevanz haben, können europaweite Publizitäts- und Verfahrenspflichten nicht zur Zunahme des grenzüberschreitenden Handels beitragen.
2. Diese Erkenntnis gilt auch acht Jahre nach Inkrafttreten der Richtlinie 2004/18/EG uneingeschränkt weiter. Es überzeugt nicht, wenn in Erwägungsgrund 10 zum Richtlinienvorschlag ausgeführt wird, die vollständige Anwendung der Richtlinie sei auf eine Reihe weiterer Dienstleistungen auszuweiten, die wie Hotel- und Rechtsdienstleistungen einen besonders hohen Prozentsatz an grenzüberschreitenden Geschäften aufwiesen. Die angeführten Beispiele belegen die Notwendigkeit zur Ausweitung des Anwendungsbereichs des Vergaberechts nicht. Es ist nicht ersichtlich, wieso ausgerechnet Hoteldienstleistungen eine besondere grenzüberschreitende Relevanz haben sollen. Gerade die Hoteldienstleistung ist eine Leistung, die an einem bestimmten Ort erbracht wird und nur dort erbracht werden kann. Sie ist lokal nicht austauschbar, sondern an den Ort der Leistung gebunden. Auch für rechtsberatende Dienstleistungen gilt, dass diese einen so engen Bezug zum jeweiligen nationalen Rechtsrahmen aufweisen, dass sie ihrer Natur nach nur von im jeweiligen Mitgliedstaat ansässigen Kanzleien erbracht werden können. Der Umstand, dass manche Kanzleien international organisiert sind und daher eine ausländische Rechtsform (LLP) aufweisen, ändert nichts daran, dass die erbrachte Dienstleistung

sich nicht für eine Bewerbung eines Dienstleisters aus einem anderen Mitgliedstaat eignet, sondern eng an im jeweiligen Mitgliedstaat niedergelassene Anwälte gebunden ist.

3. Die Differenzierung zwischen prioritären und nicht prioritären Dienstleistungen ist im GPA angelegt. Annex 4 zu Appendix I des GPA enthält eine Auflistung der Dienstleistungen, die Gegenstand des GPA sind. Es ist nicht ersichtlich, warum die EU über die völkerrechtlichen Bindungen hinausgehen und den Anwendungsbereich der Richtlinie auf weitere Dienstleistungen ausdehnen sollte. Gerade bei Dienstleistungen ist die Marktöffnung noch unvollkommen. Europaweite Ausschreibungspflichten würden, soweit ein grenzüberschreitender Markt überhaupt besteht, zur Konzentration beitragen und kleinen und mittleren Unternehmen, die gerade im Dienstleistungsbereich den nationalen Markt prägen, die Bewerbung um größere Aufträge erschweren.
4. Aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers bedeutete eine europaweite Ausschreibung der bisher nicht prioritären – insbesondere der freiberuflichen - Dienstleistungen einen erheblich erhöhten Aufwand. Sie wäre auch nicht sinnvoll. Gerade die rechtsberatende Dienstleistung ist personenbezogen und oft geprägt von einem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Berater. Die Entscheidungskriterien bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, die von einem besonderen Vertrauensverhältnis geprägt sind, entziehen sich der objektivierbaren Definition und Nachprüfung.
5. Schon nach geltendem Unionsrecht sind auch bei der Ausschreibung nicht prioritärer Dienstleistungen die grundlegenden primärrechtlichen Anforderungen zu beachten, wenn die Aufträge Binnenmarktrelevanz aufweisen. Statt den Begriff der Binnenmarktrelevanz zu präzisieren, bejaht der Richtlinienvorschlag diese – entgegen der Spruchpraxis des EuGH (vgl. nur EuGH, Urf. v. 13.11.2007 – C-507/03 -, *Irische Post*) – weitestgehend für alle bisher nicht prioritären Dienstleistungen (mit Ausnahme des Gesundheitssektors). Damit kommt es zu einer sachlich unangemessenen Ausweitung des Anwendungsbereichs der Richtlinie.

Zu Art. 84:

Die in Art. 84 Abs. 1 enthaltene Anforderung, dass die Mitgliedstaaten eine „einzige“ unabhängige Stelle für die Beaufsichtigung und Koordinierung der Durchführungstätigkeit benennen, ist mit dem deutschen Verfassungsrecht nicht vereinbar. Nach dem Richtlinienvorschlag ist die „Aufsichtsstelle“ nicht als Spruchkörper oder als Rechtsprechungsinstanz konzipiert, sondern als eine Aufsichtsbehörde. Eine zentrale Aufsicht über die Beschaffungstätigkeiten aller öffentlicher Auftraggeber kann es jedoch nach Art. 83 und 84 GG schon deshalb nicht geben, weil die Länder die Einrichtung der Behörden und das

Verwaltungsverfahren selbst regeln (Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG). Das Beschaffungswesen wird in Deutschland als fiskalische Tätigkeit verstanden, die als Annex der Organisation der Behörden zuzurechnen ist. Für eine Vorgabe, dass es in jedem Mitgliedstaat nur eine einzige Aufsichtsstelle geben darf, besteht ein Kompetenztitel der EU nicht. Sie greift in unzulässiger und unverhältnismäßiger Weise in die Verwaltungsorganisation der Mitgliedstaaten ein.

Unabhängig von der verfassungsrechtlichen Beurteilung ist die Einrichtung einer zentralen Stelle unnötig, da mit Fach- und Rechtsaufsicht und den Rechnungshöfen sowie den Rechtsmittelinstanzen eine Überprüfung von Vergabeentscheidungen gesichert ist.