

## Stellungnahme

### des BDI zur Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien

---

---

#### I. Grundsätzliches

Der BDI begrüßt die Ziele, die mit den Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU verfolgt werden, insbesondere Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitige Anerkennung, Verhältnismäßigkeit, Transparenz, Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) und Klärung grundlegender Begriffe und Konzepte, um Rechtssicherheit zu gewährleisten. Allerdings erweist sich bei eingehender Betrachtung, dass diese Ziele nicht durchgängig erreicht wurden. Umso wichtiger ist es, dass diese Defizite bei der Richtlinienumsetzung in nationales Recht wo immer möglich ausgeglichen werden. Insofern ist eine gründliche Prüfung im Interesse von Auftraggebern und Auftragnehmern dringend erforderlich, bevor Vorschriften wortwörtlich in nationales Recht übernommen werden. Dazu gehört auch, das Vergaberecht auf seine Kernfunktion zu konzentrieren, d. h. einen wirtschaftlichen Einkauf der öffentlichen Hand unter sparsamer Verwendung von Steuermitteln zu gewährleisten. Dies gelingt am besten im Wettbewerb auf offenen Märkten.

Eine praxisingerechte Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien kann nur im bewährten dreistufigen System erfolgen, d. h. unter Beibehaltung der Vergabeordnungen VOB, VOL und VOF. Denn nur die Einbeziehung der Expertise der unmittelbar betroffenen Auftraggeber- und Auftragnehmerseite gewährleistet eine handhabbare Vergabepaxis sowie eine allseitige Akzeptanz der Vorschriften.

#### II. Im Einzelnen

##### **Inhouse-Vergaben und öffentlich-öffentliche Kooperationen (am Beispiel von Art. 22 RL 2014/24/EU)**

Der BDI kritisiert die erheblich zu weit gehenden, ordnungspolitisch höchst kritischen Ausnahmeregelungen für vergabefreie Inhouse-Geschäfte und öffentlich-öffentliche Kooperationen, die eine innovative Aufgabenerledigung im Wettbewerb behindern und einer Marktöffnung entgegenstehen. Angesichts der zwingenden Umsetzung ist bei der Transformation in nationales Recht darauf zu achten, dass zumindest ausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe eng gefasst werden. So sollte Art. 12 Abs. 4b) RL 2014/24/EU „die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich durch Überlegungen *im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse* bestimmt“ ersetzt werden durch die Formulierung im Erwägungsgrund 33 „die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich *von Erwägungen des öffentlichen Interesses* bestimmt“.

Weiter geht der BDI davon aus, dass sich die Zusammenarbeit auf Aufgaben der Daseinsvorsorge „im engeren Sinne“ bezieht. Denn es gilt nach wie vor der Grundsatz der sparsamen Verwendung von Steuermitteln. Kommunen müssen

Dokumenten Nr.  
D 0679

Datum  
17. November 2014

Seite  
1 von 11

**Bundesverband der  
Deutschen Industrie e.V.**  
Mitgliedsverband  
BUSINESSEUROPE

Telekontakte  
T: +493020281512  
F: +493020282512

Internet  
www.bdi.eu

E-Mail  
A.Mundt@bdi.eu

nicht alles machen, was rechtlich möglich ist. Insbesondere dürfen die kooperativ wahrgenommenen Aufgaben nicht im Gegensatz zu öffentlichen Dienstleistungen und öffentlichem Interesse stehen.

Der BDI würde es befürworten, wenn öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors im Sinne einer ex-post-Transparenz veröffentlicht werden würden.

Zudem regt der BDI an, bei der Umsetzung des Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU einen klarstellenden Satz anzufügen, dass die Ausnahme nur gilt, solange die Voraussetzungen des Art. 12 RL 2014/24/EU gegeben sind.

### **Vorschriften über die Kommunikation – e-Vergabe (am Beispiel von Art. 22 RL 2014/24/EU)**

Mit der Vorschrift wird die e-Vergabe für Aufträge ab den EU-Schwellenwerten zwingend eingeführt. Das Bestreben, entschlossen auf eine ausschließlich elektronische Vergabe hinzuwirken, ist zwar grundsätzlich zu begrüßen. Auch der BDI ist von Anfang an für einen konsequenten Übergang zur elektronischen Vergabe eingetreten und hat dies stets mit eigenen Aktivitäten auf europäischer wie auch auf nationaler Ebene unterstützt.

Es darf allerdings nicht verkannt werden, dass aufgrund des Versäumnisses, rechtzeitig nötige Rahmenparameter oder -vereinbarungen für eine flächendeckende e-Vergabe, insbesondere zu elektronischen Signaturen und anwendbaren IT-Sicherheitsstandards zu schaffen, äußerst gravierende Inkompatibilitäten zwischen den mittlerweile zahlreich entstandenen e-Vergabe-Anwendungen entstanden sind. Es gibt keine Einigung in Bezug auf Datenformate, Übertragungsformate, Soft- und Hardware usw. Gerade für KMU ist dieser Zustand unhaltbar.

Angesichts dieser Situation ist für Unternehmen eine Umstellung auf elektronische Kommunikation mit den verschiedenen öffentlichen Auftraggebern aufwendiger als die hergebrachte Kommunikation im Papierwege. Wesentlicher Hintergrund dafür ist, dass erfolgreich arbeitende Unternehmen typischerweise mit einer Vielzahl zentraler, regionaler und lokaler Auftraggeber im In- und Ausland zusammenarbeiten, die jeweiligen elektronischen Systeme der öffentlichen Auftraggeber jedoch – soweit überhaupt vorhanden – äußerst unterschiedliche Anforderungen in technischer Sicht aufweisen. Dies würde die anbietenden Unternehmen dazu zwingen, eine Vielzahl unterschiedlicher technischer Anforderungen, die sich oft sogar widersprechen, gleichzeitig erfüllen zu müssen, was für die Unternehmen oft aufwändiger als die Fortführung der papiergestützten Kommunikation wäre. Dies gilt insbesondere für die Angebotsabgabe, während der Download von Dokumenten eher unproblematisch ist.

Dringend erforderlich ist daher eine verstärkte Interoperabilitäts- und Standardisierungsoffensive. Das Projekt XVergabe sollte daher intensiv weiter verfolgt werden, indem Auftraggeber, Lösungsanbieter und Bieter gemeinsam an einer Standardisierung arbeiten.

Zu bedenken ist schließlich auch, dass bei einer zwingenden e-Vergabe trotz fehlender Interoperabilität der Systeme jedes auftraggeberseitige oder plattformseitige technische Problem, das für einen Bieter zum Ausschluss von der Vergabe führt, zum Gegenstand von Vergaberechtsschutzverfahren und Vertragsverletzungsverfahren gemacht werden kann oder gar zum Rückzug von Bietern aus öffentlichen Beschaffungsmärkten führt.

Erschwerend tritt die bislang vielerorts noch unzureichende Breitbandversorgung hinzu.

Aus den vorgenannten Gründen rät der BDI dringend dazu, die speziell für die e-Vergabe bestehenden längeren Umsetzungsfristen voll auszuschöpfen, um die Zeit zu nutzen, die immer noch gravierenden und leider erheblich unterschätzten Interoperabilitätsprobleme zu überwinden.

Im Übrigen wird davon abgeraten, die e-Vergabevorschriften 1:1 umzusetzen. Das Risiko der fehlerhaften Anwendung dieser schwer verständlichen Formulierungen würde ansonsten sehenden Auges Auftraggebern und Auftragnehmern aufgebürdet mit dem an sich vermeidbaren Ergebnis, dass letztlich die Vergabenachprüfungsinstanzen angerufen werden müssten und sich Vergaben dadurch verzögern könnten.

Eine Erstreckung der elektronischen Vergabe auf den Unterschwellenbereich ist zwar im Sinne einer einheitlichen Lösung erstrebenswert, jedoch angesichts der derzeit bestehenden vielfältigen Anwendungsprobleme keinesfalls innerhalb der für die Richtlinienumsetzung geltenden Fristen.

### **Wahlfreiheit zwischen offenem/nichtoffenem Verfahren (Art. 26 Abs. 2 RL 2014/24/EU)**

Die EU-Vorschriften lassen eine Wahlfreiheit des öffentlichen Auftraggebers zwischen offenem und nichtoffenem Verfahren zwar zu, sehen sie aber nicht zwingend vor. Denn trotz insoweit identischen Wortlauts des Art. 28 S. 2 RL 2004/18/EG hatte sich Deutschland seinerzeit für ein Primat des offenen Verfahrens entschieden, ohne dass dies sanktioniert worden ist.

Für ein Festhalten am Primat des offenen Verfahrens sprechen grundsätzlich ein größtmöglicher Wettbewerb und die KMU-Freundlichkeit (Transparenz). Das offene Verfahren ist das transparenteste Vergabeverfahren, das am besten geeignet ist, die Risiken der Günstlingswirtschaft und der Korruption zu verhindern. Selbst wenn beim nichtoffenen Verfahren ein Teilnahmewettbewerb vorgeschaltet wird, richtet sich dieser nur an „ausgewählte Unternehmen“. Nachteilig für die deutsche Industrie könnte es demgegenüber sein, wenn andere Nationen eine Wahlfreiheit vorsehen, weil dann zwar europäische Unternehmen in Deutschland im offenen Verfahren anbieten könnten, deutsche Unternehmen aber vermutlich nicht im gleichen Umfang im europäischen Ausland, wenn dort aufgrund der Wahlfreiheit das nichtoffene Verfahren anstelle des offenen Verfahrens genutzt würde.

### **Fristen (am Beispiel von Art. 27-31 RL 2014/24/EU)**

Die Möglichkeit, die Mindestfristen für Teilnahmeanträge und die Einreichung von Angeboten erheblich zu verkürzen (Art. 27-31), beurteilt der BDI kritisch.

Denn bereits die derzeit gültigen Mindestfristen sind so knapp bemessen, dass Angebote innerhalb dieser Zeit nur schwerlich mit der gebotenen Sorgfalt vorbereitet werden können. Eine weitere Mindestfristverkürzung mag zwar vordergründig vorteilhaft für Auftraggeber erscheinen, kann aber mit erheblichen Nachteilen verbunden sein: Können Angebote nicht mehr hinreichend vorbereitet werden, besteht vermehrt Fehleranfälligkeit und die Gefahr des Ausschlusses. Ist die Bearbeitungszeit zu knapp bemessen, steht zudem zu befürchten, dass sich Unternehmen gar nicht erst an Ausschreibungen beteiligen. Dies träfe insbesondere kleine und mittlere Unternehmen. Handelt es sich um einen Folgeauftrag, würde der Vorteil, den der bisherige Auftragnehmer bereits hat,

durch eine Fristverkürzung weiter vergrößert. Eine Fristverkürzung kann zudem zu höheren Preisen für öffentliche Aufträge führen, da Unternehmen möglicherweise einen „Sicherheitspuffer“ einkalkulieren, wenn nicht genug Zeit für eine auskömmliche Kalkulation bleibt.

Stattdessen sollten Auftraggeber aufgefordert werden, daran zu denken, je nach Auftragsgegenstand längere als die derzeit geltenden Mindestfristen vorzusehen. Auch Art. 47 Abs. 1 betont das Augenmaß bei der Festsetzung von Fristen: Je komplizierter Auftragsgegenstand und Nachweise sind, desto längere Fristen sind für die Angebotsausarbeitung nötig. Allenfalls beim Einkauf von Standardgütern kann eine Fristverkürzung in Betracht kommen.

Letztlich sprechen auch Sinn und Zweck der Fristverkürzung dagegen, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Da Ausschreibungsunterlagen nicht in andere Sprachen übersetzt werden, wirkt eine Verkürzung der Mindestfristen bei grenzüberschreitenden Ausschreibungen besonders wettbewerbsfeindlich und Markt abschottend. Geschützt werden dadurch nur Inländer.

### **Verhandlungsverfahren (am Beispiel von Art. 29 RL 2014/24/EU)**

Die Einfügung von Mindestgarantien für ein transparentes und diskriminierungsfreies Verhandlungsverfahren (insb. Art. 29 Abs. 1, 4 und 6) wird nachdrücklich begrüßt. Derartige Bedingungen sind für das Verhandlungsverfahren unabdingbar.

In Art. 29 Abs. 3 Satz 1 ist geregelt, dass die Auftraggeber mit den Bietern verhandeln, „um den Inhalt der Angebote zu verbessern“. Unklar ist, wie weit eine solche „Angebotsverbesserung“ gehen kann. Jedenfalls darf dies nicht zu einer „Preisdrückerei“ und zu Verschlechterungen der kommerziellen Konditionen (Vertragsbedingungen) zu Lasten der Bieter i. S. eines missbräuchlichen Verhaltens führen. Denn dies wäre insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen nachteilig und würde mittelfristig aller Voraussicht nach zu einer Verschlechterung der Anbieterstrukturen im öffentlichen Auftragswesen führen.

### **Innovationspartnerschaft (am Beispiel von Art. 31 RL 2014/24/EU)**

Ziel dieser neuen Verfahrensart ist die Entwicklung und der anschließende Kauf eines neuen „innovativen“ Produkts/Dienst- oder Bauleistung als Gegenstand eines einheitlichen Vergabeverfahrens. Voraussetzung für eine Innovationspartnerschaft ist, dass der Beschaffungsbedarf nicht durch bereits auf dem Markt verfügbare Produkte, Dienst- oder Bauleistungen befriedigt werden kann, d. h. es ist eine echte Innovation erforderlich. Um zuverlässig beurteilen zu können, ob eine vorgestellte Entwicklung oder Projektidee im Vergleich zu anderen wirklich „innovativ“ ist, müsste der Auftraggeber die nötige umfassende Marktkenntnis besitzen. Eine fehlerhafte Entscheidung zugunsten eines vermeintlich innovativen Unternehmens würde sich zugleich auch als Diskriminierung wirklich innovativer Wettbewerber und sogar innovationsfeindlich auswirken.

Kritisch ist Art. 31 Abs. 2 UAbs. 3 zu beurteilen. Danach kann der öffentliche Auftraggeber am Ende jeder Phase darüber befinden, ob er die Partnerschaft beendet und ein neues Vergabeverfahren für die übrigen Phasen einleitet. Ohne eine nähere Regelung des Ausstiegsszenarios, insbesondere bezüglich des „Eigentums“ am eingebrachten unternehmerischen Know-how, ist zu befürchten, dass sich Unternehmen nicht um Innovationspartnerschaften bemühen werden,

weil das Risiko des Verlusts unternehmerischen Know hows bzw. die Gefahr der Ausforschung zu groß ist.

Unabhängig vom neuen Instrument der Innovationspartnerschaft können innovative Güter und Dienstleistungen nach wie vor im offenen, unverzerrten Wettbewerb unter möglichst vielen Anbietern bei möglichst großer, EU-weiter Transparenz der Ausschreibungen und durch die Zulassung von Nebenangeboten beschafft werden.

### **Dynamische Beschaffungssysteme (am Beispiel von Art. 34 RL 2014/24/EU)**

Art. 34 regelt die Beschaffung marktüblicher Lieferungen und Leistungen über ein vollelektronisches sog. dynamisches Beschaffungssystem. Nach Ansicht des BDI ist das Verfahren bei richtlinienkonformer Durchführung kompliziert, aufwändig zu realisieren und sollte daher nicht angewendet werden. Dem fragwürdigen Verhältnis von Aufwand und Nutzen entsprechend sind bereits bisher keine Anwendungsfälle bekannt. Änderungen, die erwarten lassen, dass das Verfahren künftig nennenswerte praktische Relevanz erhält, sind nicht ersichtlich.

### **Elektronische Auktionen (am Beispiel von Art. 35 RL 2014/24/EU)**

Nach Ansicht des BDI ist die elektronische Auktion bei richtlinienkonformer Durchführung kompliziert, aufwändig zu realisieren und sollte daher grundsätzlich nicht angewendet werden. Für Auftraggeber entstehen hohe Kosten für Bereitstellung und Support. Dem fragwürdigen Verhältnis von Aufwand und Nutzen entsprechend sind bereits bisher keine Anwendungsfälle bekannt. Darüber hinaus besteht ein Zielkonflikt zwischen dem billigsten Angebot durch elektronische Auktionen und der stärkeren Betonung strategischer Ziele.

Die Anwendung dieses seit Jahren viel diskutierten elektronischen Verfahrens kommt überhaupt nur für voll standardisierte Liefer- und Dienstleistungen in Betracht.

### **Vorherige Einbeziehung von Bewerbern oder Bietern (am Beispiel von Art. 41 RL 2014/24/EU)**

Art. 41 UAbs. 1 regelt die sog. Projektantenproblematik. Nach Ansicht des BDI ist es notwendig, dass der Auftraggeber seiner Pflicht, angemessene Maßnahmen zur Sicherstellung eines unverfälschten Wettbewerbs zu ergreifen, zum Schutz von Bietern vor einem späteren Ausschluss vom Vergabeverfahren effektiv nachkommt, vor allem, wenn Unternehmen auf Wunsch des Auftraggebers frühzeitig in die Vorhabenplanung involviert werden.

Art. 41 UAbs. 2 S. 1 erläutert die in Betracht kommenden Maßnahmen (Unterrichtung über einschlägige Informationen, Festlegung angemessener Fristen für den Eingang der Angebote und Ausschluss vom Verfahren). Der Ausschluss ist ultima ratio (Art. 41 UAbs. 2 S. 2).

Der BDI geht davon aus, dass weder Auftraggeber noch der vorbefasste Bieter bzw. Bewerber an einem Ausschluss wegen vorheriger Einbeziehung interessiert sind. Positiv ist daher die Festlegung, dass kein automatischer Ausschluss erfolgen darf, sondern eine Einzelfallprüfung des Auftraggebers erforderlich ist. Denn auch beratende Unternehmen, z. B. Planer bei Bauvorhaben, wollen sich oft um den entsprechenden Auftrag bewerben.

Begrüßt wird das in Art. 41 UAbs. 3 vorgesehene Recht des Bewerbers oder Bieters, vor einem beabsichtigten Ausschluss nachzuweisen, dass die Beteiligung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens den Wettbewerb nicht verzerren kann.

Der BDI weist darauf hin, dass eine Verkürzung der derzeit bestehenden Mindestfristen für den Eingang von Angeboten und Teilnahmeanträgen gemäß Art. 27-31 ablehnt wird. Eine solche Verkürzung wäre insbesondere bei der vorherigen Einbeziehung von Bewerbern oder Bietern kontraproduktiv.

### **Gütezeichen (am Beispiel von Art. 43 RL 2014/24/EU)**

Nach Ansicht der Industrie führt die Gütezeichenregelung zur Marktabschottung der Mitgliedstaaten untereinander und zu mehr Rechtsunsicherheit, weil die Mitgliedstaaten derzeit nationale Gütesiegel mit unterschiedlichen Anforderungen nutzen. KMU und Unternehmen, die sich nur gelegentlich an öffentlichen Aufträgen beteiligen, werden durch die Vorgabe von Gütesiegeln finanziell besonders belastet und möglicherweise abgehalten, sich an öffentlichen Aufträge zu beteiligen.

Problematisch ist aus Sicht der Industrie insoweit auch, dass bei der Forderung spezifischer Gütesiegel zwar gleichwertige Gütesiegel akzeptiert werden müssen (so Art. 43 Abs. 1 S. 3), nicht aber andere Nachweise. Hier regen wir an zu überlegen, ob mit Blick auf Transparenz und Nichtdiskriminierung gleichwertige (andere) Nachweise zugelassen werden können.

Als hinderlich erweist sich zudem, dass die nationale Gleichwertigkeit von Gütesiegeln festgestellt werden muss, wenn beispielsweise ein polnisches Gütezeichen gefordert wird, ein Unternehmen aber nur das entsprechende deutsche Gütezeichen besitzt. Wird ein nationales Gütezeichen gefordert, bestehen rechtliche Bedenken mit Blick auf eine unzulässige Diskriminierung und eine Vereinbarkeit der Richtlinie mit europäischem Primärrecht.

Der BDI erbittet vom Bundeswirtschaftsministerium insofern klarstellende Hinweise, welche Anforderungen an Auftragnehmer mit Blick auf die Vorgabe von Gütezeichen gestellt werden dürfen.

### **Varianten (am Beispiel von Art. 45 RL 2014/24/EU)**

Nach derzeitiger Rechtslage müssen Varianten bzw. Nebenangebote vom Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen zugelassen werden. Fehlt die Zulassung, sind Nebenangebote zwingend auszuschließen. Die neuen EU-Richtlinien ändern diese Praxis nicht. Der BDI bedauert dies. Zur Förderung innovativer Beschaffungen sowie der verstärkten Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen an Vergabeverfahren wäre eine Änderung der Regelung im Sinne einer automatischen Zulassung von Nebenangeboten, sofern diese nicht ausgeschlossen werden, wichtig gewesen. Allerdings bestimmt EG 48, dass aufgrund der Bedeutung von Innovationen Auftraggeber aufgefordert werden sollen, so oft wie möglich Varianten zuzulassen. Nach diesem Appellcharakter ist Art. 45 so zu verstehen, dass die Hürden für die Zulassung von Nebenangeboten möglichst niedrig anzusetzen sind.

## **Unterteilung von Aufträgen in Lose (am Beispiel von Art. 46 RL 2014/24/EU)**

Art. 46 sieht eine Losvergabe optional und bei Nichtgebrauch eine zwingende Begründungspflicht vor. Die derzeitige deutsche Regelung in § 97 Abs. 3 GWB geht darüber hinaus. Dies ist nach der Richtlinie zwar zulässig. Allerdings sollten die zweckmäßigen Überlegungen des Erwägungsrundes 78 bei der Anwendung der nationalen Vorschrift einbezogen werden. Als Gründe für eine Gesamtvergabe gelten danach beispielsweise, dass eine Aufteilung nach Auffassung des Auftraggebers den Wettbewerb beschränken könnte oder dass die Ausführung des Auftrags technisch übermäßig erschwert oder kostspielig würde, oder dass mit der Notwendigkeit zur Koordinierung der verschiedenen Auftragnehmer für die Lose die ernsthafte Gefahr einer Untergrabung der sachgerechten Ausführung des Auftrags verbunden sein könnte.

Der BDI sieht seine bisherige Positionierung zu § 97 Abs. 3 GWB i. d. F. des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.04.2009 durch den Erwägungsgrund 78 bestätigt. Seinerzeit hatte die deutsche Industrie argumentiert, dass die zwingende Vorgabe zur Losaufteilung zu einer Segmentierung der Aufträge führt, die sowohl bei Auftraggebern als auch bei Auftragnehmern zu mehr Bürokratie führen wird. Darüber hinaus wurde eine beträchtliche Erhöhung des Koordinierungsaufwands für Auftraggeber befürchtet, weil diese einheitliche Beschaffungsvorgänge künstlich aufspalten und getrennt voneinander vergeben müssen.

## **Ausschlussgründe (Art. 57 Abs. 4 RL 2014/24/EU)**

Angesichts der erheblichen wirtschaftlichen Konsequenzen muss im Interesse von Auftraggebern und Unternehmen auch künftig sichergestellt sein, dass kein Unternehmen leichtfertig vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wird. Um die europäischen Grundsätze der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit im Vergabeverfahren zu wahren, ist bei der nationalen Umsetzung sicherzustellen, dass insbesondere die fakultativen Ausschlussgründe von einem Vergabeverfahren hinreichend vergleichbar sind betreffend der notwendigen Schwere eines Rechtsverstoßes und des erforderlichen Nachweises durch den Auftraggeber. Ein Ausschluss kommt danach nur in Betracht, wenn der öffentliche Auftraggeber auf geeignete Weise nachweisen kann, dass ein Unternehmer im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, die dessen Integrität in Frage stellt (vgl. Art. 57 Absatz 4 c) RL 2014/24/EG).

## **Selbstreinigung (Art. 57 Abs. 6 RL 2014/24/EU)**

Die Einführung der Möglichkeit für Unternehmen, im Anschluss an ein regelwidriges Vorverhalten ihre Zuverlässigkeit durch bestimmte Maßnahmen nachzuweisen (sog. Selbstreinigung), wird ausdrücklich begrüßt. Die Regelung leistet einen wichtigen Beitrag zur Rechtsklarheit im Sektor der Korruptionsbekämpfung und -überwindung und zur Rechtssicherheit im Binnenmarkt für öffentliche Aufträge insgesamt.

Wichtig ist bei der Umsetzung in nationales Recht, dass die Voraussetzungen für die Selbstreinigung einheitlich geregelt werden. Wichtig ist ebenfalls, dass der Erfolg einer Selbstreinigung anhand objektiver Kriterien bestimmt wird. Dazu ist nach Ansicht der Industrie ein expliziter Maßnahmenkatalog erforderlich, der jeder Einzelfallprüfung zugrunde gelegt werden muss. Wenn des-

sen Voraussetzungen erfüllt sind, ist die Selbstreinigung als erfolgreich anzusehen und der betreffende Wirtschaftsteilnehmer nicht von dem Vergabeverfahren auszuschließen.

Art. 57 Abs. 6 knüpft an die Zahlung bzw. die Verpflichtung zur Zahlung eines Ausgleichs für verursachte Schäden an. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht des betroffenen Wirtschaftsteilnehmers, die Existenz und Höhe eines streitigen Schadensersatzanspruches vor einem ordentlichen Gericht im Rahmen eines Schadensersatzprozesses zu klären, durch den Selbstreinigungsprozess nicht beeinträchtigt wird.

### **Einheitliche europäische Eigenerklärung (Art. 59 RL 2014/24/EU)**

Die Einführung der einheitlichen europäischen Eigenerklärung als vorläufiger Nachweis, dass der Bewerber oder Bieter bestimmte Bedingungen erfüllt, wird als standardisierende Maßnahme grundsätzlich als hilfreich angesehen. Sie trägt dazu bei, dass die Nachweiserbringung bei grenzüberschreitenden Aufträgen erleichtert wird und baut Bürokratie ab.

Allerdings vermag die einheitliche europäische Eigenerklärung das Grundproblem nicht zu lösen, dass Eignungsnachweise oft unreflektiert und damit zu umfangreich abgefordert werden. Grundsätzlich gilt, dass sich jedermann rechtstreuhaltend verhält. Daher kommt es bei der Forderung von Eignungsnachweisen generell ganz entscheidend darauf an, dass diese zweckmäßig und angemessen sind und mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen (Art. 58 Abs. 1 S. 3) und darüber hinaus die allgemein für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Grundsätze Beachtung finden (Art. 18 Abs. 1).

Die Vorschrift des Art. 59 Abs. 4, nach dem ein Auftraggeber den Bieter oder Bewerber jederzeit während des Verfahrens zur Vorlage sämtlicher oder eines Teils der zusätzlichen Unterlagen auffordern kann, darf nicht dazu führen, dass während jeder Phase des Verfahrens alle Unterlagen beim Bieter oder Bewerber vorrätig sein müssen. Dies würde den Sinn und Zweck der einheitlichen europäischen Eigenerklärung konterkarieren. Hier ist daher eine Klarstellung erforderlich, dass der „jederzeitige“ Nachweis der Unterlagen nur bedeuten kann, dass der Auftraggeber eine angemessene Frist zur Beibringung der Unterlagen setzen muss.

### **Zuschlagskriterien (am Beispiel von Art. 67 RL 2014/24/EU)**

Der Zuschlag wird künftig auf das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ erteilt. Dieses kann entweder auf der Grundlage des „besten Preis-Leistungsverhältnisses“ oder allein auf der Grundlage des Preises oder der Kosten ermittelt werden.

Der BDI rät davon ab, von der den Mitgliedstaaten eröffneten Möglichkeit Gebrauch zu machen, die Anwendung des alleinigen Preis- oder Kostenkriteriums zur Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zu untersagen oder einzuschränken (Art. 67 Abs. 2 S. 4, 1. Teil). Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass für manche Auftragsvergaben nur der günstigste Preis/Kosten entscheidend ist. Dem Auftraggeber soll insofern die Möglichkeit belassen werden, bei der Festlegung der Grundlagen für das wirtschaftlich günstigste Angebot zu wählen.

Auch für die Beschränkung der alleinigen Kriterien Preis/Kosten nur auf bestimmte Auftraggeber oder bestimmte Arten von Aufträgen (Art. 67 Abs. 2 S. 4, 2. Teil) sieht der BDI national keinen Handlungsbedarf. Hier sollte dem

Auftraggeber ebenfalls die Wahl bei der Festlegung der Grundlagen für das wirtschaftlich günstigste Angebot überlassen bleiben.

Dass eine Verbindung der Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand auch gegeben sein soll, wenn der Herstellungsprozess betroffen ist (Art. 67 Abs. 3), sieht der BDI als zu weitgehend an. Eine Begrenzung erfährt dieser aus Sicht der deutschen Industrie zu weitgehende Auftragsgegenstandsbezug durch den Gedanken des Art. 67 Abs. 4, S. 2. Dieser schränkt die weite Zulassung von Zuschlagskriterien insofern ein, als der Auftraggeber nur Zuschlagskriterien vorgeben darf, die die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleisten und die überprüfbar sind.

### **Lebenszykluskostenrechnung (am Beispiel von Art. 68 RL 2014/24/EU)**

Der BDI begrüßt die stärkere Fokussierung auf die Berücksichtigung von Lebenszykluskosten. Es wird davon ausgegangen, dass unter die in Art. 68 bereits angeführten möglichen Lebenszykluskosten auch die Planungskosten fallen.

Macht ein Auftraggeber von der Möglichkeit der Lebenszykluskostenrechnung Gebrauch, kann dem eine Verkürzung der derzeit bestehenden Mindestfristen für den Eingang von Angeboten und Teilnahmeanträgen gemäß Art. 27-31 aufgrund der Komplexität der vom Bieter oder Bewerber bereitzustellen Daten für die Lebenszykluskostenrechnung entgegenstehen.

### **Strategische Aspekte (am Beispiel von Art. 70 i. V. m. Art. 67 Abs. 3, 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU)**

Der BDI tritt seit langem dafür ein, dass allgemeinpolitische bzw. „strategische“ Aspekte bei der Auftragsausführung nur berücksichtigt werden dürfen, wenn sie strikt auf den Auftragsgegenstand bezogen, d. h. direkt produkt- bzw. leistungsbezogen sind. Die Regelungen in Art. 70 und 67 Abs. 3 gehen darüber hinaus.

Es besteht die Gefahr, dass die unternehmerische Freiheit erheblich beeinträchtigt wird, wenn auf diese Weise in die Unternehmensführung „hineingeredet“ wird. Dies kann dazu führen, dass sich Unternehmen aus dem Markt um öffentliche Aufträge zurückziehen bzw. kleine und mittlere Unternehmen – entgegen der mit den Richtlinien beabsichtigten verstärkten Beteiligung von KMU – sich gar nicht erst an Ausschreibungen beteiligen.

Die deutsche Industrie lehnt es nach wie vor ab, dass politische Ziele allein über das Vergaberecht durchgesetzt werden. Dies sollte dem jeweiligen gesetzlichen Kontext vorbehalten bleiben. Sollen beispielsweise Sozialstandards erhöht werden, sollte dies im Wege der allgemeinen Sozialgesetzgebung erfolgen, nicht aber über den Umweg des öffentlichen Auftragswesens. Denn diesem werden damit erhebliche zusätzliche Schwierigkeiten aufgebürdet, die den Hauptzielen der öffentlichen Beschaffung – einer möglichst effizienten Bedarfsdeckung und dem fairen und unverzerrten Bieterwettbewerb – empfindlich zuwiderlaufen.

Werden beliebige politische Interessen allein über das Vergaberecht durchgesetzt, gefährdet dies zudem eine wirtschaftliche Beschaffung. Hinzu kommt, dass jede zusätzliche Anforderung an die Auftragsausführung die Vergabe verkompliziert und zu mehr Rechtsunsicherheit führt und in der Folge vermehrt mit Vergabenachprüfungsverfahren gerechnet werden muss.

Nötig ist daher eine wirtschaftlich vernünftige Eingrenzung der Definition und Reichweite strategischer Aspekte. Strategische Aspekte sind danach insofern hinnehmbar, als sie im Rahmen des geltenden Rechts (z. B. ratifiziertes Recht) gefordert werden. Denn jedes Unternehmen muss sich an geltendes Recht halten.

Auch wenn das Diskriminierungsverbot nicht mehr ausdrücklich in Art. 70 der Richtlinie erwähnt wird, gilt es dennoch wegen der Grundfreiheiten des AEUV und der Erwägungsgründe. Der BDI regt daher an, das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Rechtsklarheit bei der nationalen Umsetzung von Art. 70 S. 2 wie folgt ergänzend aufzunehmen: „Diese Bedingungen können wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange umfassen, *soweit sie mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts vereinbar sind.*“

### **Unterauftragsvergabe (am Beispiel von Art. 71 RL 2014/24/EU)**

Der BDI lehnt die in Art. 71 Abs. 3 vorgesehene Möglichkeit der Direktzahlung an Unterauftragnehmer ab.

Die Möglichkeit des Auftraggebers, eine Zahlung direkt an den Unterauftragnehmer vorzunehmen, läuft dem grundlegenden Prinzip der Gegenseitigkeitspflicht im deutschen Zivilrecht zuwider, das bei der Vertragsabwicklung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer einerseits und zwischen Auftragnehmer und Unterauftragnehmer andererseits gilt und nach dem sich grundsätzlich jeder an seinen Vertragspartner zu halten hat.

Die Regelung zur Direktzahlung mag vordergründig für Unterauftragnehmer von Vorteil sein. Sie kann aber auch erhebliche Probleme aufwerfen, wenn der Auftraggeber auf Wunsch des Unterauftragnehmers direkt zahlt, jedoch noch vertragliche Ansprüche des Auftragnehmers an den Unterauftragnehmer, z. B. wegen Schlechtleistung, bestehen. Eine direkte Zahlung an den Unterauftragnehmer darf keinesfalls dazu führen, dass dem Auftragnehmer noch zustehende Rechte durch die Direktzahlung des Auftraggebers an den Unterauftragnehmer verlustig gehen.

Zudem ist eine rechtssichere Zahlung durch den Auftraggeber mit befreiender Wirkung unsicher. Es ist nicht auszuschließen, dass die Regelung bei unangemessener Direktzahlung des Auftraggebers an den Unterauftragnehmer zu Regressansprüchen gegen den Auftraggeber führt. Dem Auftraggeber ist grundsätzlich nicht bekannt, wie hoch der Zuschlag des Auftragnehmers auf die Leistung des Unterauftragnehmers ist. Hier besteht ein Risiko des Auftraggebers, dass dieser zu viel oder zu wenig zahlt.

Eine Direktzahlung an Unterauftragnehmer ist auch aus insolvenzrechtlichen Gründen bedenklich, da sie vom Insolvenzverwalter angefochten werden kann. Der Auftraggeber trägt dann das Insolvenzrisiko.

Im Übrigen ist die Regelung zur Direktzahlung nicht immer KMU-freundlich. So kommt es durchaus vor, dass Auftragnehmer ein spezialisiertes KMU ist, während der ein großes Unternehmen als Unterauftragnehmer beteiligt ist (Bsp. Feuerwehrfahrzeuge).

### **Kündigung (am Beispiel von Art. 73 RL 2014/24/EU)**

Es fehlt eine Ausgleichsregelung, dass bei einer Kündigung aufgrund Rechtsverstoßes gemäß Art. 73 Buchst. a und c dem gutgläubigen Vertragspartner ein Schadensersatzanspruch zusteht; denn ein Gemeinschaftsrechtsverstoß eines Auftraggebers darf nicht im Ergebnis durch ein Kündigungsrecht des Auftraggebers „belohnt“ werden, ohne dass der Auftragnehmer, wenn er keine Kenntnis von dem Rechtsverstoß des Auftraggebers hatte, zweifelsfrei Ersatz für im Vertrauen auf den Bestand des Vertrags getätigte Aufwendungen bzw. ihm durch die Kündigung entstandenen Schaden beanspruchen kann. Im Sinne der Vermeidung von Rechtsunklarheiten ist hierzu eine ergänzende, ausdrückliche Regelung erforderlich. Zumindest der Kündigungsgrund nach Art. 73 Buchst. a muss als „freie“ Kündigung behandelt werden, bei der der Auftragnehmer seinen Anspruch auf Vergütung, abzüglich ersparter Aufwendungen, behält.