



# Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch  
den Ausschuss Vergaberecht

zur Umsetzung des Richtlinienpakets zur Reform des  
Vergaberechts

Stellungnahme Nr.: 11/2014

Berlin, im März 2014

## **Mitglieder des Ausschusses**

- Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting, Frankfurt/Main  
(Vorsitzender)
- Rechtsanwältin Gritt Diercks-Oppler, Hamburg
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Marius Raabe, Kiel
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Stickler, Leipzig
- Rechtsanwalt Bernhard Stolz, München
- Rechtsanwältin Dr. Andrea Vetter, Stuttgart

## **Zuständig in der DAV-Geschäftsführung**

- Rechtsanwältin Bettina Bachmann, DAV-Berlin

### **Deutscher Anwaltverein**

Littenstraße 11, 10179 Berlin  
Tel.: +49 30 726152-0  
Fax: +49 30 726152-190  
E-Mail: [dav@anwaltverein.de](mailto:dav@anwaltverein.de)

### **Büro Brüssel**

Rue Joseph II 40  
1000 Brüssel, Belgien  
Tel.: +32 2 28028-12  
Fax: +32 2 28028-13  
E-Mail: [bruessel@eu.anwaltverein.de](mailto:bruessel@eu.anwaltverein.de)  
Registernummer: 87980341522-66

## Verteiler

---

- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages
- Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA)
- CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag
- Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- Deutscher Vergütungsausschuss 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 Verwaltungsrichterrinnen (BDVR)
- DAV-Vorstand und Geschäftsführung
- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
- NZBau - Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht
- IBR Immobilien- und Baurecht
- Redaktion NVwZ
- Redaktion NJW

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

---

## **I. Einleitung**

Nach Beschlussfassung im Europäischen Parlament am 15.01.2014 und im Rat am 11.02.2014 wird mit der Veröffentlichung des Richtlinienpakets zur Reform des EU-Vergaberechts im Amtsblatt der EU eine zweijährige Frist zur Umsetzung in das nationale Recht beginnen. Eine zeitnahe Umsetzung unter Einhaltung dieser Frist ist unbedingt anzustreben, um einen Zustand zu vermeiden, wie er vorübergehend nach Ablauf der Frist zur Umsetzung der RI. 2009/81/EG eingetreten war. Eine Übergangszeit, in der bestimmte Vorschriften der neuen Richtlinien direkt anwendbar sind, wäre mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden.

Die Vorschriften der neuen Richtlinien sollten möglichst schlank und geradlinig (1:1) in das deutsche Recht umgesetzt werden. Die Verbindung mit weiteren vergaberechtspolitisch motivierten Änderungen oder eine „interpretierende“ Umsetzung sind weder geeignet, Rechtssicherheit herbeizuführen noch trägt eine Verknüpfung der Umsetzung mit rechtspolitisch umstrittenen Themen zur unbedingt erforderlichen zeitnahen Umsetzung bei.

Bei der Umsetzung sollten wegen nach wie vor bestehender Ungenauigkeiten der deutschen Übersetzung des Richtlinien textes auch die Textfassungen in anderen Amtssprachen, insbesondere der englische und französische Text, berücksichtigt werden.

## **II. Zur Allgemeinen Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (AVR)**

### **1. Ausnahmetatbestände (Art. 10)**

In Art. 10 AVR sind Ausnahmetatbestände für bestimmte Dienstleistungsaufträge normiert, die nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Nach der Abschaffung der Differenzierung zwischen prioritären und nicht prioritären Dienstleistungen hatte es sich als notwendig erwiesen, diejenigen Dienstleistungen, die sich von ihrem Gegenstand her einer Ausschreibung nach den Regeln der Richtlinie entziehen, von deren Anwendungsbereich auszunehmen, soweit nicht die Anwendung des vereinfachten Verfahrens zur Vergabe dieser Dienstleistungsaufträge nach Art. 74 ff. AVR in Betracht kam. In aller Regel wird daher hinsichtlich dieser Aufträge auch ein „eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse“, das nach der Rechtsprechung des EuGH zur Anwendbarkeit der Regeln des EU-Primärrechts auf die Auftragsvergabe führt, nicht bestehen. Der DAV plädiert dafür, die Entscheidung des Richtliniengabers zu respektieren und auch im nationalen Recht die Nichtanwendbarkeit des Vergaberechts auf diese Dienstleistungskategorien uneingeschränkt nachzuvollziehen und keine weitergehenden Verfahrensvorschriften zu normieren.

### **2. In-House-Geschäfte und In-State-Geschäfte (Art. 12)**

Die neue Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe regelt in Art. 12 AVR unter der Überschrift „Öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors“ erstmals die sehr konflikträchtigen und für die Verwaltungsorganisation praktisch bedeutsamen Fallgestaltungen der In-House-Geschäfte zwischen öffentlichen Auftraggebern und von ihnen kontrollierten Einrichtungen sowie der Kooperation zwischen mehreren öffentlichen Auftraggebern (In-State-Geschäfte, insbesondere interkommunale Zusammenarbeit). Zu beiden Fallgruppen hat der EuGH in seiner Rechtsprechung ungeschriebene Ausnahmetatbestände von der Anwendung des Vergaberechts entwickelt, welche an den Begriff des öffentlichen Auftrags anknüpfen.

Wie es in den Begründungserwägungen Nr. 31 und 32 zur Allgemeinen Vergaberichtlinie richtig heißt, bestehen insoweit jedoch relevante Auslegungsunsicherheiten. Es ist zu begrüßen, dass durch die erstmalige Regelung in der Richtlinie selbst ein erhöhtes Maß an Rechtssicherheit und Handhabbarkeit für die Anwender geschaffen werden soll (vgl. schon DAV-Stellungnahme Nr. 7/12). Die in der Richtlinie enthaltenen Regelungen nehmen die bisherige Rechtsprechung des EuGH auf und verfolgen dabei eine relativ liberale Linie, die auch Ergebnis des Gesetzgebungsprozesses im Trilog ist.

- 2.1 Der DAV empfiehlt eine Umsetzung der Regelungen von Art. 12 der Allgemeinen Richtlinie sowie von Art. 28 der Sektorenrichtlinie und Art. 17 der Konzessionsrichtlinie unmittelbar auf bundesgesetzlicher Ebene, um eine einheitliche Handhabung zu begünstigen und zudem den Landesgesetzgebern eine einfache Anordnung der entsprechenden Anwendung für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte durch Verweis zu erleichtern.
- 2.2 Der DAV empfiehlt grundsätzlich eine möglichst wortlautgetreue Umsetzung der Regelungen von Art. 12 AVR. Der europäische Gesetzgeber hat zwar viele, aber (naturgemäß) nicht alle offenen Fragen im Problemkreis einer ausdrücklichen Regelung zugeführt. Es ist daher damit zu rechnen, dass der EuGH weitere Einzelfragen klären muss.

Das betrifft etwa die Frage, wie die in der Rechtsprechung des EuGH bislang nicht aufgestellte, jetzt aber in Art. 12 Abs. 4 Buchst. c AVR enthaltene Anforderung an eine vergabefreie Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber (In-State-Geschäfte) zu verstehen ist, dass die beteiligten öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt weniger als 20 % „der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten“ ausführen.

- 2.3 Im Zusammenhang mit der Regelung zu In-House-Geschäften hat der Richtliniengeber die Fälle der Kontrolle durch einen einzigen öffentlichen Auftraggeber sowie die Fälle der gemeinsamen Kontrolle durch mehrere öffentliche Auftraggeber jeweils in verschiedenen Absätzen geregelt. Hier könnte zur Erleichterung der Lesbarkeit und Handhabbarkeit erwogen werden, die Regelungen rechtstechnisch zusammenzufassen.

Dabei ist allerdings darauf zu achten, dass besondere Anforderungen, die nur für die Fälle der gemeinsamen Kontrolle in der Richtlinie enthalten sind, nicht auf den Fall der alleinigen Kontrolle erweitert werden. Das betrifft namentlich die Anforderung von Art. 12 Abs. 3 Unterabs. 2 iii), dass die kontrollierte juristische Person keine anderen Interessen verfolgt als die kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber.

### **3. Eignungskriterien (Art. 18)**

Der Richtlinienentwurf enthält in Art. 18 Abs. 2 AVR die Aufforderung an die Mitgliedstaaten, geeignete Maßnahmen zu treffen, um für die Einhaltung der geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge zu sorgen.

In Art. 57 ff. der Richtlinie sind die Eignungskriterien aufgeführt, deren Nichteinhaltung zum Ausschluss von Bewerbern aus dem Vergabeverfahren führen kann.

Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie ist nach Auffassung des DAV so zu verstehen, dass bei der Ausführung der Aufträge auf die Einhaltung geltender Rechtsvorschriften zu achten ist, also letztlich deklaratorisch dazu aufgefordert wird, die Einhaltung geltender Rechtsvorschriften zu überwachen. Die Norm hat damit vergaberechtlich keinen zusätzlichen Regelungsgehalt. Der DAV rät davon ab, durch Anforderung von Eigenerklärungen im Vergabeverfahren die Bestätigung über die Einhaltung ohnehin geltender Vorschriften einzuholen. Bieter, die sich in der Vergangenheit nicht rechtstreu verhalten haben, werden im Rahmen der Eignungsprüfung die Anforderungen nicht erfüllen.

### **4. Verhältnis des offenen Verfahrens zum nichtoffenen Verfahren (Art. 26)**

Nach Art. 26 Abs. 2 AVR schreiben die Mitgliedstaaten vor, dass die öffentlichen Auftraggeber offene oder nichtoffene Verfahren nach Maßgabe der Richtlinien anwenden können. Weitere Vorgaben zur Zulässigkeit des offenen oder nichtoffenen Verfahrens nennt der Entwurf nicht.

Wie bereits bisher (Art. 28 Unterabs. 2 Satz 1 Richtlinie 2004/18/EG) sind das offene und das nichtoffene Verfahren somit aus Sicht des Richtliniengebers gleichwertig. Das nichtoffene Verfahren ist stets, ohne besondere Voraussetzungen, zulässig.

Bekanntermaßen weicht das deutsche Recht in § 101 Abs. 7 Satz 1 GWB hiervon ab. Danach haben öffentliche Auftraggeber stets das offene Verfahren anzuwenden, es sei denn, aufgrund des GWB sei etwas anderes gestattet. Entsprechende Regelungen finden sich in den Vergabeordnungen. Nach § 3 EG Abs. 2 und 3 VOB/A und § 3 EG Abs. 1 und 2 VOL/A ist das nichtoffene Verfahren lediglich in bestimmten Ausnahmefällen zulässig.

Diese Unterscheidung im deutschen Recht wird damit begründet, dass das offene Verfahren den Gedanken des Wettbewerbs und der Transparenz eher entspricht als das nichtoffene Verfahren und daher vorzugswürdig sei. Andererseits ist das offene Verfahren für Auftraggeber wie für Bieter mit erhöhtem Aufwand verbunden. Der Auftraggeber erhält unter Umständen eine Vielzahl von Angeboten, die er vollständig werten muss. Andererseits müssen alle Bieter den für die Erstellung eines Angebots erforderlichen Aufwand betreiben, obwohl die Erfolgsaussichten vor dem Hintergrund der Vielzahl der möglichen Wettbewerber gering sein können. Im nichtoffenen Verfahren wird hingegen eine überschaubare Anzahl von Angeboten eingereicht. Dies führt zu einem geringeren Aufwand des Auftraggebers und zu höheren Erfolgchancen der Bieter.

Diese Überlegungen sprechen dafür, den europäischen Vorgaben zu folgen und dem Auftraggeber die Wahl zwischen offenen und nichtoffenen Verfahren freizustellen. Mögliche Beeinträchtigungen des Wettbewerbs werden durch übersichtlichere Vergabeverfahren und höhere Erfolgsaussichten derjenigen Bieter, die sich dem Aufwand einer Angebotserstellung unterziehen, kompensiert. Insbesondere bliebe es dem Auftraggeber unbenommen, ein offenes Verfahren durchzuführen, wenn er sich hiervon im Einzelfall einen größeren Wettbewerb zwischen den Bietern verspricht.

## 5. **Zentrale Beschaffungsstellen (Art. 37 )**

Art. 37 AVR eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, Zentrale Beschaffungsstellen einzurichten, die entweder – als eine Art Zwischenhändler – Waren und Dienstleistungen im Wege eines Vergabeverfahrens im eigenen Namen erwerben und an andere öffentliche Auftraggeber – ohne Vergabeverfahren – weiter veräußern (Zentrale Beschaffungstätigkeit gem. Art. 2 Abs. 14 a AVR) oder im Namen anderer öffentlicher Auftraggeber Einzelaufträge oder Rahmenvereinbarungen vergeben oder dynamische Beschaffungssysteme installieren (Zentrale Beschaffungstätigkeit gem. Art. 2 Abs. 14 b AVR).

Wenn Deutschland von der Option der Einrichtung Zentraler Beschaffungsstellen nach Art. 37 Abs. 1 Unterabs. 1 AVR Gebrauch macht, sollte diese Befugnis auf standardisierte Leistungen beschränkt werden.

Bei der Bündelung von Nachfragemacht sind kartellrechtliche Grenzen zu beachten, die insoweit maßgeblichen Grundsätze sollten klargestellt werden. Klargestellt werden sollte auch, dass der Grundsatz der Losvergabe auch bei der Tätigkeit Zentraler Beschaffungsstellen zu beachten ist.

Die Dienstleistung Zentraler Beschaffungsstellen für die öffentlichen Auftraggeber muss durch diese als deren Nutzer finanziert werden. Provisionsvereinbarungen der Zentralen Beschaffungsstellen mit Lieferanten sollten ausdrücklich untersagt werden.

Wird die Einrichtung Zentraler Beschaffungsstellen zugelassen, die im Sinne von Art. 2 Abs. 14 b AVR (Vergabe im Namen anderer öffentlicher Auftraggeber) tätig werden, ist zu beachten, dass

- bei den Bietern Klarheit über den Vertragspartner besteht,
- Ermessens- oder Beurteilungsspielräume entweder von dem öffentlichen Auftraggeber, in dessen Namen der Auftrag vergeben wird, selbst ausgeübt werden oder klar und transparent auf die Zentrale Beschaffungsstelle delegiert werden und

- in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen die jeweils örtlich zuständige Vergabekammer angegeben wird und unklare oder falsche Angaben über die zuständige Vergabekammer den Rechtsschutz der Bieter nicht beeinträchtigen dürfen.

Es sollte insbesondere geregelt werden, welche Vergabekammer bei der Vergabe von Rahmenvereinbarungen oder der Installierung dynamischer Beschaffungssysteme für mehrere öffentliche Auftraggeber durch eine zentrale Beschaffungsstelle und welche Vergabekammer bei der nachfolgenden Einzelauftragsvergabe durch einen dieser öffentlichen Auftraggeber zuständig ist.

## **6. Nebenangebote (Art. 45 )**

Der Zulassung von Nebenangeboten (Varianten) kommt hinsichtlich des Ziels, Innovationen verstärkt zu fördern, eine ausschlaggebende Bedeutung zu. Der DAV plädiert deshalb in Übereinstimmung mit dem Erwägungsgrund 48 der AVR dafür, die öffentlichen Auftraggeber dazu anzuhalten, so oft wie möglich Nebenangebote zuzulassen. Die Möglichkeit, die Vorlage von Nebenangeboten vorzuschreiben, wird hingegen kritisch beurteilt, weil sich eine solche Vorgabe wettbewerbsbeschränkend auswirken und zu nicht ernst gemeinten Nebenangeboten führen kann.

Die Vergangenheit hat gezeigt, dass die rechtlichen Schwierigkeiten, die mit der Zulassung und Wertung von Nebenangeboten verbunden sind, öffentliche Auftraggeber häufig davon abgehalten haben, diese zuzulassen. Es erscheint deshalb notwendig, klar und eindeutig zu regeln, unter welchen Voraussetzungen Nebenangebote zugelassen und gewertet werden können.

Entsprechend der Richtlinienvorschrift sollte geregelt werden, dass Nebenangebote in der Bekanntmachung zugelassen werden müssen und in den Vergabeunterlagen inhaltliche Mindestanforderungen, die Nebenangebote erfüllen müssen, anzugeben sind.

Die am alten Richtlinien text (Art. 24 Abs. 1 VKR) aufgehängte Streitfrage (siehe Divergenzvorlagebeschluss des Thüringer OLG vom 16.09.2013 – 9 Verg 3/13), ob Nebenangebote nur zugelassen werden dürfen, wenn der Preis nicht das alleinige Zuschlagskriterium ist, stellt sich nach der Neuregelung so nicht mehr. Nunmehr muss jedoch dafür gesorgt werden, "dass die gewählten Zuschlagskriterien auf die Varianten angewandt werden können, ... sowie auf übereinstimmende Angebote, die keine Varianten sind." Unklar erscheint, ob damit gemeint ist, dass Zuschlagskriterien gewählt werden müssen, die eine Bewertung der inhaltlichen Unterschiede von Haupt- und Nebenangeboten ermöglichen, oder ob damit lediglich klar gestellt wird, dass eine unterschiedslose Anwendung der Zuschlagskriterien auf Haupt- und Nebenangebote möglich sein muss, was auch für das Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises zutreffen würde. Der DAV plädiert dafür, dass diese Frage im Zuge der Umsetzung eindeutig im Sinne der Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 07.01.2014- X ZB 15/13) geregelt wird. Danach müssen bei der Zulassung von Nebenangeboten Wertungskriterien vorgesehen werden, die es ermöglichen, das Qualitätsniveau von Nebenangeboten mit dem für die Hauptangebote vorausgesetzten Standard zu vergleichen.

In der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.07.2008 – Verg W 10/08; OLG München, Beschluss vom 09.09.2010 – Verg 16/10) ist gegenwärtig streitig, ob neben der Prüfung der Erfüllung der Mindestanforderungen auch noch ein allgemeiner Gleichwertigkeitsvergleich zwischen Nebenangeboten und Hauptangeboten erforderlich bzw. zulässig ist. In der Praxis werden Nebenangebote häufig mit dem - faktisch nicht justiziablen – Argument der fehlenden Gleichwertigkeit abgelehnt, mit der Folge, dass Bieter deshalb häufig von vorneherein von der Abgabe von Nebenangeboten absehen. Die neue Richtlinienvorschrift enthält keine Regelung, wonach Nebenangebote gleichwertig sein müssen. Dort ist lediglich vorgesehen, dass "Varianten mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen" müssen (Art. 45 Abs. 1 AVR). Auch der BGH (a.a.O.) hat das Kriterium der Gleichwertigkeit als unzureichend transparent angesehen.

Es sollte dementsprechend klar gestellt werden, dass Nebenangebote, die mit dem ausgeschriebenen Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und die vorgegebenen Mindestanforderungen erfüllen, wie Hauptangebote anhand der vorgegebenen Zuschlagskriterien zu bewerten sind.

## **7. Lose (Art. 46 )**

Die Entwürfe der Vergabe- und die Sektorenrichtlinie haben die Verpflichtung zur losweisen Vergabe in das Ermessen des jeweiligen Mitgliedstaates gestellt (Art. 46 Abs. 3 und 4 AVR). Die Konzessionsrichtlinie setzt die Aufteilung in Lose – z.B. bei der Schwellenwertberechnung – implizit voraus. Die gegenwärtigen Regelungen des § 97 Abs. 3 GWB enthalten bereits Teile der Regelungen der Richtlinienentwürfe. Es fehlen allerdings konkrete Regelungen zu den Ausnahmen von der losweisen Vergabe.

Der DAV spricht sich dafür aus, von den den Mitgliedstaaten in Art. 46 Abs. 3 und Abs. 4 eingeräumten Möglichkeiten Gebrauch zu machen und – wie schon bisher im deutschen Recht – den Grundsatz der losweisen Vergabe zu statuieren, aber im Interesse der Wirtschaftlichkeit unter spezifischen Voraussetzungen auch eine zusammenfassende Gesamtvergabe auf ein Kombinationsangebot zu ermöglichen.

## **8. Ausschlussgründe/Selbstreinigungsmaßnahmen (Art. 57)**

Art. 57 AVR regelt zwingende Ausschlussgründe, die nach dem Ermessen des öffentlichen Auftraggebers zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren führen. Den Mitgliedstaaten sind dabei an mehreren Stellen Freiräume eingeräumt worden, Ausnahmen von einem zwingenden Ausschluss vorzusehen oder fakultative Ausschlussgründe zu zwingenden Ausschlussgründen zu machen. Die Bedingungen für die Anwendung des Art. 57 AVR haben die Mitgliedstaaten nach Art. 55 Abs. 7 durch Gesetz, Verordnung oder Verwaltungsvorschrift unter Beachtung des Unionsrechts festzulegen. Sie haben dabei auch den höchst zulässigen Zeitraum des Ausschlusses eines Wirtschaftsteilnehmers aufgrund der in Art. 57 genannten Gründe zu regeln, soweit der Wirtschaftsteilnehmer keine „Selbstreinigungsmaßnahmen“ i. S. d. Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie getroffen hat.

Mit Blick auf die den Mitgliedstaaten eröffneten Regelungsmöglichkeiten empfiehlt der DAV eine möglichst einheitliche Regelung der zwingenden und fakultativen Ausschlussgründe für alle Arten der zu vergebenden Aufträge. Dies ist nicht gewährleistet, wenn es wie bislang bei einer Regelung der Ausschlussgründe in der VOB/A, VOL/A oder VOF bleibt. Nach Art. 55 Abs. 7 AVR muss zu den Ausschlussgründen nunmehr auch geregelt werden, für welchen höchst zulässigen Zeitraum sie ab dem Tag der rechtskräftigen Verurteilung bzw. ab dem betreffenden Ereignis zum Ausschluss des Angebots aus der Wertung führen müssen bzw. können. Diese Regelung muss im Zusammenhang mit den Ausschlussgründen getroffen werden.

Darüber hinaus gibt Art. 57 Abs. 7 AVR allerdings Anlass, die Diskussion um eine bundeseinheitliche gesetzliche Regelung zu Korruptionsregistern fortzuführen. Die jetzigen unterschiedlichen Regelungen zu landesweiten Korruptionsregistern, informellen Auftragssperren und dergleichen sind insbesondere mit Blick darauf, dass Wirtschaftsteilnehmer bundesweit Angebote abgeben, nicht praktikabel. Da mit Einträgen in einem Korruptionsregister schwerwiegende Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer verbunden sind, muss die Regelung durch den Gesetzgeber getroffen werden. Auch muss Sorge für ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten getragen werden.

## **9. Zuschlagskriterien (Art. 67)**

- 9.1 Nach Erwägungsgrund 89 ist der Begriff der Zuschlagskriterien ein zentraler Begriff der Vergaberichtlinie. Zu Recht wird betont, es sei wichtig, dass die diesbezüglichen Bestimmungen so einfach und übersichtlich wie möglich dargestellt werden.
- 9.2 Anders als im bisherigen Art. 53 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 sind das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ und „ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises“ keine Alternativen mehr.

Art. 67 Abs. 1 AVR regelt vielmehr, dass der Zuschlag auf der Grundlage des wirtschaftlich günstigsten Angebots zu erteilen ist. Art. 67 Abs. 2 regelt dann, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses oder aber auch allein auf der Grundlage entweder des Preises oder der Kosten-Wirksamkeit-Ansatzes ermittelt werden kann (siehe auch Erwägungsgrund 89). Der Begriff des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ ist damit ein übergeordneter Begriff sowohl für die Fälle, in denen nur der Preis oder die Kosten als Zuschlagskriterium festgelegt sind als auch für die Fälle, in denen das beste Preis-Leistungs-Verhältnis unter Einbeziehung qualitativer, umweltbezogener und/oder sozialer Aspekte bewertet wird.

Diese Klarstellung ist ebenso wie die beispielhafte Aufführung der denkbaren qualitativen, umweltbezogenen und/oder sozialen Aspekte zu begrüßen. Ebenso ist es zu begrüßen, dass in Art. 67 Abs. 3 AVR klargestellt wird, unter welchen Voraussetzungen qualitative, umweltbezogene und/oder soziale Aspekte so in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen, dass sie als Zuschlagskriterien bestimmt werden können.

Der DAV begrüßt es, wenn diese Begriffsklärungen und Kriterien zur Bestimmung zulässiger Zuschlagskriterien bei der Umsetzung in das nationale Recht einheitlich für alle Arten von Aufträgen „zusammenfassend“ im Gesetz geregelt werden. Die bisherige sehr knappe Regelung in § 97 Abs. 5 GWB, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird, sollte durch eine umfassende gesetzliche Regelung zu den Zuschlagskriterien – möglichst in einem eigenen Paragraphen – ersetzt werden.

- 9.3 Bei der Umsetzung in das nationale Recht sollte von der durch Art. 67 Abs. 2 Satz 4 eröffneten Regelungsmöglichkeit, vorzusehen, dass die öffentlichen Auftraggeber nicht den Preis oder die Kosten allein als einziges Zuschlagskriterium verwenden dürfen oder deren Verwendung auf bestimmte Kategorien von öffentlichen Auftraggebern oder bestimmte Arten von Aufträgen zu beschränken, kein Gebrauch gemacht werden.

Ein generelles Verbot, den Preis oder die Kosten als einziges Zuschlagskriterium zu verwenden, widerspricht praktischen Bedürfnissen, in der Praxis ist der Preis häufig das alleinige Zuschlagskriterium. Dies ist insbesondere bei „einfachen“ Beschaffungen sinnvoll.

Der Ausschluss des Preises als einzigem Zuschlagskriterium für bestimmte Kategorien von öffentlichen Auftraggebern oder bestimmte Arten von Aufträgen würde in der Praxis zu neuen Abgrenzungsproblemen führen, die das Risiko von Vergabefehlern erhöhen.

- 9.4 Nach Art. 67 Abs. 2 Satz 2 Buchst. b kann das beste Preis-Leistungs-Verhältnis auch unter Einbeziehung der Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals bestimmt werden, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann. Der DAV begrüßt es, dass die Möglichkeit, die Organisation, Qualifikation und Erfahrung der Mitarbeiter, die für die Ausführung des betreffenden Auftrags eingesetzt werden, als Zuschlagskriterium zugrunde zu legen, für alle Arten von öffentlichen Aufträgen eröffnet ist und nicht – wie noch im Vorschlag für die Richtlinie von 2011 vorgesehen – nur bei Dienstleistungsaufträgen und Aufträgen für die Konzeption von Bauarbeiten. Die Möglichkeit, die Qualität des eingesetzten Personals als Zuschlagskriterium bei allen Arten von öffentlichen Aufträgen vorzusehen, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, vermeidet Abgrenzungsprobleme, die regelmäßig zu einem erhöhten Risiko von Vergabefehlern führen. Dass die Qualität des eingesetzten Personals vorrangig bei Aufträgen für geistig-schöpferische Dienstleistungen wie Beratungstätigkeiten oder Architektenleistungen relevant ist, wird im Erwägungsgrund 94 erwähnt. Daraus ergibt sich eine Auslegungs- und Anwendungshilfe.

- 9.5 § 4 Abs. 2 Satz 2 und 3 VgV und § 5 Abs. 1 Satz 2 und 3 VgV lassen die Berücksichtigung der Qualifikation des Leistungserbringers bei nachrangigen Dienstleistungen schon heute zu. Eine Doppelregelung in der Vergabeverordnung war dabei deshalb erforderlich, weil § 4 VgV die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen unter Anwendung der VOL/A regelt und § 5 die Vergabe freiberuflicher Leistungen unter Anwendung der VOF.

Solche inhaltsgleichen Doppelregelungen sind wenig anwenderfreundlich. Der DAV regt deshalb auch insoweit an, Art. 67 der Richtlinie für alle Arten von zu vergebenden Aufträgen einheitlich möglichst im Gesetz umzusetzen.

- 9.6 Dabei sollte allerdings auf die in § 4 Abs. 2 Satz 3 VgV und § 5 Abs. 1 Satz 3 VgV vorgesehene Beschränkung verzichtet werden, dass die Gewichtung der Organisation, der Qualifikation und der Erfahrung des mit der Durchführung des betreffenden Auftrags betrauten Personals zusammen 25 % der Gewichtung aller Zuschlagskriterien nicht überschreiten soll. Die Richtlinie sieht eine entsprechende Beschränkung nicht vor. Deshalb bestehen erhebliche Zweifel, ob eine gesetzliche oder verordnungsrechtliche Regelung einer solchen Höchst-Gewichtungsvorgabe mit der Richtlinie vereinbar wäre. Danach kann die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals zwar nur als Zuschlagskriterium vorgesehen werden, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann. Liegt diese Voraussetzung jedoch vor, beschränkt die Richtlinie die Gewichtung dieses Zuschlagskriteriums im Verhältnis zu anderen Zuschlagskriterien nicht.

Ungeachtet der Frage, ob eine Gewichtungsvorgabe mit der Richtlinie vereinbar wäre, lehnt der DAV – wie bereits in der Stellungnahme Nr. 38/2013 vom Juli 2013 zum Entwurf der 7. Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeführt - gesetzgeberische Vorgaben für die Gewichtung von Zuschlagskriterien grundsätzlich ab. Solche Vorgaben erhöhen das Risiko von Vergabefehlern, ohne dass mit der Gewichtungsvorgabe ein nennenswerter Vorteil verbunden wäre. Die Ausgestaltung als „Sollbestimmung“ birgt zudem das Risiko vergaberechtlicher Auseinandersetzungen darüber, unter welchen Voraussetzungen ein atypischer Ausnahmefall vorliegt.

Hinzu kommt, dass eine starre Prozentvorgabe für eine Maximalgewichtung der Qualifikation des eingesetzten Personals keine hinreichende Berücksichtigung des Einzelfalls ermöglicht. Eine Gewichtung von Zuschlagskriterien ist nur mit Blick auf den konkreten Einzelfall sachgerecht möglich. Insbesondere in Fällen, in denen ein Preiswettbewerb wegen gesetzlicher Honorarordnungen weitgehend ausgeschaltet ist, kann es geboten sein, die qualitative Seite entsprechend höher zu gewichten. Auch Art. 67 Abs. 2 Satz 3 der Richtlinie spricht ausdrücklich den Fall an, dass der Wettbewerb um Aufträge „nur noch“ im Hinblick auf Qualitätskriterien zu führen ist, wenn das Kostenelement in Form von Festpreisen oder Festkosten berücksichtigt wird. In diesen Fällen kann eine starre Vorgabe der maximalen Gewichtung eine sachgerechte Vergabe erheblich erschweren oder gar unmöglich machen. Ob ein solcher Fall als atypischer Fall eine Abweichung von der Sollbestimmung zulässt, müsste erst in der Rechtsprechung geklärt werden. Dies kann vermieden werden, wenn auf Gewichtungsvorgaben gänzlich verzichtet wird.

Problematisch wäre zudem die Vorgabe der maximalen Gewichtung in Prozent. Je nachdem, welche Wertungsskala und Wertungsmethodik die Vergabestelle wählt, kann die Überprüfung der Einhaltung der Obergrenze erhebliche Probleme bereiten.

## **10. Vertragsänderungen (Art. 72)**

10.1 Der DAV begrüßt im Sinne der Rechtssicherheit die Kodifizierung der Bedingungen, unter denen Änderungen eines Auftrags ein neues Vergabeverfahren erfordern.

Der DAV plädiert dafür, diese Regelungen in Gesetzesform in einer eigenen Vorschrift umzusetzen, die im unmittelbaren Anschluss an die Definition der öffentlichen Aufträge und die Ausnahmetatbestände (derzeit §§ 99 - 100c GWB) verortet werden sollte.

10.2 Die Vorschrift sollte, vom Grundsatz der Ausschreibungspflicht einer Auftragsänderung (Art. 72 Abs. 5 AVR) ausgehend, die einzelnen Ausnahmetatbestände (Art. 72 Nr. 1 – 4) regeln. Die Ausnahmetatbestände sollten im Wesentlichen 1:1 umgesetzt werden.

- 10.3 Aus Art. 72 lässt sich nicht eindeutig entnehmen, ob von der Pflicht zur Neuvergabe nur solche Änderungen erfasst werden, deren Geldwert den maßgeblichen Schwellenwert erreicht. Es ist auch nicht eindeutig geregelt, ob der ursprüngliche Auftrag selbst den Schwellenwert erreicht haben muss. Es verbleibt mithin eine Rechtsunsicherheit in Fällen, in denen weder der Auftragswert des ursprünglichen Auftrags noch der Geldwert der Änderung für sich gesehen den Schwellenwert erreicht, der Auftragswert jedoch unter Berücksichtigung des Geldwertes der Änderung den Schwellenwert überschreitet (Beispiel: ursprünglicher Dienstleistungsauftrag EUR 180.000,00 netto, Geldwert der Änderung EUR 40.000,00 netto). Es sollte deshalb im Sinne der Rechtssicherheit klargestellt werden, dass von der Pflicht zur Neuvergabe Änderungen von öffentlichen Aufträgen erfasst werden, deren ursprünglicher Auftragswert den maßgeblichen Schwellenwert erreicht hat sowie Änderungen von öffentlichen Aufträgen, deren Auftragswert den maßgeblichen Schwellenwert unter Berücksichtigung des Geldwertes der Änderung erreicht, und dass es im Übrigen nicht erforderlich ist, dass der Geldwert der Änderung selbst den Schwellenwert erreicht.
- 10.4 In Folge der Kodifizierung der Bedingungen, unter denen Änderungen eines Auftrags ein neues Vergabeverfahren erfordern, ist die Regelung über die Unwirksamkeit von Verträgen, die unter Missachtung der Ausschreibungspflicht vergeben wurden (derzeit § 101b GWB), im Sinne der Ziele der Rechtsmittelrichtlinie (89/665/EWG) entsprechend zu ergänzen. In der Vergangenheit wurde diskutiert, ob ein Verstoß gegen die Neuvergabepflicht aufgrund von Vertragsänderungen nur die Unwirksamkeit der Änderungsvereinbarung bedingt und der ursprüngliche Vertrag unberührt bleibt oder in diesem Fall auch die Unwirksamkeit des ursprünglichen Vertrages auszusprechen ist (siehe hierzu Wagner/Jürschik, VergabeR 2012, 401, 406 m.w.N.). Der DAV empfiehlt aufgrund der unterschiedlichen Fallkonstellationen, von einer gesetzlichen Regelung dieser Frage abzusehen und die Bestimmung der Reichweite der Unwirksamkeit der Einzelfallentscheidung der Nachprüfungsinstanzen zu überlassen.

10.5 In der Übergangsregelung sollte klargestellt werden, dass die Regelung über die Neuausschreibungspflicht auch für nach Inkrafttreten der Regelung durchgeführte Änderungen von solchen öffentlichen Aufträgen gilt, die vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes abgeschlossen wurden oder Gegenstand von Vergabeverfahren waren, die vor dem Inkrafttreten der Neuregelungen eingeleitet wurden, sofern die Änderung nach dem Inkrafttreten des Gesetzes vereinbart werden soll bzw. vereinbart wurde.

**11. Kündigung von Aufträgen, die unter Missachtung europarechtlicher Vorgaben vergeben wurden (Art. 73)**

Art. 73 AVR gibt vor, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen müssen, dass öffentliche Auftraggeber in den dort genannten Fällen die Möglichkeit haben, einen öffentlichen Auftrag während seiner Laufzeit zu kündigen.

Der DAV plädiert im Sinne einer effektiven Umsetzung dieser Regelung dafür, dass für die in der Richtlinie genannten Fälle ein gesetzliches Kündigungsrecht vorgesehen wird.

Im Sinne der Rechtsklarheit sollte ferner eine Regelung über die Rechtsfolgen einer solchen Kündigung getroffen werden. Insoweit erscheint es entsprechend dem Rechtsgedanken des § 649 Satz 2 BGB interessengerecht, dem Auftragnehmer in den Fällen 1 und 3 einen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung für die infolge der Kündigung nicht mehr zu erbringenden Restleistung einzuräumen, er sich jedoch dasjenige anrechnen lassen muss, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt, wobei vermutet wird, dass danach dem Auftragnehmer 5 % der auf den noch nicht erbrachten Teil der Leistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen. Für den Fall 2 sollte klargestellt werden, dass dem Auftragnehmer in diesem Fall kein Vergütungsanspruch für die Leistungen, die infolge der Kündigung nicht mehr erbracht werden müssen, zusteht.

## 12. **Besondere Beschaffungsregelungen (Art. 74 ff.)**

Die bisherige Unterscheidung der RI. 2004/18/EG zwischen Dienstleistungen nach Anhang II A (welche dem Vergaberecht vollumfassend unterliegen) und Anhang II B (für welche nur wenige vergaberechtliche Bestimmungen gelten) wird in der neuen Richtlinie aufgehoben. Grundsätzlich fallen nunmehr alle Dienstleistungsaufträge in den Anwendungsbereich der Richtlinie.

Besondere Vorschriften gelten weiterhin für die in Anhang XIV zur AVR genannten Dienstleistungen. Es handelt sich um einen heterogenen Katalog.

Bezüglich der Vergabe dieser Dienstleistungen enthält die Richtlinie nur wenige Vorgaben. Diese betreffen insbesondere die Veröffentlichung einer Bekanntmachung (Art. 75 AVR) und die Geltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung (Art. 76 AVR). Im Übrigen steht es den Mitgliedstaaten frei, die anwendbaren Verfahrensregeln festzulegen. Dies soll es ihnen u.a. ermöglichen, den Besonderheiten der jeweiligen Dienstleistungen Rechnung zu tragen (Art. 76 Abs. 1 AVR).

Um diesen Anforderungen zu entsprechen, bestehen verschiedene Möglichkeiten:

- (a) Es wäre möglich (wie gegenwärtig für Dienstleistungen nach Anhang II Teil B), auf die Regelungen des 1. Abschnitts der VOL/A (oder alternativ des 2. Abschnitts) zu verweisen,
- (b) es kann eine eigene, ausdifferenzierte Vergabeordnung für Dienstleistungen nach Anhang XIV zur AVR entworfen werden, wobei die Möglichkeit besteht, Besonderheiten einzelner Dienstleistungen durch Einzelregelungen Rechnung zu tragen,
- (c) es kann lediglich der Rahmen vorgegeben werden, an den sich die Auftraggeber bei der Vergabe zu halten haben, die Ausfüllung dieses Rahmens ist den einzelnen Auftraggebern zu überlassen.

Zu diesen Alternativen ist Folgendes anzumerken:

- (a) Die erste Lösung hat den Vorteil, dass auf bekannte und bewährte Vergabeverfahren zurückgegriffen wird. Zu diesen Vergabeverfahren existiert umfangreiche Rechtsprechung, sodass zahlreiche Zweifelsfragen geklärt sind, was die Anwendung erheblich erleichtert.

Negativ wäre, dass das deutsche Recht erneut – wie bereits in der Vergangenheit mehrfach – Möglichkeiten des europäischen Rechts, Vergabeverfahren weniger strikt zu regeln, ungenutzt ließe. Wenn aus europäischer Sicht keine Notwendigkeit besteht, die Vergabe bestimmter Dienstleistungen genauso streng zu regeln, wie die Vergabe klassischer Dienstleistungen, dürfte hierzu auch aus deutscher Sicht keine Veranlassung bestehen. Dies spricht dafür, die von der europäischen Rechtsordnung geschaffenen Freiräume auch tatsächlich auszunutzen.

- (b) Die Schaffung einer eigenen Vergabeordnung für Dienstleistungen nach Anhang XIV hätte den Vorteil, dass den Besonderheiten dieser Dienstleistungen im Detail Rechnung getragen werden könnte. Es besteht jedoch die Gefahr, dass neben die bereits bestehenden, zahlreichen Vergabeordnungen eine neue, umfangreiche Regelung tritt, die erhebliche Unterschiede zu den bestehenden Ordnungen aufweist. Dies würde die schon jetzt vorliegende Unübersichtlichkeit des Vergaberechts verstärken. Gerade wenn die in dem Entwurf vorgesehene Möglichkeit aufgegriffen würde, Besonderheiten einzelner Dienstleistungen Rechnung zu tragen, würde eine Vielzahl von Detailvorschriften entstehen, die lediglich in wenigen Fällen Geltung beanspruchen würden.

- (c) Die Schaffung einer eigenen Verfahrensordnung, die lediglich einen Rahmen vorgibt, der von den Auftraggebern zu füllen wäre, hätte wie die zweite Lösung den Nachteil, dass das deutsche Recht um zusätzliche Vergaberegeln ergänzt und die Unübersichtlichkeit des Vergaberechts verstärkt würde.

Andererseits hätte diese Lösung den Vorteil, dass sie sich auf wenige, zentrale Vorschriften beschränken könnte und die neuen Regelungen einen übersichtlichen Umfang annehmen würden. Gleichzeitig würde – anders als im Fall der Lösung a) – die von dem Entwurf ermöglichte Flexibilität genutzt werden.

Unter Abwägung der Vor- und Nachteile empfiehlt der DAV, Lösung c) umzusetzen. Dabei sollte allerdings klargestellt werden, dass die Umsetzung aus Sicht des Bundesgesetzgebers abschließend ist. Anderenfalls, d.h. wenn einzelne Länder ergänzende Bestimmungen erlassen könnten, bestünde die Gefahr einer weiteren Zersplitterung des Vergaberechts.

Der in dem Entwurf vorgesehene Schwellenwert von EUR 750.000,00 sollte in die nationale Regelung übernommen und nicht herabgesetzt werden.

Unterhalb des (auf EUR 750.000,00 richtlinienkonform bestimmten) Schwellenwerts sollte es wie bisher im Anwendungsbereich der VOF dabei bleiben, dass keine weiteren Regelungen getroffen werden. Denn sonst würden strengere Vorschriften gelten als für Vergaben oberhalb des Schwellenwerts. Daher wäre zu begrüßen, wenn auch der 1. Abschnitt der VOL/A für Dienstleistungsaufträge nach Anhang XIV nicht anwendbar wäre.

### **III. Zur Konzessionsrichtlinie (KVR)**

#### **1. Art und Weise der Umsetzung**

- 1.1 Die Verfahrensregelungen der Konzessionsrichtlinie sind in Teilen deckungsgleich mit der Allgemeinen Richtlinie und der Sektorenrichtlinie. Der DAV empfiehlt deshalb bei der Umsetzung Doppelungen und Widersprüche zu vermeiden und eine weitere Zersplitterung des Vergaberechts zu verhindern. Soweit auf der Ebene des Gesetzes Verfahrensregelungen wie Regelungen zum Rechtsschutz bereits geregelt sind, sollten diese auch für die Konzessionsvergabe Anwendung finden.

Für Konzessionen ebenso wie für Aufträge geltende Bestimmungen sollten möglichst „vor der Klammer“ im Gesetz geregelt werden.

- 1.2 Im Übrigen empfiehlt der DAV, das Verfahrensrecht zur Vergabe von Konzessionen in einem einheitlichem Regelwerk zu kodifizieren, ohne gesonderte Regelwerke für Bau- und Dienstleistungskonzessionen zu schaffen. Überschießende Verfahrensregelungen, die über die Anforderungen der Richtlinie hinausgehen, sind zu vermeiden. Verfahrensregelungen, die in der Konzessionsrichtlinie den gleichen Wortlaut haben wie in der Allgemeinen Vergaberichtlinie, sollten auch mit gleichem Wortlaut in den Umsetzungsvorschriften normiert werden.

Gestützt wird diese Empfehlung durch den Erwägungsgrund 2 des Entwurfs der Konzessionsrichtlinie, der verlangt, dass die Regelungen keinen übermäßigen bürokratischen Aufwand verursachen sollten.

- 1.3 Für den Rechtsschutz sehen Art. 46 und 47 der Konzessionsrichtlinie vor, dass an die Rechtsmittelrichtlinien für die klassischen bzw. die Sektorenauftraggeber angeknüpft werden soll. Die Umsetzung über das bestehende System hat den Vorteil, dass im 4. Abschnitt des GWB keine wesentlichen Änderungen vorgenommen werden müssen. Bei der Umsetzung sollte auf einen einheitlichen Rechtsweg zur Überprüfung von Dienstleistungsaufträgen und Dienstleistungskonzessionen abgezielt werden. Die oftmals schwierige Frage nach der Abgrenzung zwischen Konzession und Auftrag sollte nicht über den Rechtsweg entscheiden.

## **2. Anwendungsbereich**

- 2.1 Hinsichtlich des Anwendungsbereiches enthält die Konzessionsrichtlinie eine ganze Reihe von Ausnahmen, insbesondere auch für die Bereiche Verteidigung und Sektoren. Die systematische Anordnung dieser Ausnahmen und die gewählten Formulierungen sind für den rechtsunkundigen Anwender nur schwer verständlich. Bei der Umsetzung sollte auf eine übersichtliche und möglichst systematische Struktur der Regelungen geachtet werden.

Grundsätzlich ist die Aufnahme dieser Ausnahmen in die bisherige Systematik der §§ 100a bis 100c GWB problemlos möglich. Eine wörtliche Übernahme des Richtlinientextes stellte den Anwender indessen vor Probleme. Insbesondere sollte vermieden werden, dass sich Regelungsgehalte nur aus Umkehrschlüssen (z.B. Art. 8 Abs. 3 Buchst. b KVR) und Ähnlichem erschließen. Die Umsetzung muss für die Anwender leicht verständlich sein.

Wünschenswert wäre es, wenn im Zuge der Überarbeitung die Überschrift des § 100 GWB wie folgt formuliert würde:

„§ 100 Anwendungsbereich und allgemeine Ausnahmen“.

Dies würde herausstreichen, dass die Ausnahmen der § 100 GWB grundsätzlich gelten und zusätzlich die besonderen Ausnahmen für die jeweiligen Bereiche zu beachten sind.

- 2.2 Da die Konzessionsrichtlinie Sonderregeln für die Übertragung von Befugnissen und Zuständigkeiten zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Vergabestellen oder Verbänden von öffentlichen Auftraggebern (Art. 17 KVR) festlegt sowie Vergabestellen und den mit ihr verbundenen Unternehmen (Art. 13 KVR), regt der DAV an, im Zusammenhang mit dem Auftragsbegriff im Gesetz eine Vorschrift zu schaffen, die diese Sonderregelungen umsetzt.

### **3. Definitionen**

Der DAV empfiehlt eine Übernahme der Definitionen aus Art. 5 - 7, Art. 10 Abs. 8 Buchst. b, Art. 8 Abs. 9, Art. 13 Abs. 2 und Anhang III des Entwurfs der Konzessionsrichtlinie in das Gesetz. Es wird angeregt, eine Vorschrift einzufügen, in der die Definitionen aus der Konzessionsrichtlinie und möglicherweise weitere Definitionen aus anderen Richtlinien aufgenommen werden.

Zu prüfen ist in diesem Zusammenhang, ob Begriffe wie beispielsweise „beherrschender Einfluss“ aus Art. 13 KVR gesondert in den 4. Abschnitt des GWB eingestellt werden sollten oder ob ein Verweis auf den 2. Abschnitt des GWB (z.B. § 18 Abs. 6 GWB) erfolgen und diese Begriffe dort aufgenommen werden sollten.

Für die Rechtsklarheit ist es auf jeden Fall wichtig, dass deutlich wird, ob und wie die Begrifflichkeiten des 1. - 3. Abschnitt des GWB gegen den 4. Abschnitt des GWB abzugrenzen sind.

Zumindest erläutert werden sollte, was unter einer „Sperrminorität“ (Art. 17 Abs. 3 Buchst. c KVR) zu verstehen ist. Der nicht gesellschaftsrechtlich versierte Anwender wird mit diesem Begriff nichts anfangen können. Zu begrüßen wäre zudem ein Verweis auf die entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Normen.

#### **4. Laufzeit (Art. 18)**

Gemäß Art. 18 der Konzessionsrichtlinie darf die Laufzeit einer Konzession nicht länger sein, als es zur Amortisation der Investitionen erforderlich ist. Bestandteil der Investitionen sind auch diejenigen Kosten, die zur Aufnahme der Tätigkeit erforderlich sind. Es sollte geregelt werden, dass die Investitionskosten und die Amortisationszeit nach objektiven und sachgerechten Maßstäben bestimmt werden müssen, nicht etwa nach den individuellen Verhältnissen beispielsweise des Altkonzessionärs.

#### **5. Kommunikation**

In Art. 29 Abs. 1 KVR ist vorgesehen, dass der Informationsaustausch auch mündlich erfolgen kann. Die mündlichen Mitteilungen sind auf die unwesentlichen Elemente des Konzessionsvergabeverfahrens beschränkt und auf einem dauerhaften Datenträger zu dokumentieren. Da die Umsetzung fakultativ ist, besteht die Möglichkeit, im nationalen Recht einen mündlichen Informationsaustausch auszuschließen. Es wird empfohlen, diese Möglichkeit zu nutzen und die Möglichkeit mündlicher Mitteilungen nicht in das nationale Recht aufzunehmen. Nicht von diesem Ausschluss erfasst werden sollten aber Aufklärungs- und Verhandlungsgespräche mit Bietern. In der Praxis hat sich gezeigt, dass sowohl für Auftraggeber als auch für Wirtschaftsteilnehmer nicht eindeutig zu erkennen ist, wann es sich um unwesentliche Elemente eines Vergabeverfahrens handelt.

## **6. Allgemeine Grundsätze**

- 6.1 Art. 30 KVR gestattet den Konzessionsgebern, das Verfahren zur Vergabe der Konzession frei zu gestalten. Der Konzessionsgeber sollte verpflichtet werden, den Gang des Verfahrens im Vorhinein transparent den Bewerbern bekanntzugeben.

In Art. 30 Abs. 3 KVR wird auf den Anhang X verwiesen. Es wird angeregt, diese Verweisung auf Schlüssigkeit zu prüfen. Bei der Umsetzung der Konzessionsrichtlinie sollte der Inhalt des Anhangs X in das nationale Recht aufgenommen werden. Hier bietet sich eine Aufnahme des Anhangs X als Anhang zum GWB an.

- 6.2 Die Anforderungen an die Dokumentation der Vergabe einer Konzession sollten möglichst klar gefasst und vereinheitlicht werden.

## **IV. Zur Sektorenrichtlinie (SVR)**

Die Umsetzung der Sektorenrichtlinie in einer eigenen Verordnung (SektVO) hat sich bewährt. Ebenfalls bewährt hat sich das insoweit verfolgte Ziel der 1:1 Umsetzung. Die Sektorenverordnung ist ein überschaubares und in der Praxis handhabbares und deshalb akzeptiertes Regelungswerk mit wenigen Divergenzen zu dem zugrundeliegenden Richtlinientext. Eine Folge von alledem ist, dass im Anwendungsbereich der SektVO nur wenige Nachprüfungsverfahren zu vermerken sind. Der DAV plädiert deshalb dafür, dass die neue Sektorenrichtlinie wieder im Wege einer Verordnung und im Wesentlichen 1:1 umgesetzt wird.

Es sollte im Sinne der Einheitlichkeit und Anwenderfreundlichkeit der vergaberechtlichen Regelungswerke darauf geachtet werden, dass gleiche Regelungsgegenstände (z.B. Regelungen zu Nebenangeboten) in der SektVO soweit wie möglich inhalts- und wortgleich zu den Regelungen umgesetzt werden, mit denen die Bestimmungen der AVR umgesetzt werden.