



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 49/2012

November 2012

Registernummer: 25412265365-88

### Stellungnahme zu dem Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe

Mitglieder des Ausschuss Europa

**RAuA JR Heinz Weil, Paris (Vorsitzender)**  
**RA Dr. Hans-Michael Pott, Düsseldorf**  
**RA Dr. Martin Abend, Dresden**  
**RA Dr. Hans-Joachim Fritz, Frankfurt**  
**RAin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin**  
**RA Andreas Max Haak, Düsseldorf (Berichterstatter)**  
**RA Dr. Frank J. Hospach, Stuttgart**  
**RA Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt**  
**RA Dr. Jürgen Lauer, Köln**  
**RAin Dr. Kerstin Niethammer-Jürgens, Potsdam**  
**RAuN Kay Thomas Pohl, Berlin**  
**RA Dr. Thomas Westphal, Celle**  
**RA Andreas von Máriássy, München**

**RAin Dr. Heike Lörcher, Bundesrechtsanwaltskammer, Brüssel**  
**RAin Hanna Petersen, Bundesrechtsanwaltskammer, Brüssel**  
**RA Tim Geier, Bundesrechtsanwaltskammer, Brüssel**

#### Verteiler: Europa

Europäische Kommission  
Europäisches Parlament  
Rat der Europäischen Union  
Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der EU  
Justizreferenten der Landesvertretungen  
Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE)

#### Deutschland

Bundesministerium des Innern  
Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
DIHK  
Deutscher Richterbund

#### Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

#### Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9  
10179 Berlin  
Deutschland  
Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
Fax +49.30.28 49 39 - 11  
Mail [zentrale@brak.de](mailto:zentrale@brak.de)

#### Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9  
1040 Brüssel  
Belgien  
Tel. +32.2.743 86 46  
Fax +32.2.743 86 56  
Mail [brak.bxl@brak.eu](mailto:brak.bxl@brak.eu)

Bundesnotarkammer  
Bundesteuerberaterkammer  
Patentanwaltskammer  
Bundesingenieurkammer  
Gerichtsvollzieherbund

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit zurzeit rund 159.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen - auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die Bundesrechtsanwaltskammer bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme und macht zu dem Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe folgende Anmerkungen:

## **Stellungnahme**

Die Europäische Kommission hat am 20. Dezember 2011 drei Richtlinienvorschläge vorgelegt, die insgesamt zu einer grundlegenden Reform des Beschaffungswesens führen sollen. Der Entwurf der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe [KOM(2011) 896 endgültig] ("Vergaberichtlinie") soll die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG ersetzen und ist Gegenstand dieser Stellungnahme. Außerdem hat die Europäische Kommission einen Entwurf der Richtlinie für den Sektorenbereich vorgelegt, der an die Stelle der Sektorenrichtlinie 2004/17/EG treten soll. Schließlich verabschiedete die Kommission einen Richtlinienentwurf zur Konzessionsvergabe.

Ziel der Vergaberichtlinie ist die Vereinfachung und Flexibilisierung der bestehenden Vergaberechtsvorschriften. Weiter bezweckt die Europäische Kommission mit der Vergaberichtlinie, die Vorschriften der öffentlichen Auftragsvergabe zur Förderung gesellschaftlicher Ziele (Umweltschutz, Ressourcen- und Energieeffizienz, Bekämpfung des Klimawandels, Innovationsförderung, Beschäftigung, soziale Eingliederung und bestmögliche Bedingungen für soziale Dienstleistungen) einzusetzen.

### **I. Vorbemerkungen**

Die vergaberechtlichen Vorschriften greifen typische Problembereiche der täglichen Praxis der öffentlichen Hand auf, die bereits Gegenstand vieler Entscheidungen der nationalen und europäischen Gerichte waren. Dennoch weist die Vergaberichtlinie zahlreiche – auch handwerkliche – Mängel auf, die im weiteren Verfahren zu beheben sind.

Die Vergaberichtlinie sieht sowohl Elemente der Vereinfachung als auch der Flexibilisierung vor. Diese Ziele können jedoch nicht gleichzeitig erreicht werden. Vielmehr schließen sie sich teilweise gegenseitig aus. Denn eine Flexibilisierung fördert eine Vielfalt in der Anwendung der Regelungen, die wohl nicht zugleich zu einer Vereinfachung von europaweiten Beschaffungsprozessen führen kann. So hat die Kommission insgesamt drei Richtlinienvorschläge vorgelegt, die inhaltlich äußerst

umfangreich und im Hinblick auf die Regelungen der jeweiligen Richtlinien komplex sind. Eine Vereinfachung des Vergaberechts ist vor diesem Hintergrund fraglich.

Das Ziel einer Vereinfachung des Vergaberechts setzt insbesondere die europaweite präzise Definition von Rechtsbegriffen voraus. Dem wird die Richtlinie nicht in allen Teilen gerecht, weil zum Teil Definitionen fehlen und/oder die Vergaberichtlinie Begriffe nicht eindeutig verwendet.

## **II. Im Einzelnen:**

### **1. Fehlende Klarstellung zu KMU, Seite 12 Vergaberichtlinie**

Die Definition von kleinen und mittleren Unternehmen („KMU“) ist unzureichend geregelt.

- Die Vergaberichtlinie verwendet an diversen Stellen den Begriff der KMU, ohne ihn näher zu definieren.
- Die Vergaberichtlinie knüpft ausdrücklich an den von der Kommission im Jahr 2008 veröffentlichten Europäischen Verhaltenskodex für einen leichteren Zugang von KMU zu öffentlichen Aufträgen („European code of best practices facilitating access by SMEs to public procurement contracts“) an, vgl. Seite 12 Vergaberichtlinie. Dieser Verhaltenskodex verwendet wiederum die KMU-Definition gemäß der Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003, betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (ABl. L 124/36 vom 20. Mai 2003). Diese Kette der Bezugnahmen spricht dafür, dass die Vergaberichtlinie bei der Verwendung des Begriffs „KMU“ die Definition gemäß der Kommissionsempfehlung zu Grunde legt. Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre ein ausdrücklicher Verweis auf die Kommissionsempfehlung wünschenswert. Der Verweis sollte entweder in Kapitel 1 unter „Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen“ oder in eine Fußnote bei der erstmaligen Erwähnung des Begriffs „KMU“ aufgenommen werden.
- Die deutsche vergaberechtliche Rechtsprechung hat bisher keine einheitliche Linie, welche Unternehmen dem Mittelstand zuzuordnen sind, und sich daher auf eine mittelstandsfeindliche Losbildung vor den Vergabeinstanzen berufen können. Teilweise wird auf die Definition gemäß der Kommissionsempfehlung abgestellt, die absolute Kriterien festlegt. Teilweise bestimmt die Rechtsprechung KMUs jedoch nach relativen Kriterien mit Bezug auf den relevanten Bietermarkt im Einzelfall. Auch vor diesem Hintergrund wäre eine klare Definition der KMUs wünschenswert.

### **2. Begriff der Auftragsvergabe, Art. 1 und 27 Vergaberichtlinie**

Der Begriff der der Auftragsvergabe ist nicht hinreichend klar definiert.

- Der Begriff der „Auftragsvergabe“ in Art. 1 der Vergaberichtlinie, der den Anwendungsbereich festlegt, lässt offen, ob damit der Auftrag, der Leistungsgegenstand oder aber die Vergabe als Vorgang der Ausschreibung gemeint ist.
- Art. 27 Abs. 1 UAbs. 2 Vergaberichtlinie sieht im Rahmen der Regelung des Verhandlungsverfahrens vor, dass der Wirtschaftsteilnehmer „Art und Umfang der

Auftragsvergabe“ erfährt. Auch hier erschließt sich nicht, ob der Auftrag, der Leistungsgegenstand oder die Vergabe gemeint ist.

### **3. Berechnung des Auftragswertes, Art. 5 Vergaberichtlinie**

Die Methoden zur Berechnung des Auftragswertes erweitern den Anwendungsbereich der Vergabevorschriften und führen daher zu einem Mehraufwand.

- Indem die bei der Schätzung zu berücksichtigenden Kosten erweitert werden, wird auch der Anwendungsbereich der Vergaberichtlinie weiter gefasst. Bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes im Hinblick auf Bauleistungen sollen – neben den Bauleistungen – auch der Wert der Dienstleistungen berücksichtigt werden, die für die Ausführung der Bauarbeiten zwar erforderlich, jedoch nicht Teil des Bauauftrags sind. Dazu zählen nunmehr auch Planungsleistungen im Vorfeld von Ausschreibungen.
- Art. 5 Abs. 7 und 8 Vergaberichtlinie sehen Vorgaben für die Kostenschätzung von Aufträgen vor, die ein öffentlicher Auftraggeber „gleichzeitig“ vergibt. Unklar ist, was unter „gleichzeitig“ (Im Rahmen derselben Bekanntmachung? In welchem zeitlichen Zusammenhang?) zu verstehen ist. Hier ist ein „Einfallstor“ zur Umgehung einer Ausschreibungspflicht durch „nicht gleichzeitige“ Vergabe wahrscheinlich.

### **4. Inhouse-Vergaben, Art. 11 Abs. 1 bis 3 Vergaberichtlinie**

Die Regelung der Inhouse-Vergaben erhöht die Rechtssicherheit, weil die vorhandenen Spielräume für die Auftraggeberseite konkretisiert werden.

- Öffentliche Auftraggeber können sich zu Recht für die Erbringung von Dienstleistungen durch ihre eigenen Stellen („Inhouse“) entscheiden. An die Auftragnehmerseite wird mit der Regelung das Signal gesendet, dass Inhouse-Vergaben keineswegs – wie von Unternehmen teilweise befürchtet – regelmäßig eine Umgehung von Ausschreibungspflichten bedeuten.
- Die Vergaberichtlinie setzt die gefestigte Rechtsprechung des EuGH zu Inhouse-Vergaben (sog. Teckal-Kriterien) um. Zu begrüßen ist, dass die Vergaberichtlinie sich jedoch nicht auf die Umsetzung der gefestigten Rechtsprechung beschränkt, sondern darüber hinausgeht:
  - Eine Inhouse-Vergabe liegt auch dann vor, wenn ein kontrolliertes Unternehmen einen Auftrag an sein kontrollierendes Unternehmen vergibt, Art. 11 Abs. 2 1. Alt. Vergaberichtlinie.
  - Eine Inhouse-Vergabe liegt ferner auch vor, wenn ein kontrolliertes Unternehmen einen Auftrag an eine juristische Person vergibt, die von demselben Auftraggeber kontrolliert wird, Art. 11 Abs. 2 2. Alt. Vergaberichtlinie.

### **5. Interkommunale Zusammenarbeit, Art. 11 Abs. 4 Vergaberichtlinie**

Es ist zu begrüßen, dass die Vergaberichtlinie festlegt, unter welchen Voraussetzungen eine Vereinbarung zwischen öffentlichen Auftraggebern kein öffentlicher Auftrag ist.

- Aus deutscher Sicht (sog. interkommunale Zusammenarbeit) führt die Regelung zu einer größeren Rechtssicherheit.
- Insbesondere seit der Diskussion um eine Regelung der interkommunalen Zusammenarbeit im Rahmen der Vergaberechtsreform im Jahr 2009 ist offensichtlich, dass eine europäische Vorgabe zu begrüßen wäre. Der Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts sah ursprünglich eine rechtliche Klarstellung zu interkommunalen Vergaben vor. Demnach sollten derartige Kooperationsformen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen sein. Der Bundesrat hat jedoch die Bundesregierung aufgefordert, sich auf europäischer Ebene für die Beseitigung bestehender Rechtsunsicherheiten einzusetzen. Der Gesetzgeber hat schließlich in der am 24. April 2009 in Kraft getretenen Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts auf die Privilegierung interkommunaler Kooperationen verzichtet.
- Die Klarstellung in Abs. 5 UAbs. 2 Vergaberichtlinie, dass das Eingehen einer privaten Beteiligung dazu führt, dass Aufträge ausgeschrieben werden müssen, dient der Rechtssicherheit.

#### **6. Reformgeschwindigkeit zu eVergaben, Art. 19 und 58 Vergaberichtlinie**

Die Reformgeschwindigkeit zur Umsetzung der elektronischen Vergabe erscheint zu hoch.

- Bis zum 30. Juni 2016 sind Auftragsvergaben grundsätzlich elektronisch (einschließlich der elektronischen Einreichung von Unterlagen) durchzuführen, vgl. Art. 19 Abs. 7 UAbs. 1 Vergaberichtlinie .
- Außerdem müssen die Mitgliedstaaten bis zum 30. Juni 2016 sicherstellen, dass die in dem online Dokumentenarchiv e-Certis gespeicherten Daten aktualisiert werden, Art. 58 Vergaberichtlinie .
- Diese Vorgaben sind zwar inhaltlich zu begrüßen. Der Zeitraum für die Umsetzung erscheint jedoch unrealistisch kurz.

#### **7. Interessenkonflikte, Art. 21 Vergaberichtlinie**

Die neue Regelung zur Vermeidung von Interessenkonflikten ist abzulehnen.

- Anders als noch die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG, verpflichtet die Vergaberichtlinie nunmehr die Mitgliedstaaten, Bestimmungen zur Vermeidung von Interessenkonflikten einzuführen.
- Aus deutscher Sicht ist diese Regelung überflüssig, weil mit § 16 Vergabeverordnung ein bewährtes Instrument zur Vermeidung von Interessenkonflikten vorliegt. Die Regelung sollte jedenfalls inhaltlich eingeschränkt werden.
- Der Inhalt sollte Gegenstand anderer Rechtsgrundlagen (Gesetze zur Korruptionsbekämpfung im Strafrecht und Verwaltungsrecht) sein.
- Sofern der europäische Gesetzgeber die Regelung von Interessenkonflikten im Vergaberecht verorten möchte, so sind die Anforderungen des Art. 21

Vergaberichtlinie zu ambitioniert. Denn „*familiäre, gefühlsmäßige, wirtschaftliche, politische oder andere Gründe*“ sollen für ein privates Interesse am Ergebnis des Vergabeverfahrens genügen. Öffentliche Auftraggeber sind angesichts des weiten Begriffsverständnisses der Gefahr ausgesetzt, dass sich Bieter rechtsmissbräuchlich auf angebliche Interessenkonflikte berufen.

- Auch das Merkmal eines privaten Interesses „*von dem man annehmen könnte, dass es die unparteiische und objektive Ausführung ihrer Aufgaben beeinträchtigt*“ hat mit großer Wahrscheinlichkeit keine einschränkende Wirkung. Denn insoweit soll bereits die Möglichkeit einer Unparteilichkeit oder einer fehlenden Objektivität genügen.

## **8. Erklärung zu rechtswidrigem Verhalten, Art. 22 Vergaberichtlinie**

Die Forderung einer Erklärung zu rechtswidrigem Verhalten ist abzulehnen, weil sie ohne ersichtlichen Nutzen einen erheblichen bürokratischen Mehraufwand mit sich bringt.

- Art. 22 Vergaberichtlinie verpflichtet Bewerber, zu Beginn des Verfahrens eine „ehrentwörtliche“ Erklärung abzugeben, dass sie bestimmte näher benannte Verhaltensweisen (Beeinflussung des Auftraggebers, wettbewerbsverzerrende Vereinbarung und Übermittlung irreführender Informationen) unterlassen.
- Gemäß Art. 68 Vergaberichtlinie darf einem Bieter der Zuschlag nicht erteilt werden, wenn die gemäß Art. 22 Vergaberichtlinie beigebrachte Erklärung falsch ist. Die Vergaberichtlinie enthält jedoch keine Regelung, ob auch das Fehlen der Erklärung einer Zuschlagserteilung entgegensteht.
- Darüber hinaus bleibt offen, ob der Auftraggeber die Erklärung einfordern muss oder ob der Bieter die Erklärung unaufgefordert einzureichen hat.
- Die Erklärung auch ohne Anhaltspunkte für das Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens vorlegen zu müssen, ist eine unangemessene Anforderung.

## **9. Offenes Verfahren, Art. 25 Vergaberichtlinie**

Die Änderungen zum Ablauf des Offenen Verfahrens sind nur teilweise zu begrüßen.

- Die Verkürzung der Angebotsfrist für das offene Verfahren von bisher 52 Tagen auf nunmehr 40 Tage, vgl. Art. 25 Abs. 1 UAbs. 2 Vergaberichtlinie, dient der Verfahrensbeschleunigung und ist daher – aus Sicht der Auftraggeber – positiv zu bewerten. Es bleibt jedoch abzuwarten, ob sich die Bieterseite dieser kurzen Frist bedingungslos fügt. Die Rechtsprechung wird dann zunehmend Gelegenheit haben, zur Frage der Angemessenheit der Fristen Stellung zu nehmen. Die weitere Verkürzung der Frist bei elektronischer Bekanntmachung auf 35 Tage dürfte der Regelfall werden, wenn die Durchführung elektronischer Verfahren verpflichtend ist.
- Nach Art. 25 Abs. 3 Vergaberichtlinie können Auftraggeber bei „*gebührlig belegter Dringlichkeit*“ die Angebotsfrist von 40 Tagen auf 20 Tage verkürzen. An dieser Stelle fehlt die Klarstellung, dass nur eine vom Auftraggeber nicht zu vertretende Dringlichkeit eine Fristverkürzung rechtfertigen kann. Auch ist fraglich, was unter „*gebührlig*“ zu verstehen ist.

- Verbesserungsbedürftig ist, dass die Regelung die unterschiedlichen Begriffe „Absendung der Bekanntmachung“ (Art. 25 Abs. 1 Vergaberichtlinie) und „Übermittlung der Auftragsbekanntmachung“ (Art. 25 Abs. 3 Vergaberichtlinie) verwendet, die jedoch inhaltlich gleichbedeutend sind. Hier sollte der Text eine einheitliche Begrifflichkeit verwenden.

#### **10. Verhandlungsverfahren, Art. 27 Vergaberichtlinie**

Die vorgesehenen Änderungen im Ablauf des Verhandlungsverfahrens tragen nicht zu der bezweckten Flexibilität von Vergabeverfahren bei.

- Die Anforderungen an die Bekanntmachung werden erheblich erhöht und führen damit zu einem Mehraufwand bei den Auftraggebern, der keinen ersichtlichen Nutzen hat.
- Die verpflichtende Benennung der Zuschlagskriterien bereits in der Bekanntmachung ist abzulehnen. Denn die Kenntnis der Zuschlagskriterien erhöht nicht die Erfolgchancen der Bewerber im Teilnahmewettbewerb. Im Übrigen besteht ein Wertungswiderspruch, weil im Nicht-Offenen Verfahren, bei dem ebenfalls ein Teilnahmewettbewerb durchgeführt wird, die Zuschlagskriterien nicht schon in der Bekanntmachung aufzuführen sind. Dies ist nicht nachvollziehbar.
- Die erstmalig vorgesehene Mindestfrist für Angebotsabgaben im Verhandlungsverfahren ist abzulehnen, weil sie die Flexibilität der öffentlichen Auftraggeber weiter einschränkt.

#### **11. Ausweitung des Anwendungsbereiches des Vergaberechts, Art. 27, 30, 74 ff. Vergaberichtlinie**

Die neuen Regelungen führen insoweit nicht zu einer Vereinfachung, als die Anwendbarkeit des Vergaberechts ausgeweitet wird:

- Die Durchführung von Verhandlungsverfahren unterliegt stärkeren Restriktionen als bisher, Art. 27 und 30 Vergaberichtlinie.
- Das Vergaberecht ist auch auf Dienstleistungen anwendbar, die bisher als sog. nicht-prioritäre Dienstleistungen nur eingeschränkt dem Vergaberecht unterliegen, Art. 74 ff. Vergaberichtlinie.

#### **12. Innovationspartnerschaft, Art. 29 Vergaberichtlinie**

Die Einführung einer Innovationspartnerschaft ist zwar dem Ansatz nach zu begrüßen. Allerdings lässt die Regelung entscheidende praxisrelevante Fragen unbeantwortet.

- Die neue Vertragsform der „Innovationspartnerschaft“ soll für innovative Beschaffungen zur Anwendung kommen, vgl. Seite 9 und Art. 29 Vergaberichtlinie. Dabei soll es sich um ein Verfahren für die Entwicklung und den anschließenden Erwerb neuer, innovativer Produkte, Bauleistungen und Dienstleistungen handeln.
- Der auftragsgegenständliche Forschungs- und Innovationsprozess wird in vom Auftragnehmer zu erreichende Zwischenziele aufgeteilt und ist in Tranchen zu



vergüten. Besonderes Merkmal der Innovationspartnerschaft ist, dass der Auftraggeber am Ende jeder Phase entscheiden kann, ob er die Innovationspartnerschaft beendet und ein neues Vergabeverfahren für die übrigen Phasen einleitet.

- Die Bildung einer Innovationspartnerschaft folgt den Regelungen zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens, Art. 29 Abs. 3 i. V. m. Art. 27 Vergaberichtlinie. Die vorgesehenen weiteren Restriktionen des Verhandlungsverfahrens gelten daher ebenfalls für die Innovationspartnerschaft.
- Es ist jedoch ungeklärt, ob der Auftraggeber die Innovationspartnerschaft ohne nähere Begründung beenden kann oder ob er insoweit Restriktionen (Ermessen? Vorherige Festlegung von Kündigungsgründen?) unterliegt.
- Der Richtlinienentwurf lässt weiter offen, ob der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist, die übrigen Phasen (im Wege eines neuen Vergabeverfahrens) zu vergeben oder ob er sein Ermessen dahingehend ausüben darf, die übrigen Phasen nicht zu beauftragen. Hierzu wäre eine Klarstellung zu begrüßen.

### **13. Varianten, Art. 43 Vergaberichtlinie**

Die Möglichkeit der freien Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, Varianten (Nebenangebote) zuzulassen oder nicht, ist zu begrüßen. Denn dies wird der Gestaltungshoheit des Auftraggebers gerecht, den Auftragsgegenstand und die Art und Weise der Ausführung vorzugeben.

### **14. Unterteilung von Aufträgen in Lose, Art. 44 Vergaberichtlinie**

Zwar ist es vorteilhaft, dass die Vergaberichtlinie mehr Transparenz bei der Losbildung bezweckt. Allerdings ist die Umsetzung nicht in allen Teilen gelungen.

- Der öffentliche Auftraggeber muss in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung erläutern, wenn er „eine Unterteilung in Lose für nicht sinnvoll hält“, vgl. Art. 44 Abs. 1 Vergaberichtlinie. An dieser Stelle sollte der Wortlaut neu gefasst werden, da diese Formulierung wenig klar ist - etwa: *keine Losteilung vornimmt*. Denn es kommt darauf an, ob der Auftraggeber Lose bildet oder nicht. Hingegen ist die Formulierung, er müsse die Sinnwidrigkeit begründen, irreführend.
- Für öffentliche Auftraggeber ist damit kein Mehraufwand verbunden. Denn die Erwägungen, die zum Absehen von der Losbildung geführt haben, muss er ohnehin zu diesem Zeitpunkt im Vergabebericht im Rahmen der Vergabevorbereitung niedergelegt haben. Für die Bieterseite führt die erhöhte Transparenz dazu, dass sie bereits zu einem frühen Zeitpunkt und ohne Einsicht in die Vergabeakte entscheiden können, ob die Losbildung ihres Erachtens angreifbar ist.
- Zu begrüßen ist die Klarstellung, dass eine Loslimitierung zulässig ist. Denn die Klarstellung führt zu mehr Rechtssicherheit für die Auftraggeber, die von einer Loslimitierung Gebrauch machen möchten.
- Es fehlt eine Erläuterung, mit welcher Begründung ein öffentlicher Auftraggeber von der Unterteilung eines Auftrags in Lose zulässigerweise absehen darf.



### 15. Auswahlkriterien, Art. 56, 57 Vergaberichtlinie

Die Vergaberichtlinie sieht eine Konkretisierung der Auswahlkriterien vor, die zu mehr Rechtssicherheit führt.

- Der Katalog der Auswahlkriterien erleichtert öffentlichen Auftraggebern und Wirtschaftsteilnehmern den rechtssicheren Umgang der Festlegung und der Einhaltung der Auswahlkriterien.
- Vertretbar erscheint die Vorgabe gemäß Art. 56 Abs. 3 UAbs. 2 Vergaberichtlinie, dass der Mindestjahresumsatz höchstens das Dreifache des geschätzten Auftragswertes sein darf. Denn damit haben die öffentlichen Auftraggeber eine praktikable Vorgabe zur Einhaltung des Mittelstandsschutzes. Zugleich schützt die Regelung Wirtschaftsteilnehmer vor zu hohen, mittelstandsfeindlichen Mindestvorgaben der Auftraggeber.
- Die weitere Stärkung von Eigenerklärungen (Art. 57 Vergaberichtlinie) dient der Vereinfachung einer Teilnahme am Vergabeverfahren und ist daher positiv zu bewerten.

### 16. Auftragsänderungen, Art. 72 Vergaberichtlinie

Die Kodifizierung der Neuausschreibungspflicht bei wesentlichen Vertragsänderungen führt im Nachgang zu zahlreichen Entscheidungen der Gerichte zu mehr Rechtssicherheit.

- Die Regelung zu Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit stellt – der Rechtsprechung folgend – klar, dass wesentliche Änderungen eines Auftrages während der Vertragsdurchführungsphase eine erneute Ausschreibungspflicht des Auftrages auslösen.
- Die Vergaberichtlinie trägt insoweit zu mehr Rechtssicherheit bei, als auch konkretisiert wird, dass eine Änderung nicht als wesentlich gilt, wenn sie u.a. unter 5 % des ursprünglichen Auftragspreises liegt und unterhalb der Schwellenwerte liegt, vgl. Art. 72 Abs. 4 Vergaberichtlinie.
- Allerdings ist weiter Voraussetzung, dass sich „*nicht der Gesamtcharakter des Auftrags verändert*“. Die Vergaberichtlinie lässt offen, worin der „*Gesamtcharakter*“ eines Auftrages liegt. Hierzu wäre die Benennung von Regelbeispielen sachgerecht.

### 17. Europäischer Pass für die Auftragsvergabe, Art. 59 Vergaberichtlinie

Die Einführung des Europäischen Passes für die Auftragsvergabe ist dagegen abzulehnen.

- Zwar erleichtert der Europäische Pass den öffentlichen Auftraggebern die Eignungsprüfung. Jedoch wird den Mitgliedstaaten mit der Ausstellung und Verwaltung dieses Passes eine zusätzliche Verwaltungsaufgabe übertragen. Der erforderliche Verwaltungsaufwand dürfte erheblich höher sein als der Nutzen bei der Eignungsprüfung.

### **18. Ungewöhnlich niedrige Angebote, Art. 69 Vergaberichtlinie**

Die vorgesehene Regelung zu nicht auskömmlichen Angeboten führt zu mehr Rechtssicherheit.

- Der öffentliche Auftraggeber erhält mit dieser Regelung konkrete Berechnungsregeln für die Ermittlung von nicht auskömmlichen Angeboten. Die Berechnungsregeln bieten eine sachgerechte Möglichkeit zur Feststellung und Aufklärung von nicht auskömmlichen Angeboten. Aus Sicht der Bieterseite ist zu begrüßen, dass Art. 69 Abs. 3 Vergaberichtlinie auch beispielhafte Erklärungsmöglichkeiten aufführt.
- Klärungsbedürftig ist jedoch, was mit einer „*zumindest angemessenen Einhaltung*“ der Anforderungen der Unionsrechtsvorschriften auf dem Gebiet des Sozial- und Arbeitsrechts oder des Umweltrechts und/oder der in Anhang XI der Vergaberichtlinie genannten internationalen Sozial- und Umweltrechtsvorschriften gemeint sein soll. Denn öffentliche Auftraggeber werden entscheiden müssen, wann sie Rechtsvorschriften noch für „angemessen eingehalten“ bewerten.

### **19. Abschaffung der Unterscheidung prioritärer / nicht-prioritärer Dienstleistungen, Art. 74 ff. Vergaberichtlinie**

Die Abschaffung der Privilegierung der nicht-prioritären Dienstleistungen (mit Ausnahme der sozialen Dienstleistungen) ist abzulehnen. Denn die nicht-prioritären Dienstleistungen entfalten in aller Regel keine Binnenmarktrelevanz (vgl. noch Erwägungsgrund 19 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG), sodass eine europaweite Ausschreibung nicht-prioritärer Dienstleistungen nicht sachdienlich ist.

- Eine wesentliche Änderung liegt darin, dass der Richtlinienentwurf vorsieht, die Unterscheidung zwischen uneingeschränkt ausschreibungspflichtigen prioritären und privilegierten nicht-prioritären Dienstleistungen („A“- und „B“-Dienstleistungen) abzuschaffen, vgl. Seite 9 Vergaberichtlinie.
- Die Kommission sieht vor, die Privilegierung nur auf die sozialen Dienstleistungen zu beschränken. Für soziale Dienstleistungen ist die Einführung von entsprechenden Sonderregelungen geplant.
- Insbesondere die in Erwägungsgrund 10 Vergaberichtlinie genannten Beispiele der Hotel- und Rechtsdienstleistungen verfangen nicht zur Begründung einer uneingeschränkten Ausschreibungspflicht. Denn beide Dienstleistungsbereiche sind in hohem Maße ortsbezogen und entfalten daher in aller Regel keine grenzüberschreitende Wirkung. Bezogen auf die Rechtsberatungsdienstleistungen kommt hinzu, dass diese von einem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandanten geprägt sind. Nach der Vergaberichtlinie unterfallen Hotel- und Rechtsberatungsdienstleistungen jedoch den üblichen Verfahren über Auftragsvergaben.
- Zu begrüßen ist, dass für die (wenigen) privilegierten „*sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen*“ künftig ein höherer Schwellenwert (EUR 500.000,00) gelten soll als für die übrigen Dienstleistungen (EUR 200.000,00), vgl. Art. 4 Vergaberichtlinie.

## **20. Unterstützungsangebote für Wirtschaftsteilnehmer, Art. 84 Vergaberichtlinie**

Die in der Vergaberichtlinie vorgesehene öffentliche Aufsicht zur Überwachung der Umsetzung und des Funktionierens der Vergabevorschriften ist abzulehnen.

- Die Schaffung einer einzigen unabhängigen Stelle ist bereits nicht mit Art. 83, 84 Grundgesetz vereinbar, weil damit in die Hoheit der Länder eingegriffen wird, das Verwaltungsverfahren selbst zu regeln.
- Aus praktischer Sicht besteht für eine solche neue Instanz in Deutschland kein Bedarf, weil durch die Rechtsschutzmöglichkeiten eine Überprüfung von Vergabeentscheidungen gewährleistet ist.

## **21. Unterstützung für öffentliche Auftraggeber, Art. 87 Abs. 1 Vergaberichtlinie**

Die vorgesehene Schaffung einer neuen Struktur zur Unterstützung bei Vergabeverfahren ist abzulehnen.

- Die Vergaberichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, Strukturen zur fachlichen Unterstützung zu schaffen, die öffentlichen Auftraggebern Rechts- und Wirtschaftsberatung, Orientierungshilfen und Unterstützung bei der Vorbereitung und Durchführung von Vergabeverfahren anbieten. Ferner sollen die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass jeder öffentliche Auftraggeber kompetente Unterstützung und Beratung in Einzelfragen erhält.
- Diese Anforderung ist entbehrlich und lässt einen zusätzlichen Verwaltungsaufwand durch die Schaffung neuer Behördeneinheiten ohne ersichtlichen Mehrwert befürchten. Denn öffentliche Auftraggeber müssen bereits jetzt eine rechtssichere und wirtschaftliche Aufgabenerfüllung gewährleisten. Die Regelung stellt damit inhaltlich keine neuen Anforderungen, verleitet jedoch zur Schaffung neuer bürokratischer Verwaltungseinheiten.
- Die Regelung bietet den Mitgliedstaaten durch die Formulierung „*Strukturen schaffen*“ einen weiten Spielraum dafür, wie sie Unterstützung bei der Vorbereitung und Durchführung von Vergabeverfahren anbieten. Die Regelung lässt offen, ob öffentliche Auftraggeber die Beratung kostenlos in Anspruch nehmen können oder zu vergüten haben. Weiter gibt die Regelung nicht vor, ob die Mitgliedstaaten das Beratungsangebot etwa verwaltungsintern bereitstellen müssen. Demnach wäre es wohl zulässig, wenn die öffentlichen Auftraggeber externe Rechts- und Wirtschaftsberater hinzuziehen.
- Aus deutscher Sicht ist fraglich, ob überhaupt Handlungsbedarf besteht und neue Strukturen geschaffen werden müssen. Denn die öffentliche Hand hat auch bisher die ordnungsgemäße Durchführung von Vergabeverfahren sicherzustellen und hierzu eigene effektive Strukturen geschaffen.

## **22. Unterstützungsangebote für Wirtschaftsteilnehmer, Art. 87 Abs. 2 und 3 Vergaberichtlinie**

Die Einführung von Unterstützungsangeboten von Wirtschaftsteilnehmern ist in der vorgeschlagenen Form abzulehnen.

- Gemäß Art. 87 Abs. 2 Vergaberichtlinie sollen Mitgliedstaaten Wirtschaftsteilnehmern, insbesondere KMUs, eine „*angemessene Hilfestellung*“ zur Verbesserung des Zugangs gewähren. Die Vorgabe ist aus folgenden Gründen unpräzise:
  - Art. 87 Abs. 2 Vergaberichtlinie spezifiziert nicht, welche Inhalte die Hilfestellung Wirtschaftsteilnehmern vermitteln soll. Die in Art. 87 Abs. 3 UAbs. 2 Vergaberichtlinie aufgeführten Inhalte sollten in Abs. 2 aufgenommen werden.
  - In Art. 87 Abs. 2 Vergaberichtlinie fehlt – ebenso wie in Art. 87 Abs. 1 Vergaberichtlinie – die Angabe, ob die Hilfestellung kostenlos sein muss und ob die Mitgliedstaaten die Hilfestellung anbieten müssen oder ob eine hinreichende Abdeckung mit privater Beratung ausreicht.
- Der Wortlaut in Art. 87 Vergaberichtlinie ist unklar. Art. 87 Vergaberichtlinie verwendet den Wortlaut „*fachliche Unterstützung*“ (Abs. 1), „*angemessene Hilfestellung*“ (Abs. 2) und „*besondere Unterstützungsangebote*“ (Abs. 3). Eine Definition der Begriffe und/oder eine Erläuterung fehlen.
- Zu berücksichtigen ist, dass die Mitgliedstaaten nur ein eingeschränktes Interesse daran haben dürften, in ihrem Mitgliedstaat zu vergebende Aufträge an Wirtschaftsteilnehmer anderer Mitgliedstaaten zu vergeben. Die Mitgliedstaaten haben daher wohl kaum Anlass für eine besonders umfassende Information nicht-ansässiger Wirtschaftsteilnehmer. Die nicht hinreichend spezifizierten Regelungen eröffnen damit die Missbrauchsmöglichkeit dahingehend, dass die Mitgliedstaaten ihrer Informationspflicht nur in geringem Umfang nachkommen, ohne damit gegen die Richtlinie zu verstoßen.