BUCERIUS LAW SCHOOL

PRESS

BUCERIUS LAW SCHOOL PRESS

Schriften der Bucerius Law School

Herausgegeben von

Michael Fehling
Thomas Rönnau
Karsten Schmidt

Band I/14

Vergaberecht im Umbruch II
Die neuen EU-Vergaberichtlinien und ihre Umsetzung

Hamburger Kolloquium zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht
in der Bucerius Law am 6. November 2014

Herausgegeben von

UNIVERSITÄTSPROFESSOR DR. HERMANN PÜNDER, LL.M. (IOWA)
LEHRSTUHL FÜR ÖFFENTLICHES RECHT (EINSCHL. EUROPARECHT), VERWALTUNGSWISSENSCHAFTEN UND RECHTSVERGLEICHUNG, BUCERIUS LAW SCHOOL, HAMBURG,

RECHTSANWALT DR. HANS JOACHIM PRIEß, LL.M.
FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER, BERLIN

Mit Beitragen von

UNIVERSITÄTSPROFESSOR DR. MARTIN BURGI; WISSENSCHAFTLICHER MITARBEITER LARS BURSHILLE; WISSENSCHAFTLICHER MITARBEITER JENS GERLACH; RECHTSANWALT DR. WOLFRAM KROHN; RECHTSANWALT DR. ANDREAS NEUN; RECHTSANWALT DR. MARC OPITZ; RECHTSANWALT DR. HANS JOACHIM PRIEß, LL.M.; UNIVERSITÄTSPROFESSOR DR. HERMANN PÜNDER, LL.M.; RECHTSANWALT DR. PETER SCHÄFER; RECHTSANWALT DR. MARTIN SCHELLENBERG; DR. THOMAS SOLBACH, BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT UND ENERGIE; RECHTSANWALT DR. ROLAND M. STEIN, LL.M.; BUNDESVERWALTUNGSRICHTER (SCHWEIZ) MARC STEINER.

Verlag:

Bucerius Law School Press
– Verlag der Bucerius Law School, Jungiusstr. 6, D-20355 Hamburg

Herausgeber dieses Bandes:

Professor Dr. Hermann Pünder, LL.M.
Dr. Hans Joachim Prieß, LL.M.

Herausgeber der Reihe:

Prof. Dr. Michael Fehling
Prof. Dr. Thomas Rönnau
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

1. Auflage 2015

Herstellung und Auslieferung:

tredition GmbH, Hamburg

ISBN: 978-3-86381-065-8

Printed in Germany

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk, einschließlich seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages und des Autors unzulässig. Dies gilt insbesondere für die elektronische oder sonstige Vervielfältigung, Übersetzung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

DIE BUCERIUS LAW SCHOOL IST EINE GRÜNDUNG DER ZEIT-Stiftung Ebelin und Gerd Bucerius

Vorwort

Am 6. November 2014 fand in der Bucerius Law School die Tagung „Vergaberecht im Umbruch II – Die neuen EU-Vergaberichtlinien und ihre Umsetzung“ statt. Damit wurde die von mir ins Leben gerufene Reihe „Hamburger Kolloquien zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht“ fortgesetzt, die auf einen Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis zielt. Dieser Band gibt – anknüpfend an das vor zehn Jahren erschienene Buch „Vergaberecht im Umbruch“ (Pünder/Prieß, Hrsg., Schriftenreihe der Bucerius Law School, Carl Heymanns Verlag, 2005) − die Referate und Diskussionsbeiträge der Veranstaltung wieder, um sicher zu stellen, dass die Erörterungen die weitere Diskussion um die angemessene Ausgestaltung des Vergaberechts befruchten können.

Dankbar bin ich einmal wieder meinem Mitherausgeber Dr. *Jans-Joachim Prieß*, Freshfields Bruckhaus Deringer, Berlin, mit dem ich die Tagung gemeinsam konzipiert habe und der wichtige Kontakte hergestellt hat. Die Herausgeber danken den Referenten für die nicht selbstverständliche Bereitschaft, das Vorgetragene mit wissenschaftlicher Vertiefung für den Tagungsband zur Verfügung zu stellen. Dass die Veranstaltungsdokumentation mit einer gewissen Verspätung erscheint, hat auch damit zu tun, dass die Autoren beruflich sehr beansprucht sind. Um so mehr freue ich mich, dass schließlich alle geliefert haben. Dankbar bin ich auch meinen wissenschaftlichen Mitarbeitern *Lars Burshille* und *Jens Gerlach* für die anspruchsvolle Zusammenfassung der Diskussion. Weiter bin ich *Florian Woitek* für die Betreuung durch die „Bucerius Law School Press“ zu Dank verpflichtet. Ich bin froh, dass unser Verlag „open Access“-Initiativen unterstützt und auch das vorliegende Buch digital im Internet über den Gemeinsamen Bibliotheksverbund (GBV) zugänglich macht (http://www.gbv.de/dms/buls/825620481.pdf). Dies wird den wissenschaftlichen Diskurs hoffentlich bereichern. Vor allem aber danke ich Frau *Anne Trebesius* in meinem Sekretariat, die die Mühen der formalen Vereinheitlichung der Manuskripte auf sich genommen hat. Dies war kein leichtes Unterfangen.

Hamburg, im Mai 2015

Hermann Pünder

Inhalt

Vorwort V

Eröffnung der Tagung Vergaberecht im Umbruch II – die neuen EU-Vergaberichtlinien und ihre Umsetzung *(Hermann Pünder)* 1

Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nach der Reform *(Martin Schellenberg)* 5

A. Einführung 5

B. Aktuelle Rechtslage 7

I. Die Inhouse-Rechtsprechung des EuGH 7

II. Umfang der erforderlichen Kontrollintensität 8

III. Anwendungsbereich der Mehrmütter-Kontrolle 8

IV. Anwendung des Kontrollkriteriums bei horizontaler und umgekehrt vertikaler Kontrolle 9

V. Reichweite des Verbots privater Beteiligung 10

VI. Reichweite des Wesentlichkeitskriteriums 10

VII. „Interkommunale Kooperation“ 11

VIII. Zusammenfassung 12

C. Die Regelungen zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit in der Richtlinie 2014/24/EU 12

I. Umfang der erforderlichen Kontrollintensität 13

II. Konzernzurechnung und Mehrmütterkontrolle 13

III. Reichweite des Verbots privater Beteiligung 14

IV. Reichweite des Wesentlichkeitskriteriums 15

V. „Interkommunale“ Kooperation 16

D. Ergebnis 17

Eignung und Ausschluss nach der neuen Vergaberichtlinie *(Hans-Joachim Prieß)* 19

A. Einleitung 20

B. Eignung 21

I. Änderungen an der Regelungsstruktur 21

II. Anforderungen an die Wirtschaftsteilnehmer 21

1. Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit 21

2. Technische und berufliche Leistungsfähigkeit 22

III. Nachforderung von Eignungsnachweisen . . . 23
IV. Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien . . . 23
V. Eignungsleihe . . . 24
VI. Prüfungsreihenfolge . . . 25
VII. Einheitliche Europäische Eigenerklärung . . . 25
VIII. e-Certis . . . 26
C. Ausschluss und Selbstreinigung . . . 27
I. Allgemeines . . . 27
II. Ausschluss . . . 27
1. Zwingende Ausschlussgründe . . . 27
a. Rechtskräftige Verurteilung . . . 27
b. Bisherige Ausschlussgründe . . . 28
c. Neue Ausschlussgründe . . . 29
d. Ausnahmen vom zwingenden Ausschluss . . . 29
e. Zwingender Ausschluss als Kündigungsgrund . . . 30
2. Fakultative Ausschlussgründe . . . 30
a. Ausschluss wegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtlichen Verstoßes, Art. 57 Abs. 4 lit. a) Vergaberichtlinie . . . 31
b. Ausschluss wegen Zahlungsunfähigkeit oder Insolvenz, Art. 57 Abs. 4 lit. b) Vergaberichtlinie . . . 31
c. Ausschluss wegen schwerer beruflicher Verfehlung, Art. 57 Abs. 4 lit. c) Vergaberichtlinie . . . 32
d. Ausschluss wegen Wettbewerbsverzerrung, Art. 57 Abs. 4 lit. d) Vergaberichtlinie . . . 32
e. Ausschluss wegen Interessenkonflikts oder vorheriger Einbeziehung, Art. 57 Abs. 4 lit. e) und f) Vergaberichtlinie . . . 33
f. Ausschluss wegen mangelhafter Vertragserfüllung, Art. 57 Abs. 4 lit. g) Vergaberichtlinie . . . 33
g. Ausschluss wegen Täuschung im Vergabeverfahren, Art. 57 Abs. 4 lit. h) Vergaberichtlinie . . . 33
h. Ausschluss wegen unzulässiger Einflussnahme, Art. 57 Abs. 4 lit. i) Vergaberichtlinie . . . 34
i. Ermessen der Vergabestellen . . . 34
3. Steuern und Sozialabgaben . . . 34
4. Verhältnismäßigkeit . . . 35
5. Nachweis des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen . . . 35
6. Ausschluss bei Eignungsleihe . . . 36
III. Selbstreinigung . . . 36
1. Geltende Rechtslage in Deutschland . . . 36
2. Regelungen in den neuen Vergaberichtlinien . . . 37

IV. Maximaler Zeitraum des Ausschlusses 39

D. Fazit 39

Neue und geänderte Verfahren und Verfahrensregelungen *(Andreas Neun)* 41

A. Überblick 42

B. Richtlinienübergreifende Neuerungen 42

I. Anwendung elektronischer Kommunikationsmittel 43

1. VRL und Sektoren-RL 43

a. Elektronische Verfügbarkeit der Auftragsunterlagen 43

b. Dynamische Beschaffungssysteme, elektronische Auktionen und elektronische Kataloge 43

c. Elektronische Vergabe durch zentrale Beschaffungsstellen 44

2. Konzessions-RL 44

II. Besondere Verfahrensregelungen für soziale und andere besondere Dienstleistungen 44

C. Konzessions-RL 45

I. Freie Gestaltung des Verfahrens zur Wahl des Konzessionsnehmers 45

II. Konzessionsbekanntmachung 46

D. Sektoren-RL 46

I. Wahl der Verfahren 46

II. Fristverkürzungen 47

E. VRL 47

I. Erläuterungen der Kommission zu den Verfahrensarten 48

II. Anhang XV zur VRL – „Entsprechungstabelle“ 49

III. Verbindliche Umsetzung aller Verfahrensarten im mitgliedstaatlichen Recht 50

IV. Aufruf zum Wettbewerb mittels „Vorinformation“; Flexibilität für subzentrale öffentliche Auftraggeber? 50

V. Neuerungen für das offene Verfahren 51

VI. „Leichtere“ Anwendung des Verhandlungsverfahrens 52

VII. Strukturierung des Ablaufs des Verhandlungsverfahrens 52

VIII. Wettbewerblicher Dialog 54

IX. Innovationspartnerschaft 54

X. Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb 55

F. Fazit 56

Zuschlag und Zuschlagskriterien: Die Komplexität nimmt zu *(Martin Burgi)* 57
A. Die bisherige Rechtslage 58
B. Die neuen Bestimmungen der VRL (RL 2014/24/EU) 59
I. Teilweise neue Systematik und Terminologie. 59
II. Durchgehende Betonung des Auftragsbezugs 61
III. Neu: Die Vergabe nach den niedrigsten Kosten 61
IV. Neuerungen bei den leistungsbezogenen Zuschlagskriterien 62
V. Administrative Anforderungen 63
C. Bewertung der neuen Bestimmungen 63
I. Zum neuen Verhältnis der Zuschlagskriterien zueinander 63
II. Zur neuen Terminologie. 64
III. Zum Lebenszykluskosten-Ansatz 65
IV. Zum Auftragsbezug 66
V. Zur Einbeziehbarkeit personalbezogener Kriterien. 67
VI. Zum Verhältnis zu anderen Stufen des Vergabeverfahrens 67
D. Einzelne Herausforderungen für die Umsetzungsgesetzgebung 68
I. Der künftige Regelungsort. 69
II. Das Verhältnis zum Thema Leistungsbeschreibung 69
III. Orientierung an der neuen EU-Begrifflichkeit 70
IV. Vorgaben für das Verhältnis zwischen finanziellen und leistungsbezogenen Kriterien 71
V. Zulassung personalbezogener qualitativer Kriterien. 72
VI. Förderung einer nachhaltigen Beschaffungspolitik. 73
E. Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten 73
F. Fazit 74

Vertragsänderungen im reformierten EU-Vergaberecht *(Wolfram Krohn)* 75
A. Einleitung 75
B. Ausgangslage 76
C. Die Neuregelungen der neuen Richtlinien 78
I. Die Neuregelungen im Überblick 78
II. Die Fallgruppen im Einzelnen 79
1. Änderungen aufgrund von Überprüfungs- und Optionsklauseln 79
2. Nachträglich erforderlich gewordene Zusatzleistungen 80

3. Änderungen aufgrund unvorhergesehener Umstände . . . 81
4. Geringfügige Änderungen . . . 82
5. Austausch des Auftragnehmers . . . 83
6. Unwesentliche Änderungen im Sinne der „Pressetext-Leitlinien“ . . . 85
III. Neu: Zwingende Kündigungsmöglichkeit bei Verstoß . . . 86

D. Wie sollen wesentliche Vertragsänderungen ausgeschrieben werden? . . . 87

E. Fazit . . . 89

Das neue internationale Vergaberecht *(Marc Opitz)* . . . 91

A. Einführung . . . 91

B. Nutzung ausländischer zentraler Beschaffungsstellen . . . 93

C. Gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe . . . 94

I. Formen der gelegentlichen gemeinsamen Auftragsvergabe . . . 95

II. Anwendbares Recht bei der gelegentlichen gemeinsamen Auftragsvergabe . . . 95

D. Auftragsvergabe durch gemeinsame Einrichtungen . . . 97

E. Rechtsschutz . . . 98

F. Fazit . . . 100

Mehr Regeln (und Ausnahmen): Die neue Konzessionsvergaberichtlinie *(Roland M. Stein)* . . . 101

A. Einführung . . . 102

B. Anwendungsbereich der Richtlinie . . . 104

I. Persönlicher Anwendungsbereich . . . 104

1. Öffentlicher Auftraggeber . . . 105
2. Auftraggeber . . . 105
II. Sachlicher Anwendungsbereich . . . 106

1. Baukonzession . . . 107
2. Dienstleistungskonzession . . . 107
3. Abgrenzung der Baukonzession und Dienstleitungskonzession . . . 107
4. Abgrenzung der Konzession zum Auftrag: Risikoübertragung . . . 108
   a. Art. 5 KVR . . . 108
   b. Erwägungsgründe . . . 108
   c. Vergleich zur bisherigen Rechtslage . . . 109
III. Schwellenwerte . . . 110

IV. Ausnahmen . . . 110

1. Sektorenspezifische Ausnahmen . . . 111
   a. Art. 10 ff. KVR . . . 111
   b. Strom- und Gaskonzessionen . . . 112

2. Für Auftraggeber geltende allgemeine Ausnahmen . . . 113
C. Inhouse-Vergabe und Interkommunale Zusammenarbeit . . . 113
I. Inhouse-Vergabe (vertikale Kooperation) . . . 114
II. Interkommunale Zusammenarbeit (horizontale Kooperation) . . . 114
D. Die Vergabe von Konzessionsverträgen . . . 115
I. Arten der Vergabe . . . 115
II. Besonderheiten des Vergabeverfahrens . . . 116
1. Bekanntmachung . . . 116
2. Verfahrensgarantien . . . 117
3. Auswahl und qualitative Bewertung der Bewerber . . . 118
4. Zwingender Ausschluss . . . 118
a. Art. 38 Abs. 4 KVR . . . 119
b. Art. 38 Abs. 5 KVR . . . 119
c. Art. 38 Abs. 6 KVR . . . 119
5. Fakultativer Ausschluss . . . 120
6. Selbstreinigung . . . 121
7. Zuschlagskriterien . . . 122
III. Änderung von Verträgen . . . 122
1. Zulässige Änderungen . . . 123
2. Unzulässige (wesentliche) Änderungen . . . 124
IV. Kündigung . . . 124
E. Besonderheit: Beschränkung der Laufzeit . . . 125
F. Rechtsschutz im Konzessionsvergabeverfahren . . . 125
G. Fazit . . . 126

Die neuen EU-Vergaberichtlinien – eine Außensicht: Vom Preis- zum Qualitätswettbewerb?
(Marc Steiner) . . . 127
I. Vorbemerkung . . . 127
II. Kulturwandel im Vergaberecht? . . . 130
III. Wie ist mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten umzugehen? . . . 130
IV. ILO-Kernarbeitsnormen als Thema des Vergaberechts . . . 131
V. Mehreignung nach der EU-Richtlinie 2014/24/EU . . . 133
VI. Der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots – eine der Schlüsselstellen des neuen EU-Vergaberechts . . . 134
VII. Fazit . . . 138

Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts - Beschluss des Bundeskabinetts vom 7. Januar 2015 *(Thomas Solbach)* 141

I. Ziele der Modernisierung des EU-Vergaberechts 142

II. Leitlinien der Umsetzung in das deutsche Recht 142

III. Neue Struktur des Vergaberechts 142

IV. Inhaltliche Schwerpunkte der Vergaberechtsmodernisierung 143

1. Vergabeverfahren vereinfachen und flexibler gestalten 143
2. Nachhaltige und innovative Beschaffung stärken 144
3. Regeln zur Eignungsprüfung vereinfachen 144
4. Arbeits- und sozialrechtliche Verpflichtungen beachten (insbesondere Tariftreue und Mindestlohn) 145
5. Freiräume für die öffentliche Hand erhalten 145
6. Vergabe von sozialen Dienstleistungen erleichtern 146
7. Mittelstandsfreundliche Vergabe gewährleisten 146
8. Den Belangen von Menschen mit Behinderungen Rechnung tragen 146
9. Wirtschaftskriminalität wirksam bekämpfen 146
10. Elektronische Kommunikation für das Vergabeverfahren nutzen 147
11. Verlässliche Datengrundlage für öffentliche Auftragsvergabe schaffen 147

V. Zeitplan der Umsetzung 147

Zur Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien in Deutschland *(Peter Schäfer)* 149

A. Vorbemerkungen zu den zugrundeliegenden EU-Vergaberechtsreformen 2014 151

I. Reformen im Spannungsfeld widerstreitender Zielsetzungen 151

1. Intensivierung des Binnenmarktes versus Beschränkungen des Geltungsbereichs der Richtlinien 151
2. Vereinfachung des Rechtsrahmens versus verstärkte Kodifizierung der EuGH-Rechtsprechung 153
3. Erleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen versus erweiterte Zulassung politischer Zielsetzungen 153

II. Reformen zwischen Kontinuität und Generalrevision 155

III. Reformen zwischen Zeitdruck und Komplexität 156

1. Eng gesetzte Zeitvorgaben 156
2. Komplexität und Grenzen der Beschleunigung 156
3. Beispiele 157

B. Zu besonders wesentlichen Reforminhalten 159

I. Zu den neuen Richtlinien für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Sektorenaufträgen 159

1. Besonders positiv zu beurteilende Reformergebnisse 159
   a. Im Grundsatz unveränderter Geltungsbereich und Schwellenwerte 159

b. Erleichterungen bezüglich vom Bieter zu erbringender Nachweise 160
c. Ausdrückliche Klarstellungen zur „Selbstreinigung“ 160
d. Stärkung des Prinzips des wirtschaftlich günstigsten Angebots 160
e. Deutlichere Bezugnahme auf die Lebenszykluskosten 161
2. Besonders negativ zu beurteilende Reformergebnisse 161
a. Erweiterte Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit 161
b. Vorschriften zur erweiterten Berücksichtigung allgemeiner politischer Vorgaben im Vergabewesen 162
aa. Staatliche Maßnahmen bezüglich der Einhaltung umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlicher Pflichten der Wirtschaftsteilnehmer 162
bb. Verstärkte „strategische Vergabe“ bzw. Lockerung des Auftragsbezugs der Zuschlagskriterien. 163
c. Zwingende Einführung der elektronischen Vergabe 164
d. Verkürzung der Mindestfristen für Teilnahmeanträge und Angebote. 166
e. Zulassung von Direktzahlungen des Auftraggebers an den Unterauftragnehmer. . . 167
II. Zur Konzessionsrichtlinie 167
1. Besonders positiv zu beurteilende Reformergebnisse. 167
a. Explizite Vorab-Bekanntmachungspflicht nun auch für Dienstleistungskonzes sionen 167
b. Anwendbarkeit der Rechtsmittelrichtlinien 168
2. Besonders negativ zu beurteilende Reformergebnisse 168
a. Zu weit gehende Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit 168
b. Ausnahmen vom Geltungsbereich im Wassersektor 168
c. Erstreckung des Geltungsbereichs auf Sektorenauftraggeber 169
d. Stark gestiegener Gesamt-Regelungsumfang 169
III. Fazit 170
C. Zu wichtigen Gestaltungsspielräumen bei der nationalen Umsetzung 170
I. Generelle Anmerkungen 170
II. Zu wichtigen einzelnen Regelungen 170
1. Zur zwingenden Einführung der eVergabe 171
2. Zur öffentlich-öffentlichen Kooperation 171
3. Zur Wahl der Verfahrensarten und zum Vorrang des offenen Verfahrens. 172
4. Zum Verhandlungsverfahren 172
5. Zu Mindestfristen für Teilnahmeanträge und Angebote 172
6. Zur „Innovationspartnerschaft“ 173
7. Zu den Zuschlagskriterien bzw. zur erweiterten Zulassung allgemeiner politischer Vorgaben für den „spezifischen Herstellungsprozess“. 173

D. Kurze Anmerkung zur Form der Umsetzung 174

I. Die beabsichtige politische Entscheidung 174

II. Einschätzung und Empfehlungen 175

E. Zusammenfassung 177

Diskussion zu den Referaten *(Lars Burshille/Jens Gerlach)* 179

1. Struktur des Vergaberechts 179
2. Kündigungsrecht bei wesentlichen Änderungen von Aufträgen. 181
3. Interkommunale Zusammenarbeit 181
4. Zentrale Beschaffungsstellen und E-Vergabe 181
5. Verhältnis von Preis und Kosten zu qualitativen Zuschlagskriterien 182
6. Berücksichtigung externer, nicht produktbezogener Umweltauswirkungen 185
7. ILO-Kernarbeitsnormen. 186

Eröffnung der Tagung
Vergaberecht im Umbruch II
– die neuen EU-Vergaberichtlinien und ihre Umsetzung

von

Professor Dr. Hermann Pünder, LL.M. (Iowa)*

Sehr geehrte Damen und Herren!

Ich begrüße Sie – auch im Namen von Dr. *Prieß* – sehr herzlich zu unserem Kolloquium über die neuen EU-Vergaberichtlinien und ihre Umsetzung. Ich kann ja richtig froh sein, dass Sie hier sind. Der – wie es bei Spiegel-Online heißt – „*unsympathischste Arbeitskampf Deutschlands*" – hat vielen, die sich angemeldet hatten, die Teilnahme unmöglich gemacht. Immerhin können die Bemitleidenswerten aber später auf unseren Tagungsband zurückgreifen und das, was hier gesagt und diskutiert wurde, in wissenschaftlicher Vertiefung nachvollziehen. Vielen Dank schon jetzt den Referenten, dass sie bereit sind, den Tagungsband mit zu gestalten.

Einige von Ihnen werden sich erinnern: Vor fast genau zehn Jahren haben Dr. *Prieß* und ich hier an der Bucerius Law schon einmal ein Symposium mit dem Titel „*Vergaberecht im Umbruch*" veranstaltet.[1] Auch damals ging es um ein umfassendes Reformpaket der Europäischen Union. Die Europäische Kommission war vor zehn Jahren ganz euphorisiert. Hoffnungsfroh meinte man, dass die öffentlichen Auftraggeber ihre Ausgaben für die Aufträge nach der Rechtsänderung um ein Zehntel drücken können werden und dann sei – so die Botschaft der Kommission – der EU-Stabilitätspakt kein Problem mehr.[2] Dass es, was den Zustand der Staatsverschuldung in Europa angeht, so ganz anders gekommen ist, wissen wir alle. Ziel der neuen Richtlinien ist – in der etwas eigenartigen Begrifflichkeit der Europäischen Union – die „*Erzielung eines intelligenten, nachhaltigen und integrativen Wachstums bei gleichzeitiger Gewährleistung eines möglichst effizienten Einsatzes öffentlicher Gelder*". Ob das neue Recht diesem Anspruch genügt? Man darf gespannt sein.

Bitte erlauben Sie, dass ich die Referenten des heutigen Tages besonders begrüße: Dank gebührt

* Der Autor ist Universitätsprofessor und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Verwaltungswissenschaften und Rechtsvergleichung an der Bucerius Law School in Hamburg.

1 *Hermann Pünder/Hans-Joachim Prieß* (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, Hamburger Kolloquium zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht in der Bucerius Law School am 30. September 2004, Schriftenreihe der Bucerius Law School, Carl Heymanns Verlag, 2005.

2 Vgl. *Hermann Pünder*, Begrüßung und einleitende Problemskizze, in: Pünder/Prieß (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, 2005, S. 1.

• Dr. *Martin Schellenberg* aus dem Hamburger Büro von Heuking, Kühn, Lüer, Wojtek, der uns sagen wird, in welchem Verhältnis das neue Recht über die − dem Vergaberecht entzogenen − vertikalen *In-House*-Geschäfte und horizontalen Kooperationen (Art. 11 AVR) zur bisherigen EuGH-Rechtsprechung steht;

• Dr. *Hans-Joachim Prieß* von Freshfields in Berlin, der uns nähere Hinweise zu Eignungskriterien (Art. 58 AVR), den Möglichkeiten der „Eignungsleihe" (Art. 63 AVR) und zur neuen „Einheitlichen Europäischen Eignungserklärung" (Art. 59 AVR) geben wird und sich dann den neuen Normierungen zum Ausschluss vom Vergabeverfahren (Art. 57 AVR) zuwenden und erläutern wird, inwieweit die neuen Regelungen über die sogenannten Selbstreinigungsmaßnahmen zur Wiederherstellung der Zuverlässigkeit (Art. 57 Abs. 6 AVR) der deutschen Rechtsprechung zur „*Compliance*" im Vergaberecht entsprechen;

• Dr. *Andreas Neun* von Gleiss Lutz in Berlin, der die neuen Verfahrensregeln – etwa zum Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel und zum Verhältnis der Verfahrensarten zueinander − analysieren und uns in diesem Zusammenhang sicher auch sagen wird, was von den neuen „Innovationspartnerschaften" (Art. 31 AVR) zu halten ist;

• meinem lieben Kollegen Professor *Martin Burgi* von der Ludwigs-Maximilians-Universität in München, der sich den Zuschlagskriterien zuwenden und dabei sicher auch klären wird, was es mit der neuen „Lebenszykluskostenrechnung" (Art. 68 AVR) und dem „besten Preis-Leistungsverhältnis" (Art. 67 Abs. 2 AVR) auf sich hat und inwieweit die öffentlichen Auftraggeber − in Abkehr von der überkommenen strikten Trennung zwischen den personenbezogenen Eignungskriterien und den angebotsbezogenen Zuschlagskriterien − nach den neuen Regeln (Art. 66 Abs. 2) beim Zuschlag nun auch die Leistungsfähigkeit des Anbieters und seines Personals berücksichtigen können (was beim privatwirtschaftlichen Einkauf selbstverständlich ist);

• Dr. *Wolfram Krohn* aus der Berliner Kanzlei von Orrick, Herrington & Sutcliffe, der erläutern wird, wie das neue Vergaberecht mit Vertragserweiterungen, Vertragsänderungen und Vertragsverlängerungen sowie mit Überprüfungs- und Optionsklauseln umgeht (Art. 72 und 73 AVR);

• Dr. *Marc Opitz*, früher für das Vergaberecht bei der Deutschen Bahn zuständig und nun Rechtsanwalt bei Kapellmann in Frankfurt, der unseren Blick auf die bislang kaum geregelte gemeinsame Auftragsvergabe durch Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedstaaten lenken und die Frage beantworten wird, ob die Auftraggeber mit dem neuen Recht (Art. 38 und 39) – wie es in den Erwägungsgründen heißt − das Potential des Binnenmarktes durch grenzüberschreitende Beschaffungen nun besser ausschöpfen können;

• Dr. *Roland Stein* von Freshfields in Berlin, der auf das im Normsetzungsprozess so besonders umstrittene und deshalb nun so besonders spannende Recht der Konzessionsvergaben eingehen wird;

• Herrn *Marc Steiner*, der in der Schweiz am Bundesverwaltungsgericht tätig ist und heute der Frage nachgehen wird, was von den neuen Richtlinien – genauer und in seinen Worten: vom „Kulturwandel im Vergaberecht" − aus der Sicht eines Außenstehenden zu halten ist;

• Dr. *Thomas Solbach*, der die Bundesregierung bei den Verhandlungen der EU-Vergaberichtlinien vertreten hat und nun im Bundeswirtschaftsministerium für die Umsetzung der Richtlinien verantwortlich ist und daher in der Podiumsdiskussion mit besonderer Aufmerksamkeit rechnen kann;

• Dr. *Peter Schäfer* vom Bundesverband der Deutschen Industrie, der die Sicht der betroffenen Unternehmen in die Diskussion einführen wird;

• und schließlich noch einmal *Martin Burgi*, der in der Podiumsdiskussion als Wissenschaftler auf keinerlei externe Interessen Rücksicht nehmen muss, was der Diskussion sicher gut tun wird.

Meine Damen und Herren. Ist es eigentlich ein gutes Zeichen für den Zustand des Rechtsgebietes, dass es zehn Jahre nach dem letzten europäischen „*Legislativpaket zur Modernisierung des Vergaberechts*“ schon wieder zu einer Reform kommt? Man mag dies bezweifeln. Immerhin kam die Umsetzung der letzten Reformrichtlinien in Deutschland erst 2010 zum Abschluss. Man fühlt sich an den „*kleinen Häwelmann*“ erinnert, der immer „*Mehr! Mehr!*“ verlangte. Dass diese Wünsche bei dem Jungen zu einem Desaster geführt haben, kann man in dem 1849 verfassten Märchen von *Theodor Storm* nachlesen. *Martin Burgi* schrieb kürzlich in einem Editorial zur Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien: „*Ein Rechtsgebiet wird erwachsen*“.[3] Hoffen wir, dass dies nun endlich der Fall sein wird, wenn Deutschland das neue EU-Recht umgesetzt hat. Hoffen wir, dass das Vergaberecht nun bald zur Ruhe kommt. Erwachsen sind Menschen, wenn sie die Unsicherheiten und Schrecken der Pubertät hinter sich haben und sich mit einer gewissen Gelassenheit und Sicherheit in ihrem Umfeld bewegen können, weil sie wissen, worauf es ankommt. Das mag man sich auch für das Vergaberecht wünschen: dass das Rechtsgebiet bald so gestaltet ist, dass alle Beteiligten wissen, worauf es ankommt, und dass sie mit Selbstbewusstsein darauf vertrauen können, dass sie keine Fehler machen. Derzeit ist das – was der Blick auf die Judikatur der vielfältigen deutschen und europäischen Spruchkörper zeigt – nicht der Fall. Unser Rechtsgebiet ist derzeit in keinem guten Zustand.

Ob sich die deutschen Normgeber im Vergaberecht aus Anlass der Umsetzung der neuen europäischen Regeln endlich zu einer durchgreifenden Vereinfachung des Vergaberechts durchringen? Vieles ließe sich vereinheitlichen und „vor die Klammer ziehen“. Dies entspräche nicht nur der guten deutschen Kodifikationskultur, sondern auch den Erfordernissen der Praxis. Klare Regelungen werden allen Beteiligten − den öffentlichen Auftraggebern, den an den Aufträgen Interessierten und den Nachprüfungsinstanzen – nützen und zugleich in der Bevölkerung das Bewusstsein stärken, dass es bei der Vergabe öffentlicher Aufträge mit rechten Dingen zugeht.

Verfassungsrechtlich geboten ist es, dass der Gesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen selbst trifft. Die Einzelheiten kann – und muss − der Verordnungsgeber normieren. Dabei mögen die interessierten Wirtschaftskreise ihre Expertise – etwa in Sachverständigenanhörungen nach § 70 Abs. 1 Satz 1 GOBT oder Beteiligungen nach § 47 GGO − einbringen. Das ist der verfassungsrechtlich angemessene Weg. Jedenfalls dürfen die traditionellen „*Verdingungsausschüsse*“ – der „*Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen*“ (DVA) und der „*Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Lieferungen und Dienstleistungen*“

[3] *Martin Burgi*, Ein Rechtsgebiet wird erwachsen: Zur Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien, ZHR 178 (2014), S. 2 ff.

(DVAL) − keine Veto-Position haben. Die für das Vergaberecht zuständigen staatlichen Stellen stehen vor großen Herausforderungen. Hoffentlich sind sich die dort Tätigen ihrer demokratischen und rechtsstaatlichen Verantwortung bewusst!

So richtig viel Hoffnung habe ich nicht. Lesen Sie doch mal im Tagungsband zum letzten Kolloquium den Beitrag von *Fridhelm Marx*, damals Leiter der Unterabteilung Wettbewerb und Preispolitik im Bundeswirtschaftsministerium, nach.[4] Schon damals wurde eine „*Verschlankung und Vereinfachung des Vergaberechts in Deutschland*" versprochen. Und dass das Versprechen nicht eingehalten wurde, wissen wir alle.

Meine Damen und Herren! Für England soll es eine empirische Untersuchung geben, wonach mehr Arbeitszeit mit Begrüßungsansprachen als mit Streiks verloren geht. Heute, wo uns die kleine „Gewerkschaft der Lokführer" das Leben schwermacht, ist diese Erkenntnis ja besonders pikant. Ich will daher schnell zum Schluss kommen. Die Manege ist frei. Lieber *Martin Schellenberg*: Beginne mit Deinem Vortrag.

[4] *Fridhelm Marx*, Verschlankung und Vereinfachung des Vergaberechts, in: Pünder/Prieß (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, 2005, S. 23 ff.

Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nach der Reform

von

RECHTSANWALT DR. MARTIN SCHELLENBERG*

A. Einführung 5
B. Aktuelle Rechtslage 7
I. Die Inhouse-Rechtsprechung des EuGH 7
II. Umfang der erforderlichen Kontrollintensität 8
III. Anwendungsbereich der Mehrmütter-Kontrolle 8
IV. Anwendung des Kontrollkriteriums bei horizontaler und umgekehrt vertikaler Kontrolle. . . . 9
V. Reichweite des Verbots privater Beteiligung 10
VI. Reichweite des Wesentlichkeitskriteriums 10
VII. „Interkommunale Kooperation“ 11
VIII. Zusammenfassung 12
C. Die Regelungen zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit in der Richtlinie 2014/24/EU. 12
I. Umfang der erforderlichen Kontrollintensität 13
II. Konzernzurechnung und Mehrmütterkontrolle 13
III. Reichweite des Verbots privater Beteiligung 14
IV. Reichweite des Wesentlichkeitskriteriums 15
V. „Interkommunale“ Kooperation 16
D. Ergebnis 17

A. Einführung

Mit Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU sind erstmalig Fragen der Zulässigkeit öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit vergaberechtlich kodifiziert worden. Der Richtliniengeber hat dies für erforderlich gehalten, weil in den Mitgliedsstaaten eine „erhebliche Rechtsunsicherheit“

* Der Autor ist Partner der Sozietät Heuking Kühn Lüer Woitek in Hamburg.

diesbezüglich herrsche. Insbesondere werde die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs unterschiedlich ausgelegt. Daher beabsichtige man mit der Richtlinie eine „Präzisierung“ dieser Rechtsprechung.[1]

Doch mit einer Präzisierung ist es nicht getan. Im Folgenden wird dargelegt, dass der EuGH auch nach insgesamt 12[2] einschlägigen Entscheidungen nicht zu einer eindeutigen Linie gefunden hat. Auch in Deutschland ist die vergaberechtliche Spruchpraxis[3] widersprüchlich geblieben und wurde in der Literatur[4] vielfach kritisiert.

Vor diesem Hintergrund wird nun mit Art. 12 der neuen Richtlinie erstmalig eine gesetzliche Regelung öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit verankert. Es ist zu erwarten, dass der deutsche Gesetzgeber diese Regelung ohne Änderungen in das GWB übernehmen wird.

Die folgende Analyse zeigt allerdings, dass das gesetzgeberische Ergebnis teilweise enttäuscht: Unklarheiten der EuGH-Rechtsprechung wurden in die Richtlinie übernommen. Die Regelungsmechanik ist teilweise inkonsistent und daher ist es nach wie vor teilweise unklar, wann öffentliche Hände vergabefrei zusammenarbeiten dürfen. In einer Reihe von Punkten hat die Richtlinie jedoch auch klare Vorgaben geschaffen.

1 Richtlinie 2014/24/EU v. 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und die Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, Erwägungsgrund (31).

2 EuGH, Urt. v. 18.11.1999, C-107/98; EuGH, Urt. v. 11.01.2005, C-26/03; EuGH, Urt. v. 13.10. 2005, C-458/03; EuGH, Urt. v. 10.11.2005, C-29/04; EuGH, Urt. v. 11.05.2006, C-340/04; EuGH, Urt. v. 19.04.2007, C-295/05; EuGH, Urt. v. 18.01.2007, C-220/05; EuGH, Urt. v. 17.07.2008, C-347/06; EuGH, Urt. v. 09.06.2009, C-480/06; EuGH, Urt. v. 19.12.2012, C-159/11; EuGH, Urt. v. 13.06.2013, C-386/11; EuGH, Urt. v. 08.05.2014, C-15/13.

3 BayObLG, VergabeR 2002, S. 244 ff.; OLG Frankfurt, VergabeR 2005, S. 80 ff.; OLG Naumburg, VergabeR 2006, S. 88 ff.; OLG Düsseldorf, VergabeR 2006, S. 777 ff.; BGH, VergabeR 2008, S. 925 ff.; OLG Celle, NZBau 2010, S. 194 ff.; OLG Düsseldorf, VergabeR 2012, S. 31 ff. und 35 ff.; OLG Frankfurt, VergabeR 2012, S. 47 ff.; OLG Koblenz, VPR 2015, S. 9.

4 *Birgit Ortlieb*, Inhouse-Geschäfte als Ausnahme zur Ausschreibungspflicht im Spannungsfeld zunehmender Privatisierung,WuW 2003, S. 146 ff.; *Ulf-Dieter Pape/Henning Holz*, Die Voraussetzungen vergabefreier In-house-Geschäfte, NJW 2005, S. 2264 ff.; *Walter Frenz*, Die Abgrenzung von ausschreibungsfreien In-House-Geschäften am Scheideweg Vor dem Urteil "Carbotermo", WRP 2006, S. 874 ff.; *Christian Orlowski*, Zulässigkeit und Grenzen der In-house-Vergabe, NZBau 2007, S. 80 ff.; *Thorsten Siegel*, Wie rechtssicher sind In-House-Geschäfte?, NVwZ 2008, S. 7 ff.; *Ralf Gruneberg/Anke Wilden*, Die Einschränkung der interkommunalen Kooperationsmöglichkeit durch aktuelle vergaberechtliche Entscheidungen, ZfBR 2013, S. 438 ff.; *Oskar Maria Geitel*, In-House: Wann liegt eine gemeinsame Kontrolle vor?, NZBau 2013, S. 483 ff.; *Matthias Knauff*, Neues zur Inhouse-Vergabe, EuZW 2014, S. 486; *Christian Sudbrock*, Wasserkonzessionen, In-House-Geschäfte und interkommunale Kooperationen nach den neuen EU-Vergaberichtlinien, KommJur 2014, S. 41 ff.; *Walter Frenz*, 21. Los (Eu-Primär-und Sekundärrecht), in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 3. Aufl. 2014, Rdnr. 92 ff., 118 ff.; *Marco König*, § 6 Besondere Auftragsvergaben: In-house-Geschäfte und staatliche Kooperationen, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, 2014, S. 151 ff.; *Klaus Heuvels*, § 99 GWB, in: ders./Höß/Kus/Wagner, Vergaberecht, 2013, Rdnr. 149 ff.; *Matthias Ganske*, § 99 GWB Öffentliche Aufträge, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 40 ff., 50 ff.; *Bernhard Wegener*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 99 GWB Rdnr. 10 ff.; *Michael Fruhmann*, Die neue Ausnahme für öffentlich-öffentliche Vergaben gemäß der allgemeinen Ausrichtung des Rates, in: FS Fridhelm Marx, 2013, S. 145 ff.; *Friedrich Ludwig Hausmann*, 15 Jahre GWB – 15 Jahre In-house-Rechtsprechung des EuGH, dies. FS, S. 213 ff.

B. Aktuelle Rechtslage

Ob öffentliche Hände ausschreibungsfrei zusammenarbeiten dürfen, beurteilt sich nach aktuellem Recht auf der Grundlage einer Auslegung des Begriffs „öffentlicher Auftrag".[5] Er ist in § 99 Abs. 1 GWB enthalten und stammt aus Art. 1 (2)a der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG. Der EuGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass auch Verträge zwischen öffentlichen Händen grundsätzlich öffentliche Aufträge i.S.d. Regelung sein können.[6]

Allerdings sollen die Mitgliedsstaaten bei der Gestaltung ihrer internen Organisation frei sein. Insbesondere enthält der AEUV keinen Zwang zur Privatisierung.[7] Daher darf auch das Vergaberecht die öffentliche Hand nicht dadurch zwingen, Aufgaben zu privatisieren, dass sie interne Kooperationen verbietet und stattdessen eine Ausschreibung vorschreibt.[8]

I. Die Inhouse-Rechtsprechung des EuGH

Umgesetzt hat der EuGH das oben beschriebene Regelungsziel zunächst durch die „Inhouse-Regeln". Diese bereits 1999 in der Teckal-Entscheidung[9] formulierten Regeln besagen, dass eine ausschreibungsfreie Zusammenarbeit innerhalb der öffentlichen Hand über die Grenzen juristischer Personen hinweg nur zulässig sein soll, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer „wie seine eigene Dienststelle" kontrolliert.[10] Dazu war zum einen erforderlich, dass der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer rechtlich vermittelte Durchgriffs- und Weisungsrechte besitzt.[11] Zum anderen dürfen keine privaten Gesellschafter am Auftragnehmer beteiligt sein.[12] Schließlich muss der Auftragnehmer im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig werden.[13] Hierdurch soll eine Marktverzerrung ausgeschlossen werden. Eine Marktverzerrung wird vermutet, wenn ein Unternehmen „wesentlich" am Markt im Wettbewerb mit anderen privaten Marktteilnehmern agiert und zugleich ausschreibungsfrei öffentliche Aufträgen erhält.[14]

Diese Restriktionen betreffen nicht nur zivilrechtliche Verträge. Auch die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder ein öffentlich-rechtlicher Vertrag können vergaberechtlich als öffentlicher Auftrag qualifiziert werden.[15]

5 *König* (Fußn. 4), Rdnr. 2.
6 Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 08.05.2014, C-15/13; v. 13.06.2013, C-386/11; v. 18.01.2007, C-220/05.
7 Vgl. EuGH, Urt. v. 11.01.2005, C-26/03, Rdnr. 48; v. 13.11.2008, C-324/07, Rdnr. 48 f. ; v. 09.06.2009, C-480/06, Rdnr. 45 (alle juris), *Rudolf Weyand*, ibr-online-Kom Vergaberecht, 15.02.2015, § 99 GWB Rdnr. 425/3.
8 EuGH, Urt. v. 11.01.2005, C-26/03, Rdnr. 48 (juris); vgl. *Ganske* (Fußn. 4), Rdnr. 41; *Wegener* (Fußn. 4), Rdnr. 12; *Jost Pietzcker*, Grenzen des Vergaberechts, NVwZ 2007, S. 1225, 1229.
9 EuGH, Urt. v. 18.11.1999, C-107/98.
10 EuGH, Urt. v. 18.11.1999, C-107/98, Ls. 2.
11 *Frenz* (Fußn. 4), Rdnr. 100 f.
12 *König* (Fußn. 4), Rdnr. 24.
13 *König* (Fußn. 4), Rdnr. 28.
14 *Heuvels* (Fußn. 4), Rdnr. 159.
15 EuGH, Urt. v. 12.07.2001, C-399/98; v. 29.04.2010, C-160/08; *Wegener* (Fußn. 4), Rn 5 f.

II. Umfang der erforderlichen Kontrollintensität

Zweifelhaft ist, ob die Dienststellen-Eigenschaft erfüllt ist, wenn das Auftragnehmer-Unternehmen über gesetzlich oder vertraglich eingeräumte Freiräume verfügt. Diskutiert wird dies insbesondere bei der Kontrolle über eine Aktiengesellschaft[16] aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Autonomie der Organe. Beispiel: Eine Kommune ist alleinige Aktionärin einer Stadtwerke AG. Sie beauftragt die AG mit der Stromlieferung. Aufgrund der aktienrechtlich garantierten Weisungsfreiheit des Vorstandes gegenüber den Aktionären könnte zweifelhaft sein, ob die Kommune die AG wie ihre eigenen Dienststellen kontrollieren kann. Der EuGH hat sich hierüber nicht abschließend geäußert. In Bezug auf staatliche Universitäten hat das Gericht 2014 allerdings entschieden, dass Universitäten aufgrund der verfassungsrechtlich garantierten Wissenschaftsfreiheit nicht inhousefähig sind.[17] Zu klären ist also, welche Kontrollintensität erforderlich ist, um die Inhouse-Fähigkeit zu erhalten.

III. Anwendungsbereich der Mehrmütter-Kontrolle

Bis heute unsicher ist, wie die Dienststellen-gleiche Kontrolle ausgestaltet sein muss, wenn mehrere Auftraggeber an dem Auftragnehmer beteiligt sind. In der Praxis kommt dies häufig vor, da Kommunen oder Kreise Zweckverbände gründen, um gemeinsam IT- oder Abfalldienstleistungen für ihre Mitglieder zu erbringen. Der EuGH hat klargestellt, dass die Kontrolle nicht notwendig innerhalb einer privatrechtlichen Gesellschaft erfolgen muss: Ein Zweckverband oder ein anderes öffentlich-rechtliches Vehikel kann ebenso Gegenstand der gemeinsamen Kontrolle sein.[18] Welche konkreten Mechanismen allerdings im Einzelnen zur Wahrnehmung der Kontrolle bei mehreren Gesellschaftern erforderlich sind, ist nach wie vor nicht vollständig geklärt.

Einer zweifelsfreien Auslegung im Wege steht, dass sich der EuGH früh darauf festgelegt hat, dass auch mehrere Auftraggeber einen Auftragnehmer „wie eine eigene Dienststelle“ kontrollieren können.[19] Der EuGH wollte damit offensichtlich plastisch aufzeigen, dass ein Inhouse-Geschäft nur dann zulässig ist, wenn kein materieller Unterschied zwischen der verwaltungsinternen Aufgabenerfüllung und einer Organisationsprivatisierung besteht. Steht der Auftragnehmer in einem entsprechenden Abhängigkeitsverhältnis zu dem Auftraggeber wie dessen interne Dienststellen, dann ergibt eine Ausschreibungspflicht zwischen beiden keinen Sinn.

Es ist jedoch zweifelhaft, ob diese Anleihe an die verwaltungsrechtliche Terminologie geeignet ist, Kontrollverhältnisse zwischen voneinander rechtlich unabhängigen juristischen Personen abzubilden. Die Abhängigkeit einer Dienststelle drückt sich verwaltungsrechtlich in der *Fachaufsicht* aus. Die nachgeordnete Dienststelle unterliegt nicht nur einer Rechtmäßigkeits-

16 EuGH, Urt. v. 13.10.2005, C-458/03, Rdnr. 64, 67 ff. (juris); v. 10.09.2009, C-573/07; v. 29.11.2012, C-182/11; *König* (Fußn. 4), Rdnr. 17; *Wegener* (Fußn. 4), Rdnr. 24.

17 EuGH, Urt. v. 08.05.2014, C-15/13, Rdnr. 32 (juris).

18 *Heuvels* (Fußn. 4), Rdnr. 158.

19 EuGH, Urt. 11.05.2006, C-340/04, Rdnr. 37; v. 19.04.2007, C-295/05, Rdnr. 57; v. 13.11.2008, C-324/07, Rdnr. 43 ff. (alle juris); *Ganske* (Fußn. 4), Rdnr. 59; *König* (Fußn. 4), Rdnr. 22 f.

kontrolle. Jede ihrer Entscheidungen kann unter Zweckmäßigkeitserwägungen durch die vorgesetzte Dienststelle revidiert werden.[20] Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob dieses Bild hier passt: Eine direkte Übertragung der Fachaufsicht auf die Inhouse-Kontrolle scheidet bereits deshalb aus, weil es das verwaltungsrechtliche Institut der Fachaufsicht nur für Verwaltungseinheiten gibt, eine Fachaufsicht z.B. über eine GmbH existiert nicht.[21] Wie erwähnt, hat sich der EuGH deshalb auch mit der Frage befassen müssen, ob Aktiengesellschaften aufgrund ihrer organschaftlichen Verfassung inhouse-fähig sein können und wie die Kontrolle bei einer der Wissenschaftsfreiheit unterliegenden Universität beschaffen sein muss.[22] Mit dem Dienststellenkriterium lassen sich derartige Fälle nicht lösen.

Vollends sinnlos wird das Dienststellenkriterium für die Beurteilung der Kontrolle über einen Auftragnehmer durch mehrere Auftraggeber, da eine geteilte Dienstherreneigenschaft dem Verwaltungsrecht fremd ist.[23]

IV. Anwendung des Kontrollkriteriums bei horizontaler und umgekehrt vertikaler Kontrolle

Ebenfalls ungeklärt ist bisher, ob innerhalb eines öffentlichen Konzerns nur das Mutterunternehmen an das Tochterunternehmen ausschreibungsfrei Aufträge erteilen darf.[24] Praxisrelevant ist auch die umgekehrte Konstellation: Beauftragt das Tochterunternehmen seine Muttergesellschaft, so kontrolliert nicht der Auftraggeber den Auftragnehmer wie seine eigene Dienststelle (umgekehrt vertikale Kontrolle). Gleiches gilt für Schwesterverhältnisse: Dürfen sich Tochterunternehmen aufgrund der Kontrolle durch die Muttergesellschaft gegenseitig ausschreibungsfrei beauftragen (horizontale Kontrolle)? Ein praktisches Bedürfnis nach Klärung gibt es durchaus: Ähnlich wie private Konzerne bilden auch größere Kommunen mittlerweile Kompetenzzentren in einzelnen kommunalen Unternehmen. So werden z.B. Architekten- und Ingenieursleistungen bei Straßen- und Hochbau-Unternehmen gebündelt. Andere kommunale Unternehmen, die z.B. für die Unterbringung von Behinderten oder Flüchtlingen zuständig sind, können sich dieser Kapazitäten bedienen. Dies macht naturgemäß nur Sinn, wenn die entsprechende Leistung ausschreibungsfrei beauftragt werden kann. Weder der EuGH noch die deutschen Gerichte haben sich bisher mit dieser Frage befassen müssen.[25] Dementsprechend groß ist die Unsicherheit in der Praxis.

20 Vgl. etwa *Hermann Pünder*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 1. Aufl. 2011, § 98 GWB Rdnr. 50; *Ingelore Seidel/Susanne Mertens*, Öffentliches Auftragswesen, in: Dauses, EU-Wirtschaftsrecht, 35. Ergänzungslieferung 2014, Rdnr. 431.

21 Vgl. etwa *Pünder* (Fußn. 20).

22 EuGH, Urt. v. 13.10.2005, C-458/03. Der EuGH hat eine Inhousefähigkeit von Aktiengesellschaften dann verneint, wenn ihre Organe aufgrund gesetzlicher oder satzungsmäßiger Vorgaben durch die Gesellschafter nicht umfassend weisungsabhängig sind.

23 Vgl. BVerfGE 9, S. 268, 287; wohl auch *Karin Metzler-Müller/Reinhard Rieger/Erich Seeck/Timo Zentgraf*, Schaffung neuer Dienstherren, in: Praxis der Kommunalverwaltung, C 17 Bund, Mai 2014, Rdnr. 60.

24 Vgl. *Heuvels* (Fußn. 4), Rdnr. 162; *Wegener* (Fußn. 4), Rdnr. 22; *Orlowski* (Fußn. 4), S. 80, 83 f.

25 *Heuvels* (Fußn. 4), Rdnr. 163; *Orlowski* (Fußn. 24), S. 87 f.; *Meinrad Dreher*, Das In-house-Geschäft, NZBau 2004, S. 14, 18 ff.

V. Reichweite des Verbots privater Beteiligung

Unsicherheiten herrschen auch bei der EuGH-Vorgabe,[26] kein Privater dürfe an der Kooperation beteiligt sein. Zweifellos unzulässig ist die Inhouse-Vergabe, wenn ein privater Gesellschafter am dem Auftragnehmer beteiligt ist.[27] Doch wie ist es bei stillen Gesellschaftern? Es wird vertreten, dass die Beteiligung zulässig ist, da der stille Gesellschafter nicht auf die Entscheidungen der Gesellschaft einwirken kann.[28] Allerdings profitiert er von den Erlösen aus der Kooperation und damit aus einem öffentlichen Auftrag.[29]

Unklar ist auch, ob eine sonstige indirekte private Beteiligung schädlich für das Inhouse-Verhältnis wirkt. Dies kann der Fall sein, wenn an dem Auftraggeber wiederum ein privater Gesellschafter beteiligt ist.

VI. Reichweite des Wesentlichkeitskriteriums

Fragen wirft schließlich das „Wesentlichkeitskriterium" auf. Der EuGH fordert, dass das Inhouse-Unternehmen im Wesentlichen für den oder die Auftraggeber tätig ist.[30] Zu klären ist also, in welchem Umfang der Auftragnehmer Drittaufträge annehmen darf. Einer prozentualen Schwelle hat sich der EuGH immer verweigert[31] und in der deutschen Rechtsprechung wurden unterschiedliche Schwellenwerte von 7.5[32] bis 20%[33] genannt.

In der Praxis noch bedeutsamer ist die Frage, welche Drittumsätze bei der Schwellenwertberechnung zu berücksichtigen sind. Insbesondere im Ver- und Entsorgungsbereich stellt sich die Frage, ob nur die Umsätze zu berücksichtigen sind, die mit der oder den Mutterunternehmen selbst erzielt wurden. Liefert der Auftragnehmer beispielsweise im Auftrag seiner Mutterunternehmen an Dritte Strom oder entsorgt er Abfall und erhält er hierfür ein direktes Entgelt bzw. eine Gebühr von den Nutzern, so stellt sich die Frage, ob die entsprechenden Beträge bei der Berechnung des Drittgeschäfts berücksichtigt werden müssen.[34] Muss eine Berücksichtigung erfolgen, so wird in der Regel eine Wesentlichkeitsschwelle leicht überschritten sein. Bei kommunalen Ver- und Entsorgungsunternehmen würde dies unmittelbar zum Verlust der Inhouse-Fähigkeit führen mit der Konsequenz, dass eine Ver- und Entsorgung innerhalb des kommunalen Konzerns der Ausschreibungspflicht unterläge.[35]

26 EuGH, Urt. v. 09.06.2009, C-480/06, Ls. 1; v. 19.12.2012, C-159/11, Rdnr. 34 f. (juris).
27 *König* (Fußn. 4), Rdnr. 24; *Wegener* (Fußn. 4), Rdnr. 27.
28 *Wegener* (Fußn. 4), Rdnr. 29 m. Verw. a. *Orlowski* (Fußn. 4), S. 80, 82.
29 *Gerhard Dabringhausen/Norbert Meier*, Der stille Gesellschafter – ein „schädlicher" Dritter im Sinne der neueren EuGH-Rechtsprechung zur In-house-Vergabe?, NZBau 2007, S.417, 420 f.
30 EuGH, Urt. v. 18.11.1999, C-107/98.
31 EuGH, Urt. v. 11.05.2006, C-340/04, Ls. 2, Rdnr. 63 ff. (juris); vgl. *Heuvels*, Fußn. 4, § 99 GWB Rdnr. 160; *Wegener* (Fußn. 4), Rdnr. 25.
32 OLG Celle, Urt. v. 14.09.2006, 13 Verg 3/06, Rdnr. 14 (juris).
33 Vgl. VK Südbayern, Beschl. v. 23.10.2001, 120.3-3194-1-32-09/01, Rdnr. 86 ff.; VK Halle, Beschl. v. 27.05.2002, VK Hal 03/02, Rdnr. 122 (beide juris).
34 Vgl. EuGH, Urt. v. 11.05.2006, C-340/04, Rdnr. 64 ff. (juris); OLG Hamburg, VergabeR 2011, S. 614 ff.; *Schröder*, NVwZ 2011, S. 776 f.
35 *König* (Fußn. 4), Rdnr. 35.

Unklar ist bei der Berechnung des zulässigen Drittgeschäfts schließlich, wie mit der Berechnung des Schwellenwertes bei neu gegründeten Unternehmen umzugehen ist. Bestehen keine Erfahrungswerte über das erzielte Drittgeschäft, so kann die Schwellenwertberechnung auch nicht umsatzbezogen erfolgen.[36]

VII. „Interkommunale Kooperation"

2009 hat der EuGH[37] in Bezug auf ein Kooperationsmodell der Stadtreinigung Hamburg mit drei niedersächsischen Kreisen entschieden, dass eine ausschreibungsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit auch ohne Kontrolle im Sinne des Dienststellenkriteriums zulässig sein soll. Um gemeinsam eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen, dürften öffentliche Hände nicht in eine Gesellschaftsform gezwungen werden. Der entsprechende Vertrag durfte als interkommunale Kooperationsvereinbarung geschlossen werden, weil er

- eine gemeinsame Risikoallokation enthielt,
- zu Selbstkosten abgerechnet wurde und
- eine Aufgabe betraf, die allen Partnern gleichermaßen oblag.[38]

Diese Regeln, so der EuGH, stünden neben den Inhouse-Regeln und ersetzten sie nicht.[39] Im Anschluss war die Verwirrung in der Praxis groß und auf Seiten der öffentlichen Hand wurden unter dem Stichwort „Interkommunale Kooperation"[40] erhebliche Erwartungen an die erweiterte Zulässigkeit einer umfassenderen Zusammenarbeit geweckt. Wenn jenseits von Kontrolltatbeständen nach den hergebrachten Inhouse-Kriterien auch eine Zusammenarbeit ohne Kontrolle zulässig sein sollte, so musste dies de facto ein Abrücken von der restriktiven Zulässigkeit öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit bedeuten.

In der Rechtsprechung ist das Vorliegen einer interkommunalen Kooperation in der Folge meist abgelehnt worden. Die Gerichte haben ihre Ablehnung insbesondere auf das Merkmal der „Erreichung *gemeinsamer* Ziele" gestützt. So soll z.B. die Übertragung von Reinigungsaufgaben von einer Stadt auf einen Kreis kein gemeinsames Ziel betreffen.[41] Gleiches soll für

36 Vgl. *Wegener* (Fußn. 4), Rdnr. 26, der eine auf Prognosen basierende Glaubhaftmachung des Umsatzwertes genügen lässt.

37 EuGH, Urt. v. 09.06.2009, C-480/06; fortgeführt in: Urt. v. 19.12.2012, C-159/11, Rdnr. 34 ff. (juris).

38 *Jan Byok/Guido Bormann*, Aktuelle Rechtsfragen zu der öffentlichen Auftragsvergabe in der Entsorgungswirtschaft, NVwZ 2010, S. 1262; *Christoph Just*, Von Halle über Brixen und Brabant nach Hamburg – Zu den Grenzen der vergabefreien Inhousegeschäfte, 10 Jahre nach „Teckal", EuZW 2009, S. 879; *Tanja Struve*, Durchbruch für interkommunale Zusammenarbeit, EuZW 2009, S. 805.

39 *Heuvels* (Fußn. 4), Rdnr. 174; *Norbert Portz*, Der EuGH bewegt sich: Keine Ausschreibung kommunaler Kooperationen nach dem Urteil „Stadtreinigung Hamburg", VergabeR 2009, S. 702, 705.

40 Der Einfachheit halber wird der Begriff „Interkommunale Kooperation" im Folgenden verwendet, auch wenn es sich nicht nur um kommunale Kooperationen handeln muss, sondern auch Sachverhalte aus der staatlichen Ebene betroffen sein können.

41 EuGH, Urt. v. 09.06.2009, C-480/06; Urt. v. 13.6.2013, C-386/11.

die Ausführung von Erdbeben-Vorkehrungsuntersuchungen gelten, die von einer Universität für einen Krankenhausverbund erbracht werden.[42] In beiden Fällen ist es Ziel des Auftraggebers, eine Leistung zu erhalten und Ziel des Auftragnehmers, entsprechend vergütet zu werden. Welche Motive allerdings als „gemeinsam" anzusehen sind, wurde aus der Rechtsprechung des EuGH nicht deutlich.

VIII. Zusammenfassung

Es lässt sich also festhalten, dass die bisherige Dogmatik zur öffentlich-öffentlichen Kooperation eine Reihe von Unklarheiten enthält, die sich wie folgt zusammenfassen lassen: Der EuGH hat bisher nicht ausreichend geklärt, welchen Umfang die Kontrolle in qualitativer Hinsicht haben muss. Insbesondere gilt dies bei der gemeinsamen Kontrolle durch mehrere Unternehmen („Mehrmütterkontrolle") und für die Fälle, in denen der Auftragnehmer den Auftraggeber kontrolliert („horizontale Kontrolle") oder in denen sich Schwestergesellschaften innerhalb eines Konzerns beauftragen („umgekehrt vertikale Kontrolle").

Zwar ist das Beteiligungsverbot für Private grundsätzlich unstreitig. Unklar ist jedoch die Reichweite des Verbotes insbesondere im Hinblick auf eine Beteiligung Privater am Auftraggeber oder auf eine indirekte Beteiligung. Ebenfalls unstreitig ist, dass der Auftragnehmer im Wesentlichen für den oder die Auftraggeber tätig sein muss. In quantitativer und qualitativer Hinsicht ist die Reichweite des Wesentlichkeitskriteriums jedoch präzisierungsbedürftig.

Schließlich bedürfen die Bedeutung der „interkommunalen Kooperation" und ihr Verhältnis zur „Inhouse"-Dogmatik der Klärung. Im Folgenden wird gezeigt, dass die Regelungen der Richtlinie nur teilweise zur Klärung beitragen.

C. Die Regelungen zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit in der Richtlinie 2014/24/EU

Die in Art. 12 enthaltenen Regelungen zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit finden sich in Abschnitt 3 der Richtlinie unter der Überschrift „Ausnahmen". Dies trägt der EuGH-Rechtsprechung[43] Rechnung, dass auch innerhalb der öffentlichen Hand vergabepflichtige öffentliche Aufträge erteilt werden können, es sei denn, sie fallen unter einen Ausnahmetatbestand (vgl. o. Ziff. 2). Die ersten vier Absätze in Art. 12 regeln einzelne Ausnahmetatbestände für die ausschreibungsfreie Zusammenarbeit öffentlicher Hände. Abs. 5 enthält die Zurechnungsregel für die Berechnung des Wesentlichkeitskriteriums (s. o. Ziff. 2 lit. e).

Die Ausnahmetatbestände in Abs. 1 bis Abs. 4 sind wie folgt gegliedert: Abs. 1 enthält den Grundfall der direkten sowie der indirekten Kontrolle des Auftraggebers über den Auftragnehmer. Abs. 2 behandelt die horizontale und vertikale Kontrolle im Konzern, Abs. 3 befasst sich mit den Voraussetzungen einer „Mehrmütter-Kontrolle" und Abs. 4 soll die Rechtsprechung zur „interkommunalen Kooperation" umsetzen.

42 EuGH, Urt. v. 19.12.2012, C-159/11.
43 Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 08.05.2014, C-15/13; v. 13.06.2013, C-386/11; v. 18.01.2007, C-220/05.

I. Umfang der erforderlichen Kontrollintensität

Zur Definition der „Kontrolle“ in den Absätzen 1-3 greift der Richtliniengeber das „Dienststellenkriterium“ des EuGH auf. Damit ein öffentlicher Auftrag also aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie herausfällt, muss der öffentliche Auftraggeber über den Auftragnehmer eine „ähnliche Kontrolle“ ausüben, „wie über seine eigenen Dienststellen“. Zweifel an der Sinnhaftigkeit dieser Metapher sind im einzelnen oben (B. B.III.) dargelegt worden.

Der EU-Gesetzgeber hat sich dennoch entschlossen, die Dienststellen-Metapher in die Richtlinie aufzunehmen. Die Richtlinie enthält allerdings erläuternde Zurechnungskriterien in Art. 12 Abs. 1 a.E.: Eine dienststellengleiche Kontrolle soll vorliegen, wenn der Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten Person ausübt. Eine Beteiligung am Gesellschaftskapital ist dagegen nicht explizit gefordert. Die Kontrolle kann daher auch mit rein schuldrechtlichen Beziehungen begründet werden. Dies geht noch über die EuGH-Grundsätze hinaus, wonach Splitterbeteiligungen genügen sollen, aber dementsprechend jedenfalls eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung erforderlich ist.[44]

Explizit muss sich der Einfluss auf *alle* strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen beziehen. Es genügt nicht, wenn der Einfluss einzelne Bereiche des Unternehmens betrifft. Diese Lehre zieht der Richtliniengeber aus der bereits angesprochenen EuGH Entscheidung zur Inhouse-Fähigkeit der TU-Harburg in Bezug auf die Freie und Hansestadt Hamburg.[45] Die im Rahmen der verfassungsrechtlich garantierten Wissenschaftsfreiheit fehlende Kontrolle auf den Lehr- und Forschungsbereich ließ die vergaberechtliche Kontrolle insgesamt entfallen. Entsprechendes würde sich nach Umsetzung der Richtlinie ergeben.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, warum der Richtliniengeber überhaupt einen eigenständigen vergaberechtlichen Kontrollbegriff geprägt hat. Besser wäre es gewesen, der EU-Gesetzgeber hätte sowohl auf den Dienststellenbegriff als auch auf die oben genannten Interpretationshilfen verzichtet und stattdessen auf die gesellschafts- und kartellrechtlichen Zurechnungsnormen verwiesen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Richtliniengeber zwar überflüssigerweise Bezug auf das Dienststellenkriterium des EuGH genommen und einen eigenständigen vergaberechtlichen Kontrollbegriff entwickelt hat. Es ist ihm jedoch dennoch gelungen, bisher unklare Rechtsfragen in Bezug auf die Kontrollintensität eindeutig zu lösen.

II. Konzernzurechnung und Mehrmütterkontrolle

Positiv zu beurteilen ist auch die in Art. 12 Abs. 2 enthaltene Konzernzurechnung. Sie umfasst die Beauftragung von Schwester-, Mutter- und Enkelgesellschaften. Zwar hätte auch hier eine Verweisung auf den gesellschaftsrechtlichen Kontrollbegriff komplexe eigene Regelungen erspart. Anzuerkennen ist allerdings, dass die Richtlinie die oben genannten Fallgruppen erstmalig explizit als inhouse-fähig bestätigt. Da die Praxis seit Langem unsicher war, wie diese

44 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.01.2013, VII-Verg 56/12 mit Verweis auf die Schlussanträge des Generalanwalts Cosmas v. 01.07.1999 Rdnr. 61 zu EuGH, Urt. v. 18.11.2009, C-107/98.

45 EuGH, Urt. v. 08.05.2014, C-15/13, Rdnr. 32 (juris).

Gestaltungsvarianten zu beurteilen sind,[46] hat die Richtlinie auch hier für Rechtsklarheit gesorgt.

Unsicherheit bestand auch bei der Beauftragung eines mit anderen öffentlichen Auftraggebern gemeinsam beherrschten Unternehmens (vgl. Abs. 3). Sie unterscheidet sich von den ersten beiden Varianten dadurch, dass hier keine konzerninterne Zusammenarbeit in Rede steht. Es handelt sich vielmehr um ein Kooperationsmodell, bei dem mehrere voneinander unabhängige öffentliche Auftraggeber eine gemeinsame Gesellschaft errichten, um von dieser Gesellschaft Leistungen zu beziehen, um Ressourcen zu sparen und Skaleneffekte zu erzielen.

Die bisherige Unsicherheit in der Praxis bezog sich zum einen darauf, ob eine dienststellenartige Kontrolle überhaupt möglich ist, wenn ein Beteiligter nur eine Splitterbeteiligung am Gemeinschaftsunternehmen besitzt. Die Richtlinie stellt beides nun in Abs. 3 i - iii klar: Alle beteiligten Auftraggeber müssen in den beschlussfassenden Organen des Auftragnehmers vertreten sein und gemeinsam müssen sie in der Lage sein, Strategie und Leitung maßgeblich zu beeinflussen. Unklar ist allerdings, was mit der dritten Anforderung gemeint ist: „die kontrollierte juristische Person darf keine Interessen verfolgen, die denen der kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen". Bei Gemeinschaftsunternehmen sollte es selbstverständlich sein, dass diese keine Interessen verfolgen, die ihren Mutterunternehmen zuwiderlaufen.

Zwar findet auch bei der Mehrmütterkontrolle gem. Verweisung in Abs. 3 auf Abs. 1 das Dienststellenkriterium Anwendung (zur Kritik vgl. o. B. B.III.). Durch die Präzisierung der gemeinsamen Kontrolle ist jedoch ausreichend klargestellt, wann der Kontrolltatbestand erfüllt ist.

III. Reichweite des Verbots privater Beteiligung

Klargestellt ist in der Richtlinie auch, dass das private Beteiligungsverbot nicht auf *Auftraggeberseite* gilt. Dies gilt uneingeschränkt für Konzerngestaltungen (EG 32). Mutter-, Großmutter- und Schwesterunternehmen können private Gesellschafter haben, ohne die Inhouse-Fähigkeit zu gefährden.[47] Auch in der Mehrmütterkooperation bezieht sich das Beteiligungsverbot für Private ausdrücklich nur auf den Auftragnehmer. Beteiligt sich eine Öffentlich-Private-Partnerschaft an einem Zweckverband oder einem Gemeinschaftsunternehmen von Kommunen, so ist auch hier keine „*direkte* private Kapitalbeteiligung" (Abs. 3c) vorhanden. Allerdings ist der Private indirekt beteiligt. Eine indirekte Beteiligung ist jedoch hinzunehmen. Dies ergibt sich explizit aus dem Wortlaut der Regelung sowie aus Erwägungsgrund 32.

Beantwortet ist damit auch die Frage nach der Zulässigkeit einer stillen Beteiligung. Eine stille Beteiligung ist eine gesellschaftsrechtliche Beteiligungsform an einer Gesellschaft über eine „Innengesellschaft". Dies bedeutet, dass der stille Teilhaber selbst nicht Gesellschafter des Auftragnehmers ist, sondern über einen anderen Gesellschafter partizipiert. Hierfür gründet er

46 Vgl. etwa *Gerhard Dabringhausen*, Horizontale Inhouse-Geschäfte, NZBau 2009, S. 616; *Orlowski* (Fußn. 4), NZBau 2007, S. 80; *Dreher* (Fußn. 25), NZBau 2004, S.14.

47 Als private Gesellschafter gelten auch gemeinnützige Unternehmen, wie der EuGH jüngst klargestellt hat (vgl. EuGH, Urteil v. 19.06.2014, C-574/12; vgl. etwa *Sudbrock*, KommJur 2014, S. 41, 44.

mit dem Gesellschafter die „Innengesellschaft“ mit dem Ziel, die dem Gesellschafter zustehenden Gewinne aus der Beteiligung am Auftragnehmer zu teilen. Hinzukommen kann noch eine Abrede über das Abstimmungsverhalten in der Gesellschafterversammlung.

Für die Entscheidung über die hier in Rede stehende Frage der „Inhouse-Schädlichkeit“ einer stillen Beteiligung bedeutet dies folgendes: Die stille Beteiligung ist rechtlich gesehen eine indirekte Beteiligung. Sie ist damit nach neuem Recht nicht inhouse-schädlich.

Sinnvoll erscheint dies vor dem Hintergrund des Regelungsziels nicht. Wenn es das Ziel des Verbotes privater Beteiligung ist, Private daran zu hindern, an einem öffentlichen Auftrag ohne Ausschreibung zu partizipieren, dann kann es nicht darauf ankommen, ob die Beteiligung direkt oder indirekt erfolgt. Entscheidend ist allein, ob der Private finanziell von dem Auftrag profitiert. Dies ist auch dann der Fall, wenn er über eine zwischengeschaltete Finanzierungsgesellschaft an dem Auftragnehmer beteiligt ist. Mit der Beschränkung auf eine direkte Beteiligung hat der Richtliniengeber der Umgehung des Beteiligungsverbots keine wirksamen Schranken entgegengesetzt.

Von untergeordneter praktischer Relevanz ist die Ausnahme für private Beteiligungen, die durch „nationale gesetzliche Bestimmungen“ angeordnet wird (Abs. 1c). Sie resultiert aus gesetzlichen Beteiligungspflichten Privater in einzelnen deutschen Wasserverbänden und ist nicht übertragbar auf andere, praxisrelevantere Konstellationen. Erforderlich ist immer, dass die Beteiligung Privater gesetzlich angeordnet ist.

IV. Reichweite des Wesentlichkeitskriteriums

Als weitere Restriktion enthält die Richtlinie für Inhouse-Vergaben die Vorgabe, dass der Auftragnehmer 80% seines Umsatzes im Konzern erbringen muss (Abs. 1b, 3b). Es verbleiben also 20% für konzernfremdes Drittgeschäft. In der Mehrmütter-Variante müssen 80% des Umsatzes für die Kooperationsbeteiligten erbracht werden. Sinn und Zweck dieser Restriktion ist, dass der Auftragnehmer im Wesentlichen interner Dienstleister sein soll und nicht am Markt agierendes Unternehmen.[48] Wäre letzteres in erheblichem Umfang der Fall, so wäre eine Marktverfälschung zu befürchten.[49]

Die Drittgeschäftsbeschränkung ist jedoch leicht zu umgehen. Die Richtlinie knüpft ausdrücklich an „diese juristische Person“, also an den Auftragnehmer als juristische Einheit an. Gründet der Auftragnehmer eine Tochtergesellschaft, in die er sein Drittgeschäft auslagert, dürfte einer Direktbeauftragung auch dann nichts im Wege stehen, wenn im Unternehmensverbund erheblich mehr Drittgeschäft, als nach der 20% Regel eigentlich erlaubt, abgewickelt wird.

Klargestellt ist in der Richtlinie, dass die Auftraggeberin *als juristische Person* 80% des Auftragsvolumens erhalten muss. Es kann daher keine Zurechnung von Umsätzen anderer Personen geben. Dementsprechend muss davon ausgegangen werden, dass die Stromlieferung eines städtischen Tochterunternehmens an die Einwohner der Stadt als Drittgeschäft zu qualifizieren ist. Dies gilt ungeachtet einer missverständlichen Formulierung in Erwägungsgrund 31. Danach ist die Drittgeschäftsbeschränkung erfüllt, wenn das Inhouse-Unternehmen 80% seiner Tätigkeiten „in Ausführung der Aufgaben“, mit denen es von der Auftraggeberseite „betraut

48 Vgl. etwa *Wegener* (Fußn. 4), Rdnr. 25.
49 *Heuvels* (Fußn. 4), Rdnr. 159.

worden ist“, ausübt, „und zwar ungeachtet des Begünstigten der Ausführung des Auftrags“. Vor diesem Hintergrund könnte argumentiert werden, dass beispielsweise eine Stadt ihr Stadtwerk damit betrauen könnte, die städtische Bevölkerung mit Strom zu versorgen, ohne dass dies auf das Drittgeschäft angerechnet würde.

Diese Argumentation ist aus folgenden Gründen nicht stichhaltig: Seit der Marktliberalisierung kann eine Kommunalverwaltung ihr Stadtwerk nicht mehr exklusiv mit der Versorgung der Bevölkerung mit Strom betrauen. Daher kann sich eine Betrauung auch nicht auf das Drittgeschäft auswirken. Die Bürger sind demnach auch nicht „Begünstigte“ im Sinne der Regelung.

Etwas anderes könnte für nicht liberalisierte Bereiche gelten: Betraut eine Kommune das Stadtwerk mit der Versorgung der Bürger mit Fernwärme oder Gas, so erfolgt dies exklusiv. Hier wäre eine Zurechnung des Umsatzes mit Bürgern auf das Volumen der Stadt plausibel und eine Anrechnung auf das Drittgeschäft entsprechend entbehrlich.

Schließlich enthält die Richtlinie Auslegungshilfen für die Umsatzberechnung, insbesondere wenn noch keine verlässlichen Umsatzzahlen vorliegen (Abs. 5). In diesem Fall wird der Umsatz auf der Grundlage einer Prognose geschätzt. Auch dies ist zu begrüßen, weil die Rechtsprechung bisher keine entsprechenden Maßstäbe entwickelt hat.

V. „Interkommunale“ Kooperation

Wie bereits erwähnt, sollen öffentliche Auftraggeber nach der Rechtsprechung des EuGH ihre Aufgaben auch gemeinsam erfüllen können, ohne dafür ein Kooperationsunternehmen errichten zu müssen.[50] Dies resultiert aus der auch europarechtlich verankerten Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 14 AEUV iVm Protokoll 26). Der Gesetzgeber darf den Kommunen keine Vehikel aufzwingen, derer sie sich für eine Zusammenarbeit bedienen müssen.

Die Herausforderung für den Richtliniengeber bestand nun darin, diesen Grundsatz umzusetzen, ohne damit das oben beschriebene Inhouse-System zu konterkarieren. Lässt man nämlich jegliche öffentlich-öffentliche Kooperation ohne Beschränkung zu, so kann diese auch nicht mehr von Kontroll- und Wesentlichkeitsvoraussetzungen abhängen. Die Inhouse-Regeln wären überflüssig.

Vor diesem Hintergrund hat der EuGH weitere Hürden für die interkommunale Kooperation errichtet. In der Richtlinie wird versucht, diese Vorgaben zu übernehmen, jedoch mit zweifelhaftem Erfolg. Drei Voraussetzungen werden in der Richtlinie an die Zulässigkeit einer interkommunalen Kooperation ohne Kooperationsunternehmen geknüpft:

- „Der Vertrag begründet oder erfüllt eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern mit dem Ziel, sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden;
- die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt und

[50] EuGH, Urt. v. 09.06.2009, C-480/06; v. 13.06.2013, C-386/11.

- die beteiligten öffentlichen Auftraggeber erbringen auf dem offenen Markt weniger als 20% der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten."

Der Richtliniengeber versucht, die oben dargelegte Rechtsprechung (vgl. B.I.) mit dem Begriff der „gemeinsamen Ziele" und „öffentliches Interesse" umzusetzen. Mit dem öffentlichen Interesse ist offensichtlich eine Abgrenzung zu kommerziellen Interessen bezweckt. Dies setzt die EuGH-Forderung nach einer Selbstkostenabrechnung um.

Schwieriger ist die Bestimmung der „gemeinsamen Ziele". In Erwägungsgrund 33 wird klargestellt, dass die vergaberechtsfreie Zusammenarbeit nicht auf bestimmte Gegenstände beschränkt ist, sondern sich auf „alle Arten von Tätigkeiten" erstreckt. Auch soll keine Beschränkung auf Pflichtaufgaben erfolgen. Ausdrücklich werden „freiwillige Aufgaben" einbezogen. Schließlich wird in den Erwägungsgründen der Richtlinie erläutert, die zu erbringenden Dienstleistungen müssten „nicht notwendig identisch sein, sie können sich auch ergänzen".

Damit wäre geklärt, dass kommunale Tätigkeiten außerhalb der Pflichtaufgaben nicht ungeeignet für eine interkommunale Kooperation sind. Des Weiteren ist geklärt, dass nicht alle Beteiligten den gleichen Bedarf befriedigen müssen. Allerdings darf die Arbeitsteilung nicht derjenigen eines klassischen Auftragnehmer-/Auftraggeberverhältnisses entsprechen.

Einleuchtend ist dies nicht. Bei der korporativen Kooperation beschränkt sich der Auftraggeber auf die Zahlung und der Auftragnehmer auf die Erbringung der Dienstleistung. Was in einer Kooperation mit Vehikel zulässig ist, soll ohne Vehikel verboten sein. Das leuchtet nicht ein.

Vor diesem Hintergrund erweist sich die interkommunale Kooperation nach wie vor als Fremdkörper im System. Sie soll die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Händen außerhalb eines Konzerns und außerhalb eines Gemeinschaftsunternehmens ermöglichen. Die daran geknüpften Voraussetzungen sind jedoch erheblich strenger als bei einer korporativen Kooperation. Eine Begründung für diese Ungleichbehandlung bleibt sowohl der EuGH als auch der Richtliniengeber schuldig.

Unverständlich ist auch, warum die Regelung zur „interkommunalen Kooperation das Wesentlichkeitskriterium aufnimmt. Danach dürfen alle Kooperationspartner gemeinsam auf dem relevanten Markt nicht mehr als 20% „der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen" (Abs. 4c). Diese Regel war weder in der Rechtsprechung zur interkommunalen Kooperation vorgegeben[51] noch sonst in der Literatur zuvor diskutiert worden.

D. Ergebnis

Die Richtlinie hat bei einer Reihe von Fragen in Bezug auf die Zulässigkeit öffentlich-öffentlicher Kooperationen Klarheit gebracht, bei anderen Punkten wurden Inkonsistenzen der EuGH-Rechtsprechung jedoch in die Richtlinie überführt.

[51] EuGH, Urt. v. 09.06.2009, C-480/06; v. 13.06.2013, C-386/11.

Klarheit herrscht nun bei der erforderlichen Intensität einer Kontrolle des Auftraggebers über den Auftragnehmer. Zwar hat der Richtliniengeber überflüssigerweise die Dienststellen-Metapher des EuGH in die Richtlinie übernommen. Außerdem hat er ein eigenes System von vergaberechtlichen Kontrolltatbeständen geschaffen, obwohl er auf gesellschafts- und kartellrechtliche Standards hätte zurückgreifen können. Inhaltlich ist jetzt jedoch geklärt, dass sowohl die horizontale als auch die umgekehrt vertikale Kontrolle (vgl. o. B. B.IV.) ausreicht, um die Inhouse-Fähigkeit zu begründen. Klarheit herrscht auch bei den Voraussetzungen der Mehrmütter-Kontrolle (vgl. o. B.III.).

Geklärt ist außerdem die Reichweite des Verbots privater Beteiligung. Die indirekte Beteiligung und die private Beteiligung am Auftraggeber sind nicht „inhouse-schädlich". Das gesetzgeberische Ziel, Private von ohne Ausschreibung vergebenen öffentlichen Aufträgen fern zu halten, wird damit allerdings nicht erreicht. Damit wird ein zentrales Ziel der Inhouse-Rechtsprechung des EuGH verfehlt.

Positiv zu vermerken ist, dass die Richtlinie die Wesentlichkeitsschwelle mit 20% festgelegt hat. Damit besteht jedenfalls in quantitativer Hinsicht Rechtssicherheit für die entsprechenden Unternehmen. In qualitativer Hinsicht hat die Richtlinie dagegen keine Rechtssicherheit gebracht. Ob auch Umsätze von Nutzern in das zulässige Drittgeschäft einzurechnen sind, bleibt einer Entscheidung der Rechtsprechung vorbehalten. Das OLG Celle hat diese Frage kürzlich dem EuGH vorgelegt.[52]

Wenig Klarheit hat die Richtlinie dagegen in die Fragen der Zulässigkeit einer „interkommunalen Kooperation" gebracht, also einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit ohne Kontrolle eines Vertragspartners über den anderen. Tendenziell erscheinen die Regelungen und Erläuterungen in den Erwägungsgründen liberaler als die bisherige Rechtsprechung. Insbesondere spricht einiges dafür, dass auch solche Kooperationen unter die Ausnahme fallen, bei denen die Beteiligten arbeitsteilig vorgehen, bis hin dazu, dass ein Partner die Leistung und der andere Partner die Kosten der Kooperation trägt. Ein solches typisches Auftraggeber-Auftragnehmerverhältnis hatte der EuGH im Rahmen der interkommunalen Kooperation allerdings bisher kategorisch ausgeschlossen.

Dies führt abschließend zu der Frage, in welchem Umfang in Zukunft eine Korrektur der Richtlinien-Regelungen durch das Gericht zu erwarten ist. Da der Richtliniengeber es sich ausdrücklich zum Ziel gesetzt hat, die Rechtsprechung des EuGH zu kodifizieren, könnte das Gericht versucht sein, seine eigene Interpretation an die Stelle des Richtliniengebers zu setzen. Das wäre, soweit ersichtlich, ein Novum in der Geschichte der Vergaberichtlinien.

[52] OLG Celle, EuGH-Vorlage v. 17.12.2014, 13 Verg 3/13

Eignung und Ausschluss nach der neuen Vergaberichtlinie

von

RECHTSANWALT DR. HANS-JOACHIM PRIEß*

A. Einleitung 20

B. Eignung 21

I. Änderungen an der Regelungsstruktur 21

II. Anforderungen an die Wirtschaftsteilnehmer 21

1. Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit 21

2. Technische und berufliche Leistungsfähigkeit 22

III. Nachforderung von Eignungsnachweisen 23

IV. Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien 23

V. Eignungsleihe 24

VI. Prüfungsreihenfolge 25

VII. Einheitliche Europäische Eigenerklärung 25

VIII. e-Certis 26

C. Ausschluss und Selbstreinigung 27

I. Allgemeines 27

II. Ausschluss 27

1. Zwingende Ausschlussgründe 27

a. Rechtskräftige Verurteilung 27

b. Bisherige Ausschlussgründe 28

c. Neue Ausschlussgründe 29

d. Ausnahmen vom zwingenden Ausschluss 29

e. Zwingender Ausschluss als Kündigungsgrund 30

2. Fakultative Ausschlussgründe 30

a. Ausschluss wegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtlichen Verstoßes, Art. 57 Abs. 4 lit. a) Vergaberichtlinie 31

b. Ausschluss wegen Zahlungsunfähigkeit oder Insolvenz, Art. 57 Abs. 4 lit. b) Vergaberichtlinie 31

* Der Autor ist Partner der Sozietät Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Berlin.

c. Ausschluss wegen schwerer beruflicher Verfehlung, Art. 57 Abs. 4 lit. c) Vergaberichtlinie . . . 32
d. Ausschluss wegen Wettbewerbsverzerrung, Art. 57 Abs. 4 lit. d) Vergaberichtlinie. 32
e. Ausschluss wegen Interessenkonflikts oder vorheriger Einbeziehung, Art. 57 Abs. 4 lit. e) und f) Vergaberichtlinie . . . 33
f. Ausschluss wegen mangelhafter Vertragserfüllung, Art. 57 Abs. 4 lit. g) Vergaberichtlinie . . . 33
g. Ausschluss wegen Täuschung im Vergabeverfahren, Art. 57 Abs. 4 lit. h) Vergaberichtlinie . . . 33
h. Ausschluss wegen unzulässiger Einflussnahme, Art. 57 Abs. 4 lit. i) Vergaberichtlinie . . . 34
i. Ermessen der Vergabestellen . . . 34
3. Steuern und Sozialabgaben . . . 34
4. Verhältnismäßigkeit . . . 35
5. Nachweis des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen . . . 35
6. Ausschluss bei Eignungsleihe . . . 36
III. Selbstreinigung . . . 36
1. Geltende Rechtslage in Deutschland . . . 36
2. Regelungen in den neuen Vergaberichtlinien . . . 37
IV. Maximaler Zeitraum des Ausschlusses . . . 39
D. Fazit . . . 39

A. Einleitung

Im Frühjahr 2014 trat ein neues europäisches Richtlinienpaket in Kraft, das viele Neuerungen für den Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe mit sich bringt.[1] Davon betroffen sind auch die Vorschriften über die Eignung (hierzu unter B.) und den Ausschluss (hierzu unter C.II.) von Bewerbern und Bietern, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen oder sich um eine solche Teilnahme bewerben. Dabei enthalten die neuen Richtlinien neben eher redaktionellen Anpassungen auch substantielle Änderungen. Gänzlich neu geregelt ist nunmehr die sogenannte Selbstreinigung (hierzu unter C.III.).

Der vorliegende Beitrag stellt die Regelungen zur Eignung und zum Ausschluss von Wirtschaftsteilnehmern in Richtlinie 2014/24/EU[2] (im Folgenden: Vergaberichtlinie) vor. Den

[1] Im Einzelnen handelt es sich um die Konzessionsrichtlinie (Richtlinie 2014/23/EU), die neue Vergaberichtlinie (Richtlinie 2014/24/EU) und die Sektorenrichtlinie (Richtlinie 2014/25/EU).

[2] Vollständig: Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2014/18/EG.

Schwerpunkt der Betrachtungen bilden die Neuerungen gegenüber dem bislang geltenden europäischen und deutschen Recht, also gegenüber Richtlinie 2004/18/EG[3] sowie dem GWB, der VgV und den Vergabeordnungen.

B. Eignung

I. Änderungen an der Regelungsstruktur

Die Regelungen zur Eignung sind in der neuen Vergaberichtlinie gegenüber Richtlinie 2004/18/EG neu gestaltet worden. Während sich die Vorgaben zur Befähigung zur Berufsausübung, zur wirtschaftlichen und finanziellen sowie zur technischen und/oder beruflichen Leistungsfähigkeit in letzterer beispielsweise über mehrere Vorschriften erstreckt hatte, kommt die neue Vergaberichtlinie nunmehr mit fünf Absätzen in Art. 58 aus. Erreicht wird das durch ein Outsourcing von Regelungsinhalten in andere Vorschriften oder Anhänge.[4] Ob diese Entzerrung die neue Vergaberichtlinie nun übersichtlicher und handhabbarer macht oder das Gegenteil der Fall ist, mag unterschiedlich beurteilt werden.

II. Anforderungen an die Wirtschaftsteilnehmer

Die zentrale Norm in der neuen Vergaberichtlinie betreffend die Eignung ist – wie bereits erwähnt – Art. 58. Hier werden die Eignungskriterien festgelegt, die nach wie vor neben der Befähigung zur Berufsausübung die wirtschaftliche und finanzielle sowie die technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit umfassen können.

Die öffentlichen Auftraggeber sind dabei nach Art. 58 Abs. 1 UAbs. 2 Vergaberichtlinie insoweit beschränkt als sie: (1.) nur die in Art. 58 genannten Anforderungen stellen dürfen, (2.) diese Anforderungen zweckmäßig sein müssen, um die Eignung der Bewerber oder Bieter sicherzustellen und (3.) alle Anforderungen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen.[5]

1. Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

Vor allem zum letzten Punkt enthält die Vergaberichtlinie nunmehr eine Konkretisierung. In Art. 58 Abs. 3 UAbs. 2 Vergaberichtlinie wird erstmalig ausdrücklich festgelegt, dass der

[3] Vollständig: Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge.

[4] Siehe z.B. Art. 63 Vergaberichtlinie, der zentral die Inanspruchnahme der Kapazitäten anderer Unternehmen regelt sowie Art. 60 Vergaberichtlinie, der in den Abs. 3 und 4 für die Nachweise der finanziellen und wirtschaftlichen sowie der technischen Leistungsfähigkeit auf Anhang XII der Richtlinie verweist.

[5] Siehe zum letztgenannten Aspekt bereits Art. 44 Abs. 2 UAbs. 2 Richtlinie 2004/18/EG.

Mindestjahresumsatz, der von den Bietern oder Bewerbern zum Nachweis ihrer wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit gefordert werden kann, grundsätzlich das Zweifache des geschätzten Auftragswerts nicht übersteigen darf. In Deutschland war diese Frage in der Rechtsprechung bislang je nach Einzelfall unterschiedlich beurteilt worden.[6] Unterabsatz 5 von Art. 58 Abs. 3 enthält ergänzende Vorgaben für Rahmenvereinbarungen, auf deren Grundlage Aufträge im Rahmen eines erneuten Aufrufs zum Wettbewerb vergeben werden.

Neu ist auch die ausdrückliche Feststellung, dass zur Ermittlung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit „[d]as Verhältnis z.B. zwischen Vermögen und Verbindlichkeiten" berücksichtigt werden kann, wenn der öffentliche Auftraggeber hierfür den vergaberechtlichen Grundsätzen gemäße Kriterien in den Auftragsunterlagen angibt. Auch die auf europäischer Ebene erst mit der neuen Vergaberichtlinie erfolgte Regelung der Losvergabe (Art. 46) wirkt sich auf die Eignungskriterien aus, indem Art. 58 Abs. 3 UAbs. 4 Vergaberichtlinie klarstellt, dass bei einem in Lose unterteilten Auftrag die Regelungen der Vorschrift auf jedes einzelne Los individuell Anwendung finden.

2. Technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Grundsätzlich wird bezüglich der zulässigen Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit nunmehr auf Anhang XII Teil II verwiesen, Art. 60 Abs. 4 Vergaberichtlinie. Hier finden sich überwiegend diejenigen zugelassenen Nachweise, die bislang in Art. 48 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG normiert waren. Neu hinzugekommen sind die in den Buchstaben d) und f) Anhang XII Teil II Vergaberichtlinie genannten Nachweise. Dort werden jetzt Angaben zum Lieferkettenmanagement- und -überwachungssystem sowie Studiennachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung genannt.

Besondere Bedeutung hat – der Praxis entsprechend – der Nachweis von Referenzen. Das kommt bereits darin zum Ausdruck, dass es die Referenzen als einziger Eignungsnachweis in den Haupttext der neuen Vergaberichtlinie geschafft haben, Art. 58 Abs. 4 UAbs. 2. Zusätzlich ist eine detailliertere Regelung in Anhang XII Teil II lit. a) Vergaberichtlinie aufgenommen worden: Neu ist hier, dass sowohl bei Bauleistungen als auch bei Liefer- und Dienstleistungen der Zeitraum von fünf bzw. drei Jahren, in dem die jeweiligen Leistungen erbracht worden sein müssen, verlängert werden kann, soweit das erforderlich ist, um einen ausreichenden Wettbewerb sicherzustellen.

6 BGH, Urt. v. 24.5.2005, X ZR 243/02, wonach ein Jahresumsatz, der geringer als das Auftragsvolumen ist, per se keinen Schluss auf fehlende Eignung rechtfertigt; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.12.2012, VII-Verg 30/12, wonach ein Jahresumsatz in Höhe des doppelten Auftragswertes als angemessen betrachtet wurde; VK Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 10.6.2009, VK 2 LVwA LSA-13/09, wonach ein Jahresumsatz in Höhe des 18-fachen Auftragswertes jedenfalls unangemessen ist.

III. Nachforderung von Eignungsnachweisen

Nach deutschem Recht sind öffentliche Auftraggeber bereits heute berechtigt[7] und unter gewissen Umständen verpflichtet[8], fehlende Erklärungen und Nachweise (z.B. auch Eignungsnachweise) nachzufordern, anstatt den Bewerber oder Bieter sogleich vom Vergabeverfahren auszuschließen. Dabei müssen sie jedoch die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung beachten.[9]

Eine entsprechende Regelung sieht auch die neue Vergaberichtlinie in Art. 56 Abs. 3 vor. Sie geht allerdings über die bislang in Deutschland geltende Rechtslage hinaus. Denn während hierzulande gilt, dass, dem Wortlaut der Vorschriften in der VOL/A und VOB/A folgend, nur fehlende Nachweise nachgefordert werden können bzw. müssen, nicht aber fehlerhafte Nachweise korrigiert werden dürfen,[10] sieht die neue Bestimmung in der Vergaberichtlinie eben diese ergänzende Möglichkeit ausdrücklich vor. Allerdings wird den Mitgliedsstaaten das Recht eingeräumt, insoweit Einschränkungen im nationalen Recht vorzusehen.

IV. Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien

Lange Zeit galt, dass Eignungs- und Zuschlagskriterien strikt voneinander zu trennen sind.[11] Eine Vermischung dieser Kriterien bedeutete einen Vergaberechtsverstoß, der zu einer Aufhebung des Vergabeverfahrens führte oder wenigstens eine Zurückversetzung in den Stand vor Versendung der Verdingungsunterlagen erforderlich machte.[12] Andererseits wurden immer wieder Aufweichungen dieses Grundsatzes angeregt und in Einzelfällen von der Rechtsprechung auch für zulässig erklärt.[13] Mit Änderung der VgV vom 25.10.2013[14] wurde eine entsprechende Ausnahme für nichtprioritäre Dienstleistungen dann ausdrücklich im deutschen Recht verankert.[15]

Die neue Vergaberichtlinie geht darüber noch hinaus. In Art. 67 Abs. 2 lit. b), der Regelungen über die Zuschlagskriterien trifft, heißt es, dass zu diesen Kriterien auch gehören kann:

7 § 7 Abs. 13 und § 19 Abs. 2 EG VOL/A.

8 § 16 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 EG VOB/A.

9 OLG Celle, Beschl. v. 16.6.2011, 13 Verg 3/11; VK Bund, Beschl. v. 21.4.2011, VK 3-38/11. *Malte Müller-Wrede* in: Müller-Wrede (Hrsg.), VOL/A, 4. Aufl. 2014, § 7 EG Rdnr. 181 und § 19 Rdnr. 56.

10 VK Bund, Beschl. v. 14.12.2011, VK 1-153/11.

11 EuGH, Urt. v. 12.11.2009, C-199/07, Rdnr. 55; Urt. v. 24.1.2008, C-532/06, Lianakis, Rdnr. 30; siehe zum deutschen Recht die „Sporthallen-Entscheidung" des BGH, Urt. v. 15.4.2008, X ZR 129/06; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 21.12.2012, 15 Verg 10/12; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.1.2009, VII-Verg 59/08. Ausführlich zum Thema mit zahlreichen Nachweisen zur Rspr. *Kerstin Dittmann*, Qualität durch Eignungs- und/oder Zuschlagskriterien?, NZBau 2013, S. 746 ff.

12 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.1.2009 – VII-Verg 59/08.

13 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.4.2008, Verg 1/08, wonach bei Herstellung des notwendigen Auftragsbezugs Eignungskriterien auch bei Zuschlagserteilung berücksichtigt werden können; Beschl. v. 21.5.2008, Verg 19/08; OLG Frankfurt, Urt. v. 31.10.2006, 11 U 2/06.

14 Durch VO v. 15.10.2013 (BGBl. I S. 3584).

15 Siehe § 4 Abs. 2 S. 2-4 und § 5 Abs. 1 S. 2-4 VgV.

> *„Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann".*

Dem öffentlichen Auftraggeber ist es künftig also in gewissem Umfang erlaubt, diese Eignungskriterien im Rahmen der Zuschlagsentscheidung zu berücksichtigen. Zu klären wird im Einzelfall freilich sein – wohl nicht selten durch die Vergabenachprüfungsinstanzen –, unter welchen Umständen davon ausgegangen werden darf, dass die Qualität des eingesetzten Personals einen erheblichen Einfluss auf die Auftragsdurchführung haben kann. Einen Hinweis darauf gibt Erwägungsgrund 94 Vergaberichtlinie, der vor allem geistig-schöpferische Dienstleistungen nennt.

V. Eignungsleihe

Die Vorgaben zur „Inanspruchnahme der Kapazitäten anderer Unternehmen", sprich: zur Eignungsleihe, wurden in der neuen Vergaberichtlinie in einer zentralen Vorschrift kodifiziert, nämlich in Art. 63. Entsprechende Regeln fanden sich bislang in Art. 47 Abs. 2 und 3 sowie Art. 48 Abs. 3 und 4 Richtlinie 2004/18/EG.

Art. 63 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 Vergaberichtlinie lässt jetzt zu, sich auch hinsichtlich der beruflichen Befähigung (siehe hierzu die in Anhang XII Teil II lit. f) genannten Studiennachweise und Bescheinigungen) und Erfahrung auf andere Unternehmen zu berufen. Es wird allerdings zugleich klargestellt, dass nur dann auf die Kapazitäten anderer Unternehmen zurückgegriffen werden darf, wenn das in Anspruch genommene andere Unternehmen die entsprechenden Leistungen auch selbst erbringen soll, mithin zugleich als Unterauftragnehmer im Sinne von Art. 71 Vergaberichtlinie zum Einsatz kommt. Dadurch wird sichergestellt, dass das tätig werdende Unternehmen über die erforderlichen Kompetenzen auch tatsächlich verfügt.

Auch UAbs. 2 des Art. 63 Abs. 1 Vergaberichtlinie enthält einige Klarstellungen. So wird in S. 1 ausdrücklich festgelegt, dass der öffentliche Auftraggeber prüfen muss, ob das Unternehmen, dessen Kapazitäten in Anspruch genommen werden, die Eignungskriterien erfüllt und ob Ausschlussgründe nach Artikel 57 Vergaberichtlinie vorliegen. Nach S. 2 muss der öffentliche Auftraggeber dem Bewerber oder Bieter vorschreiben, dass ein als „Leihgeber" bezeichnetes Unternehmen zu ersetzen ist, sollte es ein Eignungskriterium nicht erfüllen oder in Bezug auf dieses Unternehmen ein zwingender Ausschlussgrund vorliegen. Hingegen liegt es nach S. 3 im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers, ob er auch eine Ersetzung des in Anspruch genommenen Unternehmens verlangt, wenn in dessen Person nur ein fakultativer Ausschlussgrund vorliegt. Liegen alle Voraussetzung für eine zulässige Inanspruchnahme fremder Kapazitäten vor, kann der öffentliche Auftraggeber laut Art. 63 Abs. 1 UAbs. 3 Vergaberichtlinie verlangen, dass der Bewerber oder Bieter und der „Leihgeber" gemeinsam für die Auftragsdurchführung haften.

Eine für manchen Praktiker interessante Neuerung beinhaltet Art. 63 Abs. 2 Vergaberichtlinie: Öffentliche Auftraggeber können nunmehr verlangen, das „bestimmte kritische Aufgaben direkt vom Bieter selbst […] ausgeführt werden". Das setzt sich in einiger Deutlichkeit in Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH, der in einer Reihe von Entscheidungen zu dem Schluss gekommen war, dass der Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers nicht verpflichtet werden kann, die Leistungen unmittelbar mit eigenen Mittel zu erbringen. Genügen

sollte es vielmehr, dass der Vertragspartner die Ausführung der fraglichen Leistung nachweislich gegenüber Dritten veranlassen konnte.[16]

Die neue Vergaberichtlinie sieht nunmehr für „kritische Aufgaben" etwas anderes vor. Es ist absehbar, dass auch dieses Merkmal zu unterschiedlichen Interpretationen führen wird. Nicht gemeint sein dürfte damit, dass sämtliche Aufgaben, die ein besonderes Maß an Fachkunde erfordern, auf Geheiß des öffentlichen Auftraggebers nur noch vom Auftragnehmer selbst ausgeführt werden dürften. Denn insoweit ist es dem öffentlichen Auftraggeber möglich, sich hinreichend abzusichern, indem er seinen Bedürfnissen entsprechende Eignungsanforderungen aufstellt, die auch für alle Nachunternehmer des Auftragnehmers gelten.[17] Demnach ist für das Merkmal der „kritischen Aufgabe" mehr erforderlich als bloße überdurchschnittliche Anforderungen. Zu denken ist etwa an Aufgaben, die dem Auftragnehmer Zugriff auf besonders schützenswerte Güter gewähren, sodass ein berechtigtes Interesse des öffentlichen Auftraggebers daran besteht, mit dem Auftragnehmer auf vertrauensvoller Basis persönlich zusammenzuarbeiten (z.B. Kunsttransporte).

VI. Prüfungsreihenfolge

Für offene Verfahren ermöglicht Art. 56 Abs. 2 Vergaberichtlinie eine Umkehrung der üblichen Prüfungsreihenfolge. Demnach soll es öffentlichen Auftraggebern künftig möglich sein, die Angebote inhaltlich zu prüfen bevor festgestellt wird, ob Ausschlussgründe vorliegen oder der Wirtschaftsteilnehmer alle Eignungskriterien erfüllt. Die nachträgliche Prüfung dieser Voraussetzung muss sodann jedoch unparteiisch und transparent erfolgen, sodass kein Unternehmen den Zuschlag erhält, dass hätte ausgeschlossen werden müssen. Die Vorschrift räumt den Mitgliedsstaaten allerdings das Recht ein, dieses Verfahren nur in bestimmten Fällen zuzulassen. Der praktische Mehrwert dieser Regelung kommt in Fällen zum Tragen, in denen der öffentliche Auftraggeber eine Vielzahl von Angeboten erhält, die einen großen Aufwand hinsichtlich der Eignungsprüfung bedeuteten, während die inhaltliche Prüfung der Angebote nur einen geringen Aufwand erfordert, z.B. weil die Vergabe allein anhand des günstigsten Preises erfolgen soll.

VII. Einheitliche Europäische Eigenerklärung

Art. 59 Vergaberichtlinie führt für den Nachweis (1.) des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen, (2.) der Eignung und (3.) des Vorliegens der objektiven Regeln und Kriterien nach Art. 65 die Einheitliche Europäische Eigenerklärung ein. Dadurch sollen nach Erwägungsgrund 84 – insbesondere für KMU – die hohen bürokratischen Hürden für die Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen reduziert werden, die durch die bisherigen Nachweiserfordernisse entstehen. Dementsprechend soll anstelle einer Vielzahl von Nachweisen, die bislang

[16] Siehe vor allem EuGH, Urt. v. 12.7.2001, C-399/98, Rdnr. 90; Urt. v. 2.12.1999, C-176/98, Holst Italia, Rdnr. 29. Aufgegriffen in EuGH, Urt. v. 18.3.2004, C-314/01, Rdnr. 43 f. Noch strenger, nämlich nur in Bezug auf konzernverbundene Unternehmen, EuGH, Urt. v. 14.4.1994, C-389/92, Ballast Nedam I, Rdnr. 18 und Urt. v. 18.12.1997, C-5/97, Ballast Nedam II, Rdnr. 14.

[17] Vgl. auch Art. 63 Abs. 1 UAbs. 2 Vergaberichtlinie.

regelmäßig von öffentlichen Auftraggebern gefordert werden, nunmehr die genannte Eigenerklärung in Form eines elektronischen Standardformulars den vorläufigen Nachweis dafür bieten, dass der Wirtschaftsteilnehmer alle für die Ausschreibung erforderlichen Anforderungen erfüllt.

Die Erklärung soll zwar den Bewerbungsprozess vereinfachen, den erfolgreichen Bieter jedoch nicht gänzlich von der Pflicht befreien, die entsprechenden Nachweise einzuholen und dem Auftraggeber vorzulegen. So sieht Erwägungsgrund 84 vor, dass der Bieter, dem der Zuschlag erteilt werden soll, diese Nachweise vorlegen können muss und anderenfalls kein Vertrag mit ihm geschlossen werden sollte. Zwar kann nach Art. 59 Abs. 4 UAbs. 1 Vergaberichtlinie erforderlichenfalls auch von den übrigen Bewerbern oder Bietern die Vorlage bestimmter oder sämtlicher Nachweise gefordert werden. In der Regel wird sich diese Forderung jedoch auf den erfolgreichen Bieter beschränken.[18]

Welche „Bescheinigungen von Behörden" konkret von der Eigenerklärung ersetzt werden sollen, geht aus Art. 59 Vergaberichtlinie nicht hervor. Im Hinblick auf das oben erwähnte Ziel der Erklärung, bürokratische Hürden abzubauen, spricht jedoch viel dafür, den Begriff „Bescheinigungen von Behörden" möglichst weit auszulegen.[19] Ein entsprechendes Formular erarbeitet die Kommission derzeit.

VIII. e-Certis

Im engen Zusammenhang mit der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung steht die Einrichtung des Online-Dokumentenarchivs e-Certis, das in Art. 61 Vergaberichtlinie beschrieben wird und das die Vereinfachung von grenzübergreifenden Vergabeverfahren bezweckt. Hierfür sollen die Mitgliedsstaaten Informationen über Nachweise, die in e-Certis gespeichert werden, kontinuierlich aktualisieren. Die öffentlichen Auftraggeber können bei der Durchführung von Vergabeverfahren sodann auf diese Datenbank zurückgreifen. Sie werden angehalten, vor allem solche Nachweise zu verlangen, die in e-Certis enthalten sind, Art. 61 Abs. 2 Vergaberichtlinie.

Das Archiv wird von der Kommission eingerichtet und verwaltet. Derzeit erfolgt die Aktualisierung von e-Certis durch die nationalen Behörden freiwillig. Wie Erwägungsgrund 87 zu entnehmen ist, ist diese freiwillige Aktualisierung jedoch unzureichend und soll daher in Zukunft für die nationalen Behörden obligatorisch sein. Art. 61 Abs. 3 Vergaberichtlinie sieht zudem vor, dass die Kommission alle Sprachfassungen der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung in e-Certis zur Verfügung stellt.

18 *Wolfgang Jaeger*, Die neue Basisvergaberichtlinie der EU vom 26.2.2014 – ein Überblick, NZBau 2014, S. 259, 266.

19 *Hans-Joachim Prieß*, The Rules on Exclusion and Self-Cleaning Under the 2014 Public Procurement Directive, Public Procurement Law Review 2014, S. 112, 123.

C. Ausschluss und Selbstreinigung

I. Allgemeines

Die Ausschlussgründe waren bislang ein Teilaspekt des Vergaberechts, dem nur wenig Aufmerksamkeit geschenkt wurde. Durch die wachsende politische Bedeutung der Bekämpfung von Korruption und anderen wettbewerbsfeindlichen Verhaltensweisen ist inzwischen jedoch ein größeres Interesse daran zu beobachten.[20] Das kommt nicht zuletzt durch umfangreichere Regelungen in der neuen Vergaberichtlinie zum Ausdruck, die die Ausschlussgründe und das Verfahren zur Selbstreinigung in Art. 57 auf zwei Seiten Richtlinientext regelt. Die Vorschrift gliedert sich wie folgt:

- Absatz 1: Grundsätzlich zwingende Ausschlussgründe, die gegenüber denjenigen in Art. 45 Abs. 1 Richtlinie 2004/18/EG um zwei Fälle ergänzt wurden.
- Absatz 2: Grundsätzlich zwingender Ausschluss, wenn der Wirtschaftsteilnehmer Steuern oder Sozialversicherungsabgaben nicht entrichtet hat.
- Absatz 3: Ausnahmen vom zwingenden Ausschluss nach den Abs. 1 und 2.
- Absatz 4: Gegenüber Art. 45 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG geänderte fakultative Ausschlussgründe, die von den Mitgliedsstaaten auch als zwingende Ausschlussgründe ausgestaltet werden können.
- Absatz 5: Klarstellung, dass die Ausschlussgründe während des gesamten Vergabeverfahrens anzuwenden sind.
- Absatz 6: Selbstreinigung.
- Absatz 7: Maximaler Zeitraum des Ausschlusses.

II. Ausschluss

1. Zwingende Ausschlussgründe

a. Rechtskräftige Verurteilung

Die neue Vergaberichtlinie sieht in Art. 57 Abs. 1 eine Reihe zwingender Ausschlussgründe vor. Nach Unterabsatz 1 derselben Vorschrift knüpft der Ausschluss an eine rechtskräftige Verurteilung im Zusammenhang mit einem der in den Buchstaben a) bis f) genannten Vergehen an. Der Begriff „rechtskräftige Verurteilung“ hatte auch bislang[21] schon einige Fragen offengelassen. Der Wortlaut legt freilich nahe, dass es sich um solche Entscheidungen handeln muss, die keine Anfechtung (Widerspruch, Berufung, Revision) mehr zulassen. Ausgeschlossen sein dürften damit alternative Beendigungen von Strafverfahren wie beispielsweise Strafbefehle.[22]

20 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 112.
21 Siehe Art. 45 Abs. 1 UAbs. 1 und Abs. 2 UAbs. 1 lit. c) Richtlinie 2004/18/EG.
22 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 114 f. und (Fußn. 16).

Aus der Vorschrift ergibt sich auch nicht, ob das fragliche Urteil zwingend innerhalb der Europäischen Union ergangen sein muss, oder ob auch Entscheidungen außereuropäischer Gerichte das Kriterium der rechtskräftigen Verurteilung erfüllen. Hierzu haben sich innerhalb der Mitgliedsstaaten unterschiedliche Ansichten herausgebildet. Deutschland gehört dabei zu den Staaten, in denen interessierte Wirtschaftsteilnehmer auch aufgrund von rechtskräftigen Verurteilungen außerhalb der EU von Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Eine Vereinheitlichung der Rechtspraxis in dieser für den Wettbewerb nicht unbedeutenden Frage wäre wünschenswert gewesen. Diese Gelegenheit hat die neue Vergaberichtlinie jedoch verpasst, sodass diesbezüglich auch künftig nicht mit einer Harmonisierung zu rechnen ist.[23]

Neue Klarheit bringt hingegen Art. 57 Abs. 1 UAbs. 2 Vergaberichtlinie. Er schreibt vor, dass der Wirtschaftsteilnehmer auch auszuschließen ist, wenn er als juristische Person zwar nicht selbst rechtkräftig verurteilt wurde, wohl aber eine natürliche Person, die Mitglied in dessen Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremium ist und in dieser Funktion Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse hat. Dieser Hinweis hat Bedeutung für alle Mitgliedsstaaten, in denen – wie in Deutschland – eine strafrechtliche Verurteilung einer juristischen Person (noch)[24] nicht möglich ist. In Richtlinie 2004/18/EG fehlte eine ausdrückliche Regelung hierzu.[25]

Dem Wortlaut von Art. 57 Abs. 1 UAbs. 2 Vergaberichtlinie lässt sich hingegen nicht die Möglichkeit eines Ausschlusses entnehmen, wie ihn etwa § 6 Abs. 4 EG VOL/A vorsieht. Nach letztgenannter Vorschrift droht einem Unternehmen in Deutschland auch dann der Ausschluss, wenn ein gewöhnlicher Angestellter eine der dort genannten Straftaten begeht und eine für die Führung der Geschäfte des Unternehmens verantwortliche Person ein darauf bezogenes Aufsichts- oder Organisationsverschulden trifft. Nach der neuen Vergaberichtlinie fällt ein derartiges Unterlassen unter keinen der zwingenden Ausschlussgründe. Die fakultativen Ausschlussgründe sehen jedoch die Möglichkeit eines Ausschlusses vor, wenn der öffentliche Auftraggeber nachweisen kann, dass der Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, die seine Integrität in Frage stellt. Möglicherweise ließe sich ein Ausschluss wegen Aufsichtspflichtverletzungen auf diese Fallgruppe stützen.[26]

b. Bisherige Ausschlussgründe

Nach Art. 45 Abs. 1 lit. a) bis d) Richtlinie 2004/18 sind Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen, wenn sie wegen Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung, Bestechung, Betrug oder Geldwäsche rechtskräftig verurteilt worden

23 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 114.

24 Ein Gesetzesvorschlag zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden wurde im Bundesrat auf Initiative Nordrhein-Westfalens eingebracht. Eine ausführliche Besprechung bietet *Bernd Schünemann,* Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie, ZIS 2014, S. 1 ff. Eine Stellungnahme des BDI ist abrufbar im Internet unter: http://www.bdi.eu/18451.htm.

25 Siehe Art. 45 Abs. 1 UAbs. 4 Richtlinie 2004/18/EG.

26 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 114.

sind. Diese Ausschlussgründe wurden im Wesentlichen in Art. 57 Abs. 1 lit. a) bis c) sowie lit. e) Vergaberichtlinie übernommen.

Die Bemühungen um eine Verfolgung und Bekämpfung von Korruption und anderen Formen der Wirtschaftskriminalität sind in den letzten Jahren erheblich verstärkt worden. Vor diesem Hintergrund kommt dem Ausschlussgrund der Bestechung in Art. 57 Abs. 1 lit. b) besondere Bedeutung zu.[27] Im Gegensatz zu ihrer Vorgängerin knüpft die neue Vergaberichtlinie gleich an vier verschiedene Bestechungstatbestände an. Das sind (1.) Art. 3 des Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind,[28] (2.) Art. 2 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2003/568/JI,[29] sowie Bestechung im Sinne (3.) des nationalen Rechts des öffentlichen Auftraggebers oder (4.) des Wirtschaftsteilnehmers.

Vor allem die letzten beiden Anknüpfungspunkte sind insoweit bemerkenswert, als auf ihrer Grundlage auch Bestechungstatbestände eines Drittstaates zu berücksichtigen wären. Im Ergebnis könnten also auch Verurteilungen wegen Bestechung durch Gerichte außerhalb der EU als Ausschlussgrund herangezogen werden. Das muss überraschen. Denn die Frage nach einer Berücksichtigung der Rechtsprechung von Drittstaaten ist durch die neue Richtlinie sonst eben nicht (ausdrücklich) beantwortet worden.[30]

c. Neue Ausschlussgründe

Als neue Ausschlussgründe führt Art. 57 Abs. 1 in lit. d) Vergaberichtlinie eine Verurteilung wegen terroristischer Straftaten und in lit. f) eine Verurteilung wegen Kinderarbeit oder anderer Formen des Menschenhandels ein. Buchstabe d) bezieht sich dabei auf Art. 3 und 4 des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI[31], Buchstabe f) auf Art. 1 der Richtlinie 2005/60/EG[32]. Zwar ist das in den genannten Regelungen zum Ausdruck kommende Bewusstsein um die entsprechenden Missstände in der Welt gutzuheißen, eine spürbare praktische Relevanz dieser Ausschlussgründe ist allerdings nicht zu erwarten.[33]

d. Ausnahmen vom zwingenden Ausschluss

Von den zwingenden Ausschlussgründe in Art. 57 Abs. 1 Vergaberichtlinie kann im Einzelfall eine Ausnahme gemacht werden. Denn nach Art. 57 Abs. 3 UAbs. 1 Vergaberichtlinie können die Mitgliedstaaten aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses eine Ausnahme von Abs. 1 (und Abs. 2) vorsehen. Als Beispiele für ein solches zwingendes öffentliches Interesse werden die öffentliche Gesundheit und der Umweltschutz genannt. Anschaulicher wird das

27 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 115.
28 ABl. C 195 vom 25.06.1997, S. 1.
29 ABl. 192 vom 31.07.2003, S. 54.
30 Siehe bereits oben Ziffer II.1.a.
31 Rahmenbeschluss des Rates vom 13.6.2002 zur Terrorismusbekämpfung.
32 Vollständig: Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung.
33 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 115.

bei Betrachtung von Erwägungsgrund 100. Danach ist eine Auftragsvergabe trotz Vorliegens eines an sich zwingenden Ausschlussgrundes z.B. dann unumgänglich, wenn dringend benötigte Impfstoffe oder Notfallausrüstungen nur von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer beschafft werden können. Der europäische Gesetzgeber hatte für eine Ausnahme vom zwingenden Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers demnach extreme Ausnahmesituationen vor Augen.[34] Keinesfalls darf jeder Engpass in der Versorgung oder bloße Zeitnot bei der Beschaffung von nicht-existenziellen Gütern oder Dienstleistungen als Begründung für eine Ausnahme vom zwingenden Ausschluss nach Art. 57 Abs. 1 Vergaberichtlinie herangezogen werden.

Ferner sieht Art. 57 Abs. 6 Vergaberichtlinie die Möglichkeit der Selbstreinigung vor, durch die einem Wirtschaftsteilnehmer trotz Vorliegens eines Ausschlussgrundes die Möglichkeit der Teilnahme an einem Vergabeverfahren eröffnet wird.[35]

e. Zwingender Ausschluss als Kündigungsgrund

Art. 73 lit. b) Vergaberichtlinie verpflichtet die Mitgliedsstaaten, die Kündbarkeit von öffentlichen Aufträgen während ihrer Laufzeit sicherzustellen, wenn beim Auftragnehmer zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung ein zwingender Ausschlussgrund vorlag und er daher vom Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen. Dabei muss der Vergabestelle nur die Möglichkeit zur Kündigung eingeräumt werden. Eine dahingehende Verpflichtung statuiert die Richtlinie nicht. In jedem Fall steht aber die Vorgabe, die Kündbarkeit bestehender Vertragsverhältnisse aufgrund vergaberechtlicher Ausschlussgründe sicherzustellen, in einem Spannungsverhältnis mit dem in Deutschland bislang vorherrschenden zivilrechtlichen Prinzip „pacta sunt servanda".

Der Formulierung „zumindest unter folgenden Umständen" in Art. 73 Vergaberichtlinie lässt sich entnehmen, dass die darin aufgeführten Kündigungsmöglichkeiten lediglich Mindestanforderungen darstellen. Es steht den Mitgliedsstaaten demnach frei, auch für fakultative Ausschlussgründe oder für Fehlverhalten während der Vertragsdurchführung ein entsprechendes Kündigungsrecht einzuführen.[36]

2. Fakultative Ausschlussgründe

Mehrere Änderungen im Vergleich zu seiner Vorgängernorm enthält Art. 57 Abs. 4 Vergaberichtlinie für den Bereich der fakultativen Ausschlussgründe. So ist der Ausschluss wegen Nichtzahlung von Steuern und Sozialabgaben – anders als noch in Art. 45 Abs. 2 lit. e) und f) Richtlinie 2004/18 – nach Art. 57 Abs. 2 Vergaberichtlinie nunmehr grundsätzlich zwingend.[37] Ferner wurden neue fakultative Ausschlussgründe hinzugefügt und bereits bestehende geändert:

34 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 116.
35 Siehe hierzu unten Ziffer C.III.
36 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 116.
37 Jedenfalls bei einer entsprechenden rechtskräftigen Verurteilung, siehe dazu Ziffer C.II.3.

- Die zuständigen Behörden können Wirtschaftsteilnehmer nach Art. 57 Abs. 4 lit. a) Vergaberichtlinie wegen Verstößen gegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Vorschriften ausschließen.
- Die Ausschlussgründe hinsichtlich Zahlungsunfähigkeit und Insolvenz wurden in Art. 57 Abs. 4 lit. b) Vergaberichtlinie zusammengeführt.
- Der Ausschlussgrund der Verurteilung aufgrund eines Verstoßes gegen berufsrechtliche Vorschriften wurde gestrichen. Das ist wohl auf eine weite Auslegung des Ausschlussgrundes der schweren beruflichen Verfehlung nach Art. 57 Abs. 4 lit. c) Vergaberichtlinie zurückzuführen.[38]
- Weitere neue Ausschlussgründe im Zusammenhang mit: (1.) Wettbewerbsverzerrungen, (2.) Interessenkonflikten, (3.) der vorherigen Einbeziehung von Wirtschaftsteilnehmern in die Vorbereitung des Vergabeverfahrens sowie (4.) mangelhafter Erfüllung früherer öffentlicher Aufträge wurden eingefügt.
- Der Ausschlussgrund der Täuschungen über das (Nicht-)Vorliegen von Ausschlussgründen oder Eignungskriterien im Vergabeverfahren ist in Art. 57 Abs. 4 lit. h) Vergaberichtlinie geregelt.
- Art. 57 Abs. 4 lit. i) Vergaberichtlinie erlaubt einen Ausschluss bei versuchter unzulässiger Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung der Vergabestelle.

a. Ausschluss wegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtlichen Verstoßes, Art. 57 Abs. 4 lit. a) Vergaberichtlinie

Kann ein öffentlicher Auftraggeber einem Bieter auf geeignete Weise Verstöße gegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Vorgaben nachweisen, kann er diesen Bieter nach Art. 57 Abs. 4 lit. a) Vergaberichtlinie ausschließen. Das entspricht den Bemühungen der letzten Jahre, den in Bezug genommenen Vorgaben einen höheren Stellenwert einzuräumen und durch eine Berücksichtigung bei der öffentlichen Auftragsvergabe zu fördern. Da Verstöße gegen das Umwelt-, Sozial- oder Arbeitsrecht gleichsam allgemeine Gesetzverstöße darstellen, die schon nach Richtlinie 2004/18/EU zum Ausschluss wegen beruflichen Fehlverhaltens führen konnten, dürfte diese Neuerung jedoch eher symbolischen Charakter haben.[39]

b. Ausschluss wegen Zahlungsunfähigkeit oder Insolvenz, Art. 57 Abs. 4 lit. b) Vergaberichtlinie

Art. 57 Abs. 4 lit. b) Vergaberichtlinie enthält eine wesentliche Modifizierung seiner Vorgängernorm. Wirtschaftsteilnehmern, die zahlungsunfähig oder insolvent sind bzw. sich in einer der in Buchstabe b) genannten Situationen befinden, können dessen ungeachtet an öffentlichen Ausschreibungen teilnehmen, wenn sie darlegen können, dass sie trotz ihrer gegenwärtigen Situation zur ordnungsgemäßen Auftragsdurchführung in der Lage sind, Art. 57 Abs. 4

38 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 117.
39 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 117.

UAbs. 2 Vergaberichtlinie. Das ist zu begrüßen. Denn hierdurch wird zum einen der Wettbewerb gestärkt und zum anderen wird insolventen Wirtschaftsteilnehmern ein Wiedereintritt in den Markt ermöglicht.[40]

c. Ausschluss wegen schwerer beruflicher Verfehlung, Art. 57 Abs. 4 lit. c) Vergaberichtlinie

Art. 57 Abs. 4 lit. c) Vergaberichtlinie erlaubt einen Ausschluss aufgrund einer schweren beruflichen Verfehlung des Bieters, sofern diese seine Integrität in Frage stellt. Das Merkmal der schweren beruflichen Verfehlung hat der EuGH in seinem *Forposta*-Urteil definiert.[41] Diese weite Auslegung legt die Vermutung nahe, dass der europäische Gesetzgeber den Ausschlussgrund in Art. 45 Abs. 2 lit. c) Richtlinie 2004/18 für verzichtbar hielt und folgerichtig gestrichen hat.[42]

Fraglich ist, ob sich die Formulierung des Ausschlussgrundes in Art. 57 Abs. 4 lit. c) Vergaberichtlinie an der *Forposta*-Rechtsprechung orientiert. Im Ergebnis dürfte das zu bejahen sein, da trotz der Einführung neuer Ausschlussgründe eine Vielzahl an denkbaren Verfehlungen nicht erfasst sind und daher folgenlos bleiben müssten. Für viele dieser Fälle lässt sich Art. 57 Abs. 4 lit. c) Vergaberichtlinie als Auffangtatbestand heranziehen.[43]

d. Ausschluss wegen Wettbewerbsverzerrung, Art. 57 Abs. 4 lit. d) Vergaberichtlinie

Art. 57 Abs. 4 lit. d) Vergaberichtlinie erlaubt dem öffentlichen Auftraggeber, einen Bieter auszuschließen, wenn hinreichend plausible Anhaltspunkte für eine wettbewerbsverzerrende Vereinbarung vorliegen. Bei einem direkten Vergleicht fällt auf, dass der Wortlaut von Art. 57 Abs. 4 lit. d) Vergaberichtlinie überraschend stark vom unionsrechtlichen Verbot der Wettbewerbsbeschränkung in Art. 101 Abs. 1 AEUV abweicht. Es wäre jedoch verfehlt, hieraus zu schließen, dass die beiden Vorschriften grundsätzlich unterschiedliche Anwendungsbereiche hätten. Vielmehr ist Art. 101 AEUV auf *alle* Beschlüsse und Verhaltensweisen gerichtet, die geeignet sind, den Wettbewerb zu verfälschen, zu verhindern oder einzuschränken, während Art. 57 Abs. 4 lit. d) Vergaberichtlinie lediglich einen Teil dieses Anwendungsbereichs erfasst, nämlich den Fall der wettbewerbsverzerrenden Vereinbarung. Der in diesem Sinne eingeschränkte Anwendungsbereich von Art. 57 Abs. 4 lit. d) Vergaberichtlinie zieht den Mitgliedsstaaten bei der Ausgestaltung des nationalen Rechts enge Grenzen.[44]

40 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 117.
41 EuGH, Urt. v. 13.12.2012, C-465/11, Forposta, Rdnr. 27.
42 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 118.
43 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 118.
44 Siehe vertiefend *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 118.

e. Ausschluss wegen Interessenkonflikts oder vorheriger Einbeziehung, Art. 57 Abs. 4 lit. e) und f) Vergaberichtlinie

Wirtschaftsteilnehmer, bei denen ein nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen zu beseitigender Interessenkonflikt im Sinne von Art. 24 Vergaberichtlinie vorliegt, können nach Art. 57 Abs. 4 lit. e) Vergaberichtlinie ausgeschlossen werden. Gleiches gilt in Fällen, in denen durch die vorherige Einbeziehung des Wirtschaftsteilnehmers in die Vorbereitung des Vergabeverfahrens eine Wettbewerbsverzerrung im Sinne von Art. 41 Vergaberichtlinie entsteht, Art. 57 Abs. 4 lit. f) Vergaberichtlinie.

Die vorstehenden Ausschlussgründe stellen Sonderfälle in der Systematik von Art. 57 Vergaberichtlinie dar. Während alle anderen Ausschlussgründe auf Zweifeln an der Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit des jeweiligen Bieters beruhen, liegt den Ausschlussgründen nach Art. 57 Abs. 4 lit. e) und f) Vergaberichtlinie das Ziel der Verwirklichung und Sicherung eines fairen Wettbewerbs zugrunde.[45]

f. Ausschluss wegen mangelhafter Vertragserfüllung, Art. 57 Abs. 4 lit. g) Vergaberichtlinie

Der Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers aufgrund mangelhafter Vertragserfüllung nach Art. 57 Abs. 4 lit. g) Vergaberichtlinie setzt voraus, dass bei einem früheren Auftrag erhebliche oder dauerhafte Mängel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung aufgetreten sind, die zu einer vorzeitigen Vertragsaufhebung, zu Schadensersatzverpflichtungen oder zu anderen vergleichbaren Sanktionen geführt haben.

Dieser Ausschlussgrund ist bereits heute in den vergaberechtlichen Regelungswerken vieler Mitgliedsstaaten enthalten. Da einige Mitgliedsstaaten hiervon in großem Umfang Gebrauch gemacht hatten, entschied der EuGH in mehreren Fällen, dass ein entsprechender Ausschluss nur dann in Einklang mit Unionsrecht stehe, wenn die Mangelhaftigkeit der Leistung des Wirtschaftsteilnehmers von gewisser Schwere gewesen sei.[46] Diese Rechtsprechung hat der europäische Gesetzesgeber nunmehr in Art. 57 Abs. 4 lit. g) Vergaberichtlinie umgesetzt, indem er einen Ausschluss – wie oben dargelegt – unter die Bedingung stellt, dass die aufgetretenen Mängel erheblich oder dauerhaft sein und wesentliche Anforderungen des fraglichen Auftrags betroffen haben müssen.

g. Ausschluss wegen Täuschung im Vergabeverfahren, Art. 57 Abs. 4 lit. h) Vergaberichtlinie

Der Ausschlussgrund der Täuschung in Vergabeverfahren unterscheidet sich nur unwesentlich von seiner Vorgängernorm. Hat ein Bieter die Vergabestelle schwerwiegend über das (Nicht-)Vorliegen von Ausschlussgründen oder Eignungskriterien getäuscht oder hat er derartige Auskünfte zurückgehalten oder ist er nicht in der Lage, Unterlagen gemäß Artikel 59

45 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 119.
46 EuGH, Urt. v. 13.12.2012, C-465/11, Forposta, Rdnr. 33.

Vergaberichtlinie einzureichen, kann er nach Art. 57 Abs. 4 lit. h) Vergaberichtlinie ausgeschlossen werden.

h. Ausschluss wegen unzulässiger Einflussnahme, Art. 57 Abs. 4 lit. i) Vergaberichtlinie

Schließlich kann die Vergabestelle einen Wirtschaftsteilnehmer nach Art. 57 Abs. 4 lit. i) Vergaberichtlinie ausschließen, wenn letzterer versucht, die Entscheidungsfindung des öffentlichen Auftraggebers in unzulässiger Weise zu beeinflussen oder vertrauliche Informationen zu erhalten, die ihm unzulässige Vorteile gewähren könnten. Ferner kann er bei fahrlässiger Übermittlung irreführender Informationen, die die Entscheidungen der Vergabestelle erheblich beeinflussen könnten, ausgeschlossen werden. Der europäische Gesetzesgeber versteht mithin auch solche nicht strafbewährten Handlungen als unzulässige Einflussnahme.

i. Ermessen der Vergabestellen

Bei der Ermessensausübung der öffentlichen Auftraggeber, ob ein Wirtschaftsteilnehmer bei Vorliegen eines fakultativen Ausschlussgrundes ausgeschlossen werden soll oder nicht, sind in die Erwägungen der Gleichbehandlungsgrundsatz und das öffentliche Interesse mit einzubeziehen.

3. Steuern und Sozialabgaben

Art. 57 Abs. 2 Vergaberichtlinie sieht einen Ausschlussgrund für Wirtschaftsteilnehmer vor, die ihren Verpflichtungen zur Entrichtung von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen nicht nachgekommen sind. Wurde ein solcher Verstoß durch eine Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung endgültig festgestellt, ist der Ausschluss nach UAbs. 1 zwingend. Etwas anderes gilt nach Abs. 2 UAbs. 3 für den Fall, dass der Wirtschaftsteilnehmer die ausstehenden Zahlungen nachträglich vorgenommen oder eine verbindliche Vereinbarung getroffen hat, dies zu tun.

Steht eine endgültige Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung noch aus, kann der öffentliche Auftraggeber einen Verstoß gegen die Verpflichtung zur Zahlung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen aber auf geeignete Weise nachweisen, sieht UAbs. 2 einen fakultativen Ausschluss vor. Die Entscheidung liegt dann grundsätzlich im Ermessen des Auftraggebers, wenn er nicht vom jeweiligen Mitgliedstaat zu einem Ausschluss des Wirtschaftsteilnehmers verpflichtet wurde.

Allerdings kann nach Art. 57 Abs. 3 UAbs. 2 Vergaberichtlinie im Einzelfall sowohl von einem zwingenden als auch von einem fakultativen Ausschluss aus Gründen der Verhältnismäßigkeit abgesehen werden, wenn die unterbliebenen Zahlungen nur geringfügig waren oder der Wirtschaftsteilnehmer so spät über die genaue Höhe des geschuldeten Betrags unterrichtet wurde, dass er nicht in der Lage war, die Zahlung rechtzeitig nachzuholen oder eine Vereinbarung im Sinne von Abs. 2 UAbs. 3 zu schließen.

Es steht zu erwarten, dass dieser neue Ausschlussgrund rasch an Bedeutung gewinnen wird. Denn viele Mitgliedstaaten dürften in ihm ein willkommenes Instrument zur Förderung der Zahlungsmoral im Bereich der Steuern und Sozialversicherungsbeiträge sehen.[47]

4. Verhältnismäßigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit spielt bei den Ausschlussgründen eine wichtige Rolle und kommt an mehreren Stellen in Art. 57 Vergaberichtlinie zum Ausdruck. Ausdrücklich auf ihn Bezug genommen wird im soeben behandelten Abs. 3 UAbs. 2. Ferner ist die Möglichkeit der Selbstreinigung nach Abs. 6 letztlich nichts anderes als eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.[48] Gleiches gilt für die Vorgabe, dass der Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers nach Abs. 7 zeitlich begrenzt sein muss.[49]

Bei fakultativen Ausschlussgründen schreibt Erwägungsgrund 101 die Wahrung der Verhältnismäßigkeit ausdrücklich vor. So soll ein Ausschluss bei kleineren Unregelmäßigkeiten nur ausnahmsweise erfolgen. Aber auch bei zwingenden Ausschlussgründen kommt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – wie soeben im Zusammenhang mit Art. 57 Vergaberichtlinie dargelegt – als Korrektiv in seiner Rolle als allumfassendes Prinzip des Unionsrechts zur Geltung.[50]

5. Nachweis des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen

Art. 60 Vergaberichtlinie regelt, in welchem Umfang öffentliche Auftraggeber Nachweise zum Nichtvorliegen von Ausschlussgründen einfordern können. Welche konkreten Unterlagen das sind, regelt abschließend (Art. 60 Abs. 1 UAbs. 2 Vergaberichtlinie) Abs. 2 der Vorschrift. So dürfen von den zuständigen Behörden Auszüge aus dem Strafregister oder ähnliche Urkunden eingeholt werden, um das Nichtvorliegen des Ausschlussgrundes der strafrechtlichen Verfehlung nach Art. 57 Abs. 1 Vergaberichtlinie nachzuweisen. Hinsichtlich der Ausschlussgründe der Nichtzahlung von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen sowie der Zahlungsunfähigkeit, Insolvenz oder anderer Verfahren nach Art. 57 Abs. 4 lit. b) Vergaberichtlinie können öffentliche Auftraggeber ebenfalls Bescheinigungen von der jeweils zuständigen Behörde verlangen. Nach Art. 60 Abs. 2 UAbs. 3 Vergaberichtlinie kann stattdessen eine eidesstattliche Versicherung oder entsprechende förmliche Erklärungen eingeholt werden, wenn die vorstehenden Unterlagen in dem jeweiligen Land nicht ausgestellt werden oder nicht alle erforderlichen Informationen enthalten.

47 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 117; so wohl auch *Martin Burgi*, Ausschluss und Vergabesperre als Rechtsfolgen von Unzuverlässigkeit, NZBau 2014, S. 595, 596, der die Eignung der Ausschlussgründe als Instrument der Rechtsdurchsetzung erkennt.

48 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 113.

49 Siehe dazu unten Ziffer C.IV.

50 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 113.

6. Ausschluss bei Eignungsleihe

Schließlich sind die Ausschlussgründe nach Art. 63 Abs. 1 UAbs. 3 Vergaberichtlinie auch mit Blick auf Unterauftragnehmer von Bedeutung. Denn sofern Wirtschaftsteilnehmer zur Auftragsausführung auf Unterauftragnehmer zurückgreifen, verpflichtet die Vorschrift öffentliche Auftraggeber, auch diese hinsichtlich des Vorliegens eines Ausschlussgrundes zu überprüfen. Liegt ein zwingender Ausschlussgrund in der Person des Unterauftragnehmers vor, muss der öffentliche Auftraggeber den Wirtschaftsteilnehmer dazu verpflichten, den Unterauftragnehmer zu ersetzen. Bei Vorliegen eines fakultativen Ausschlussgrundes liegt das im Ermessen der öffentlichen Auftraggeber, es sei denn, der Mitgliedstaat verpflichtet sie, die Ersetzung des Unterauftragnehmers zwingend vorzuschreiben.

III. Selbstreinigung

1. Geltende Rechtslage in Deutschland

In Deutschland ist das Institut der sogenannten Selbstreinigung schon seit vielen Jahren anerkannt.[51] Es geht dabei um die Möglichkeit eines Wirtschaftsteilnehmers, der aufgrund einer Verfehlung eigentlich als unzuverlässig von sämtlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müsste, sich durch geeignete Maßnahmen vom Malus der Unzuverlässigkeit zu befreien und somit wieder an öffentlichen Ausschreibungen teilnehmen zu können. Obwohl im deutschen Recht bislang nicht gesetzlich geregelt, wird die Möglichkeit der Selbstreinigung vom Verhältnismäßigkeitsprinzip vorausgesetzt[52] und dementsprechend den einschlägigen Vergabevorschriften entnommen.[53] Dabei unterliegt die Frage, ob ein Wirtschaftsteilnehmer hinreichende Selbstreinigungsmaßnahmen ergriffen hat, nur eingeschränkter richterlicher Kontrolle.[54] Allerdings haben sich inzwischen eine Reihe von Standardmaßnahmen herausgebildet, die Wirtschaftsteilnehmer für eine wirksame Selbstreinigung ergreifen müssen:[55]

51 *Burgi* (Fußn. 47), NZBau 2014, S. 597 ff.; *Hans-Joachim Prieß,* Warum die Schadenswiedergutmachung Teil der vergaberechtlichen Selbstreinigung ist und bleiben muss, NZBau 2012, S. 425 f.; *Roland M. Stein/Pascal Friton/Anna Huttenlauch,* Kartellrechtsverstöße als Ausschlussgründe im Vergabeverfahren, WuW 2012, S. 38, 47 ff.; *Roland Stein/Pascal Friton*, Internationale Korruption, zwingender Ausschluss und Selbstreinigung, VergabeR 2010, S. 151 ff.; *Hans-Joachim Prieß/Roland Stein,* Nicht nur sauber, sondern rein: Die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit durch Selbstreinigung, NZBau 2008, S. 230 ff.

52 *Prieß/Stein* (Fußn. 51), NZBau 2008, S. 230, 230.

53 Z.B. § 6 Abs. 4 Nr. 3 EG, § 16 Abs. 1 Nr. 2 EG VOB/A; siehe hierzu *Burgi* (Fußn. 47), NZBau 2014, S. 595 ff.

54 *Burgi* (Fußn. 47), NZBau 2014, S. 598: So kommt der Vergabestelle im Rahmen des obligatorischen Ausschlusses bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „besonderen Umstände“ gemäß § 6 Abs. 4 Nr. 3 EG VOB/A ein Beurteilungsspielraum zu. Da der fakultative Ausschluss nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 EG VOB/A im Ermessen der Vergabestelle liegt, unterliegt die Selbstreinigung insoweit ebenfalls nur eingeschränkter richterlicher Kontrolle. Im Ergebnis ebenso *Prieß/Stein* (Fußn. 51), NZBau 2008, S. 230.

55 Siehe zusammenfassend *Stein/Friton* (Fußn. 51), VergabeR 2010, S. 158.

- Aktive und umfassende Mitwirkung des Wirtschaftsteilnehmers an der Sachverhaltsaufklärung.
- Maßnahmen, die verhindern, dass sich der begangene Verstoß in Zukunft wiederholt.[56] Welche Maßnahmen hierfür konkret erforderlich sind, hängt vom Einzelfall ab. Maßgeblicher Parameter ist insofern die Schwere der begangenen Verfehlung (Dauer, Häufigkeit des Auftretens, finanzielle Folgen). In der Regel dürfte die Implementierung einer wirksamen Compliance-Struktur durch internen und/oder externen Sachverstand zu fordern sein.
- Personelle Konsequenzen hinsichtlich des für den Verstoß verantwortlichen Personals.[57] Das bedeutet in aller Regel, sich von den verantwortlichen Personen zu trennen.
- Wiedergutmachung des Schadens, den der Wirtschaftsteilnehmer durch seine Verfehlung begangen hat.[58]

All diese Maßnahmen sind im Rahmen einer Prognoseentscheidung über die zukünftige Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers zu würdigen.[59]

2. Regelungen in den neuen Vergaberichtlinien

Mit Art. 57 Abs. 6 Vergaberichtlinie werden die Selbstreinigung und ihre Voraussetzungen auf europäischer Ebene kodifiziert. Der ursprünglich dem deutschen Recht entstammende *terminus technicus* „Selbstreinigung" hat damit auch Eingang in das Unionsvergaberecht gefunden und sich damit als Rechtsbegriff etabliert.[60] Art. 57 Abs. 6 Vergaberichtlinie beschreibt die Maßnahmen, die ein Wirtschaftsteilnehmer, bei dem ein Ausschlussgrund nach Art. 57 Abs. 1, 2, 4 oder 5 Vergaberichtlinie vorliegt, ergreifen muss, um weiterhin an öffentlichen Ausschreibungen teilnehmen zu dürfen. Das sind:

- Nachweis für die Kompensation des durch sein Fehlverhalten verursachten Schadens oder einer entsprechenden Verpflichtung.
- Nachweis, dass er bei der Aufklärung des Sachverhalts aktiv mit den Ermittlungsbehörden zusammengearbeitet hat.
- Nachweis konkreter technischer, organisatorischer und personeller Maßnahmen, die geeignet sind, künftiges Fehlverhalten zu vermeiden.

Wie der Vergleich mit Ziffer C.III.1. zeigt, sind diese Voraussetzungen im Wesentlichen der deutschen sowie österreichischen Rechtsprechung und einschlägigen Literatur entnommen.[61] Der Wirtschaftsteilnehmer soll durch die vorstehenden Maßnahmen nachweisen, dass er trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes als zuverlässig anzusehen ist. Gelingt ihm das, ist er weiterhin zu Vergabeverfahren zuzulassen.

Welche konkreten Maßnahmen der Wirtschaftsteilnehmer ergreifen kann, um den Voraussetzungen zu genügen, lässt sich Erwägungsgrund 102 entnehmen. Mit Blick auf die genannten

56 *Stein/Friton* (Fußn. 51), VergabeR 2010, S. 158. OLG Brandenburg, Beschl. v. 14.12.2007, Verg. W 21/07.
57 *Stein/Friton* (Fußn. 51), VergabeR 2010, S. 158.
58 *Prieß* (Fußn. 51), NZBau 2012, S. 425.
59 VK Lüneburg, Beschl. v. 24.3.2011, VgK-4/2011.
60 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 121.
61 Siehe zu den Kriterien in der deutschen Rechtsprechung z.B.: OLG Brandenburg, Beschl. v. 14.12.2007, Verg W 21/07.

personellen Maßnahmen ist es demnach empfehlenswert, sich von den verantwortlichen Personen zu trennen. Als organisatorische und technische Maßnahmen zur Überwachung der Compliance wird nahegelegt, Berichts- und Kontrollsysteme einzuführen sowie interne Audit-Strukturen und Haftungs- und Entschädigungsregelungen zu schaffen. Diese Anregungen sind jedoch nicht als ein in jedem Falle zwingender Maßnahmenkanon aufzufassen. Die Effektivität der einzelnen Maßnahmen ist letztlich stets im konkreten Einzelfall zu bewerten. Für die Ausschlussgründe der Art. 57 Abs. 4 lit. e) und f) sind die aufgezählten Maßnahmen sogar gänzlich ungeeignet.[62] Denn einem Ausschluss wegen Interessenkonflikts im Sinne von Buchstabe e) oder vorheriger Einbeziehung des Wirtschaftsteilnehmers im Sinne von Buchstabe f) kann durch oben genannte Maßnahmen nicht beigekommen werden, da sich die genannten Ausschlussgründe auf die jeweils konkrete Ausschreibung beziehen.[63]

Während die Schadenswiedergutmachung und die Kooperation mit den Ermittlungsbehörden zwingende Voraussetzungen für eine wirksame Selbstreinigung sind, liegt es nach Erwägungsgrund 102 im freien Ermessen der Mitgliedstaaten, die für die Beurteilung der Selbstreinigung zuständigen Behörden sowie die formellen und materiellen Anforderungen an die Compliance-Maßnahmen im Einzelnen zu bestimmen.[64]

Hat der Wirtschaftsteilnehmer Selbstreinigungsmaßnahmen ergriffen und die zuständigen Behörde darüber in Kenntnis gesetzt, so entscheidet letztere, ob die Maßnahmen zur Wiederherstellung der Zuverlässigkeit ausreichen. Dabei hat die Behörde die Schwere sowie die besonderen Umstände des Fehlverhaltens zu berücksichtigen, Art. 57 Abs. 6 UAbs. 3 Vergaberichtlinie. Im Übrigen liegt die Entscheidung in ihrem (gebundenen) Ermessen.[65]

Die Entscheidung der Behörde, ob die Selbstreinigung ausreichend war und der Wirtschaftsteilnehmer somit wieder zu öffentlichen Ausschreibungen zuzulassen ist, stellt eine Entscheidung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 89/665/EG[66] dar und unterliegt somit gerichtlicher Kontrolle. Dementsprechend können auch Dritte die Wiederzulassung eines Konkurrenten vor Gericht anfechten.[67]

Eine wichtige Ausnahme vom Recht zur Selbstreinigung statuiert Art. 57 Abs. 6 UAbs. 4 Vergaberichtlinie. Er bestimmt, dass ein Wirtschaftsteilnehmer, der durch eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung[68] von der Teilnahme an Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde, innerhalb des in der Entscheidung festgelegten Zeitraums und in dem Land, in dem die Entscheidung erging, nicht berechtigt ist, von der Möglichkeit einer Selbstreinigung Gebrauch zu machen.

62 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 121.
63 Hier stellt sich die Frage, ob eine Selbstreinigung überhaupt geboten ist.
64 So auch *Burgi* (Fußn. 47), NZBau 2014, S. 598.
65 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 121.
66 Vollständig: Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (89/665/EWG), zuletzt geändert durch Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007.
67 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 122.
68 Zum Begriff siehe oben Ziffer II.1.a.

IV. Maximaler Zeitraum des Ausschlusses

Der Ausschlusszeitraum wird nach Art. 57 Abs. 7 Vergaberichtlinie von den Mitgliedstaaten festgelegt, wobei die Richtlinie für Ausschlüsse nach Art. 57 Abs. 1 und 4 die Höchstdauer vorgibt. So darf ein Wirtschaftsteilnehmer wegen einer strafrechtlichen Verurteilung nicht länger als fünf Jahre beginnend mit der rechtskräftigen Verurteilung von öffentlichen Ausschreibungen ausgeschlossen werden. Bei einem Ausschluss wegen Vermögenslosigkeit nach Art. 57 Abs. 4 Vergaberichtlinie beträgt dieser Zeitraum drei Jahre beginnend mit dem Eintritt des jeweiligen ausschlussbegründenden Ereignisses. Nach Ablauf dieser Fristen wird die Rehabilitierung des Wirtschaftsteilnehmers unwiderlegbar vermutet.

Ferner ist zu beachten, dass die neue Vergaberichtlinie keine Höchstfrist für einen Ausschluss wegen unterbliebener Zahlung von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen vorgibt. Somit ist anzunehmen, dass in diesen Fällen der Wirtschaftsteilnehmer bis zur vollständigen Nachzahlung der Beträge oder einer entsprechenden Verpflichtung hierzu von sämtlichen Vergabeverfahren auszuschließen ist.[69]

Die Fristen nach Abs. 7 gelten nicht, wenn eine Höchstfrist durch eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung festgesetzt wurde. Diese kann im Einzelfall fünf bzw. drei Jahre überschreiten. Diese Regelung ist wohl unter anderem an die französische Rechtspraxis angelehnt, wonach ein Ausschluss von öffentlichen Ausschreibungen im Rahmen eines Strafurteils als zusätzliche Nebenstrafe möglich ist.[70]

Bei den Ausschlussgründen des Interessenkonflikts und der vorherigen Einbeziehung nach Art. 57 Abs. 4 lit. e) und f) Vergaberichtlinie ergibt eine Höchstfrist letztlich keinen Sinn, da diese Ausschlussgründe stets nur auf einzelne Vergabeverfahren zutreffen und zudem für sich genommen keine Unzuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers nachzuweisen vermögen.[71]

D. Fazit

Viele Regelungen in der neuen Vergaberichtlinie betreffend Eignung und Ausschluss von Wirtschaftsteilnehmern sind altbekannt oder wurden nur leicht modifiziert. Mit Blick auf manche Neuerung dürfen Praktiker und Wissenschaftler hingegen gespannt sein, wie sie sich im Alltag der Vergabestellen bewähren und welche Präzisierungen seitens der Rechtsprechung erfolgen werden. Begrüßenswert ist insbesondere, dass nunmehr auch die Selbstreinigung kodifiziert wurde und Wirtschaftsteilnehmern dadurch unionsweit die Möglichkeit eingeräumt wird, sich auch nach einer Verfehlung weiterhin um öffentliche Aufträge zu bewerben.

69 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 122.
70 *Arrowsmith/Prieß/Friton* (Fußn. 61), Self-Cleaning in Public Procurement Law, S. 23.
71 *Prieß* (Fußn. 19), Public Procurement Law Review 2014, S. 122.

Neue und geänderte Verfahren und Verfahrensregelungen

von

RECHTSANWALT DR. ANDREAS NEUN*

A. Überblick 42

B. Richtlinienübergreifende Neuerungen 42

I. Anwendung elektronischer Kommunikationsmittel 43

1. VRL und Sektoren-RL 43

a. Elektronische Verfügbarkeit der Auftragsunterlagen 43

b. Dynamische Beschaffungssysteme, elektronische Auktionen und elektronische Kataloge 43

c. Elektronische Vergabe durch zentrale Beschaffungsstellen 44

2. Konzessions-RL 44

II. Besondere Verfahrensregelungen für soziale und andere besondere Dienstleistungen 44

C. Konzessions-RL 45

I. Freie Gestaltung des Verfahrens zur Wahl des Konzessionsnehmers 45

II. Konzessionsbekanntmachung 46

D. Sektoren-RL 46

I. Wahl der Verfahren 46

II. Fristverkürzungen 47

E. VRL 47

I. Erläuterungen der Kommission zu den Verfahrensarten 48

II. Anhang XV zur VRL – „Entsprechungstabelle“ 49

III. Verbindliche Umsetzung aller Verfahrensarten im mitgliedstaatlichen Recht 50

IV. Aufruf zum Wettbewerb mittels „Vorinformation“; Flexibilität für subzentrale öffentliche Auftraggeber? 50

V. Neuerungen für das offene Verfahren 51

VI. „Leichtere“ Anwendung des Verhandlungsverfahrens 52

VII. Strukturierung des Ablaufs des Verhandlungsverfahrens 52

* Der Autor, Partner der Sozietät Gleiss Lutz Rechtsanwälte, Berlin, ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht.

VIII. Wettbewerblicher Dialog 54
IX. Innovationspartnerschaft 54
X. Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb 55
F. Fazit 56

A. Überblick

Das Thema dieses Vortrags – „Neue und geänderte Verfahren und Verfahrensregelungen" im EU-Reform-Paket – ist im Gegensatz zu anderen Tagungsbeiträgen eher „breit". Die EU-Vergaberechtsreform, bestehend aus den Richtlinien 2014/23/EU[1], 2014/24/EU[2] und 2014/25/EU[3], ist am 17.04.2014 in Kraft getreten und – von Ausnahmen abgesehen – spätestens zum 18.04.2016[4] in die nationalen Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten umzusetzen.

Dieses Reformpaket enthält eine ganze Reihe sowohl von Bestimmungen zu (Vergabe-) Verfahrensarten, welche gegenüber denjenigen der Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG neu oder geändert sind, als auch neue oder geänderte Verfahrensregelungen.

Die nachfolgenden Ausführungen können hierüber nur einen Überblick vermitteln, wobei zunächst auf die *richtlinienübergreifenden* Neuerungen (s.u. B.) eingegangen werden soll. Anschließend sollen jeweils die besonderen verfahrensmäßigen Vorgaben der Konzessions-Richtlinie 2014/23/EU (Konzessions-RL; s.u. C.) und der neuen Sektoren-Richtlinie 2014/25/EU (Sektoren-RL; s. dazu u. D.) sowie die wichtigsten unter den einschlägigen Neuerungen der Richtlinie 2014/24/EU für klassische Auftragsvergaben (VRL; s. dazu u. E.) dargestellt werden.

B. Richtlinienübergreifende Neuerungen

Richtlinienübergreifend sind als Neuerungen zunächst die Vorgaben zur elektronischen Vergabe und – in diesem Zusammenhang – weitere Regelungen zu elektronischen Verfahren bzw. Verfahrensabschnitten (s.u. I.) sowie das neue EU-rechtliche Sonderregime für soziale und andere besondere Dienstleistungen (s.u. II.) hervorzuheben.

1 Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, L 94/1.
2 Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, L 94/65.
3 Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, L 94/243.
4 Vgl. Art. 90 Abs. 1 VRL.

I. Anwendung elektronischer Kommunikationsmittel

1. VRL und Sektoren-RL

Bei klassischen Auftragsvergaben und im Sektorenbereich verlangen die einschlägigen neuen Richtlinien verbindlich die sog. e-Vergabe (Art. 22 Abs. 1 VRL; Art. 40 Sektoren-RL), also die – jenseits bestimmter, restriktiv zu verstehender Ausnahmen – durchgängige Anwendung elektronischer Kommunikationsmittel (-geräte und -signaturen) im Vergabeverfahren nach näherer Maßgabe des neuen Richtlinienrechts, auch und gerade betreffend die Einreichung von Angeboten. Umzusetzen ist dies grundsätzlich erst bis zum 18.10.2018.

Diese auf den ersten Blick auskömmliche und wenig alarmierende Fristenregelung ist aber trügerisch:

a. Elektronische Verfügbarkeit der Auftragsunterlagen

Nicht übersehen werden darf nämlich, dass die Umsetzungsfrist etwa für die künftig notwendige elektronische Verfügbarkeit der Auftragsunterlagen (vgl. Art. 90 Abs. 2 UAbs. 1 i.V.m. Art. 53 VRL) bereits ganz regulär zum 18.04.2016 endet.

b. Dynamische Beschaffungssysteme, elektronische Auktionen und elektronische Kataloge

Nichts anderes gilt für die Instrumente des dynamischen Beschaffungssystems, der elektronischen Auktion und – neu – des elektronischen Katalogs. Die Verfahrensregelungen in der VRL und Sektoren-RL für dynamische Beschaffungssysteme (Art. 34 VRL, Art. 52 Sektoren-RL), also vollelektronische Verfahren zur Beschaffung marktüblicher Lieferungen und Leistungen nach den Regelungen für nichtoffene Verfahren,[5] und für elektronische Auktionen (Art. 35 VRL, Art. 53 Sektoren-RL), also iterative, elektronische Verfahren mit automatischem Ranking nach vollständiger erster Angebotsbewertung sind zwar nicht neu, nunmehr aber verbindlich vorgegeben, sodass Umsetzungsbedarf insbesondere im Rahmen der deutschen Vergabe- und Vertragsordnungen (soweit sie denn erhalten bleiben) entsteht. Art. 36 VRL, Art. 54 Sektoren-RL eröffnen schließlich zukünftig die Möglichkeit für öffentliche Auftraggeber, die Übermittlung der Angebote in Form elektronischer Kataloge zu fordern (auch dies bedarf der Umsetzung in das deutsche Recht bereits zum 18.04.2016); was das genau bedeutet, bleibt allerdings etwas nebulös. Als Beispiel nennt der europäische Gesetzgeber Angebote in Form einer Kalkulationstabelle.[6] Möglich ist aber auch – im Einklang mit den Regelungen zur e-

[5] Das Verfahren steht während seiner Geltungsdauer allen geeigneten Bewerbern offen.
[6] Erwägungsgrund (68) zur VRL.

Vergabe – die Vorgabe anderer elektronischer Formate. Vereinfachungen (in Form automatisierter Prüfungen)[7] könnte der Einsatz elektronischer Kataloge etwa beim Einkauf von Standardgütern und -leistungen oder bei Einzelabrufen aus Rahmenvereinbarungen haben, welche nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb vergeben werden.

c. Elektronische Vergabe durch zentrale Beschaffungsstellen

Fast noch gewichtiger ist der Umstand, dass die Umsetzung der neuen e-Vergabe-Regelungen der VRL und Sektoren-RL für zentrale Beschaffungsstellen[8] binnen 36 Monaten (also bis zum 18. April 2017) zu bewerkstelligen ist (vgl. Art. 90 Abs. 2 UAbs. 2 VRL).

2. Konzessions-RL

Für die Vergabe von Konzessionen gibt das neue EU-Recht die elektronische Übermittlung von Bekanntmachungen (Art. 33 Konzessions-RL) und von Konzessionsunterlagen (Art. 34 Konzessions-RL) vor, was binnen 24 Monaten Einzug in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen halten muss. Ob die Mitgliedstaaten von der Möglichkeit zur *weitergehenden* verbindlichen Einführung der e-Vergabe (Art. 29 Abs. 1 UAbs. 2 Konzessions-RL) Gebrauch machen, bleibt für den Konzessionsbereich ihnen überlassen.

II. Besondere Verfahrensregelungen für soziale und andere besondere Dienstleistungen

Alle drei neuen Richtlinien führen ein Sonderregime für soziale und andere besondere Dienstleistungen (etwa anwaltliche Dienstleistungen) ein, soweit diese nicht ohnehin in den Richtlinien vom Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts ausgenommen sind. Begründet wird dieses Sonderregime, das die rudimentären Regelungen der Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG für die sog. nicht-prioritären Dienstleistungen (mit Vorgaben lediglich für die Leistungsbeschreibung und für die ex post-Bekanntmachung) ablöst, u.a. mit dem besonderen Personenbezug der betreffenden Dienstleistungen und ihrer sehr limitierten Binnenmarktrelevanz.

Beispielhaft regelt Art. 74 VRL:

> *„Öffentliche Aufträge, die soziale oder andere in Anhang XVI aufgeführte besondere Dienstleistungen betreffen, werden im Einklang mit den Bestimmungen dieses Kapitels [Anm: Einhaltung definierter Bekanntmachungs- oder Vorinformationspflichten (Art. 75 VRL sowie der Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung (Art. 76*

7 Vgl. *Andreas Neun/Olaf Otting*, Die EU-Vergaberechtsreform 2014, EuZW 2014, S. 446, 450.

8 Öffentliche Auftraggeber, die zentrale Beschaffungstätigkeiten (also entweder den Erwerb von Lieferungen und/oder Dienstleistungen für öffentliche Auftraggeber oder die Vergabe öffentlicher Aufträge oder den Abschluss von Rahmenvereinbarungen für öffentliche Auftraggeber; jeweils auf Dauer) und eventuell Nebenbeschaffungstätigkeiten (die Beschaffung lediglich unterstützende Tätigkeiten) ausüben – vgl. Art. 2 Abs. 1 Nrn. 14 bis 16 VRL.

> *VRL)] vergeben, sofern ihr Wert dem in Artikel 4 Buchstabe d angegebenen Schwellenwert entspricht oder diesen übersteigt."*

Dieser – neue, spezifische – Schwellenwert des Art. 4 lit. d) VRL liegt für öffentliche Dienstleistungsaufträge betreffend soziale und andere besondere Dienstleistungen richtlinienübergreifend bei 750.000 EUR. Spannend ist die Frage, ob und wann *unterhalb* dieses Schwellenwertes von einem grenzüberschreitenden Auftragsinteresse auszugehen ist, welches nach der EuGH-Rechtsprechung zur Anwendung der Grundsätze des AEUV zwänge. Der europäische Gesetzgeber hat hierzu in Erwägungsgrund (114) zur VRL apodiktisch – und ohne die bisherigen Kriterien des EuGH für die Annahme eines grenzüberschreitenden Interesses (etwa die Grenznähe des Ortes der Leistungserbringung) zu erwähnen –, festgestellt:

> *„Personenbezogene Dienstleistungen mit einem unter diesem Schwellenwert liegenden Auftragswert werden in der Regel für Dienstleister aus anderen Mitgliedstaaten nicht von Interesse sein, sofern nicht konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die das Gegenteil vermuten lassen, wie etwa eine Finanzierung grenzüberschreitender Projekte durch die Union."*

Die EU-rechtlichen Vorgaben ab Erreichung des Schwellenwertes eröffnen eine hohe Flexibilität für die mitgliedstaatliche Umsetzung. Von dieser Möglichkeit sollte auch Gebrauch gemacht werden. So sollte beispielsweise die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne weiteres möglich sein, u. a. deshalb, weil die Komplexität und die Risikostruktur solcher Dienstleistungsverträge Ähnlichkeiten zu Konzessionsverträgen aufweist. Zu hinterfragen ist ferner, ob alle Detailvorgaben für Rahmenvereinbarungen passen. So unterscheiden sich Einzelabrufe (z.B. durch Ärzte) aus (Mehrfach-) Rahmenvereinbarungen bei Dienstleistungen des Gesundheitswesens ganz erheblich von herkömmlichen Einzelabrufen aus Rahmenvereinbarungen, weil der Einzelabruf (und damit die Auswahl unter mehreren Rahmenvertragspartnern des öffentlichen Auftraggebers) von Dritten und häufig anhand bestimmter patientenindividueller Bedürfnisse und Kriterien vorgenommen wird, die sich der vorherigen erschöpfenden Festlegung durch den öffentlichen Auftraggeber (in diesem Bereich i.d.R. eine gesetzliche Krankenkasse) teilweise entziehen.

Soweit zu den richtlinienübergreifenden Neuerungen.

C. Konzessions-RL

Spezifisch zur Konzessions-RL[9] gibt das Vortragsthema wenig her:

I. Freie Gestaltung des Verfahrens zur Wahl des Konzessionsnehmers

Als zentrale Norm zur Gestaltung des Verfahrens bestimmt Art. 30 Abs. 1 und 2 der Konzessions-RL:

[9] Einen Überblick hierzu geben etwa *Matthias Knauff/Elisabeth Badenhausen*, Die neue Richtlinie über die Konzessionsvergabe, NZBau 2014, S. 395 ff.

> *„(1) Der öffentliche Auftraggeber oder der Auftraggeber können das Verfahren zur Wahl des Konzessionsnehmers vorbehaltlich der Einhaltung dieser Richtlinie frei gestalten.*
>
> *(2) Das Konzessionsvergabeverfahren wird unter Einhaltung der Grundsätze nach Artikel 3 [Anm.: Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Verhältnismäßigkeit] konzipiert. Insbesondere enthält sich der öffentliche Auftraggeber oder der Auftraggeber während des Konzessionsvergabeverfahrens jeder diskriminierenden Weitergabe von Informationen, durch die bestimmte Bewerber oder Bieter gegenüber anderen begünstigt werden könnten.“*

Dies geht nicht wesentlich über die bisher für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen (mit grenzüberschreitender Bedeutung) geltenden Vorgaben des Primärrechts hinaus; die damit den Konzessionsgebern eingeräumten Spielräume sind sachgerecht und zu begrüßen.

II. Konzessionsbekanntmachung

Neu ist: Nach Art. 31 Abs. 1 Konzessions-RL beginnt das Verfahren mit einer EU-weiten Konzessionsbekanntmachung (mit bestimmten Mindestinhalten).

Abweichend hiervon müssen die öffentlichen Auftraggeber oder Auftraggeber gemäß Art. 31 Abs. 4 Konzessions-RL keine Konzessionsbekanntmachung veröffentlichen, wenn die Bau- oder Dienstleistungen nur von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer erbracht werden können, etwa aus einem der folgenden Gründe

> *„....b) nicht vorhandener Wettbewerb aus technischen Gründen;*
> *c) das Bestehen eines ausschließlichen Rechts; ...“,*

wobei diese Ausnahmen nur Anwendung finden dürfen, wenn

> *„der fehlende Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einengung der Konzessionsvergabeparameter ist.“*

Diese – sinnvolle – Klarstellung zieht sich wie ein roter Faden durch alle drei Richtlinien. Sie greift bereits heute geltende Maßstäbe auf, welche aus Vorgaben der Vergaberechtsprechung zur Bestimmung des Beschaffungsbedarfs und zur Leistungsbeschreibung resultieren.

D. Sektoren-RL

Vergleichsweise kurz ist auf die neue Sektoren-RL einzugehen.

I. Wahl der Verfahren

Hinsichtlich der Verfahrenswahl ergibt sich aus Art. 44 Abs. 2 Sektoren-RL

> *„(2) Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass Auftraggeber offene oder nichtoffene Verfahren sowie Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb nach Maßgabe dieser Richtlinie anwenden können.*
>
> *(3) Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass die Auftraggeber wettbewerbliche Dialoge und Innovationspartnerschaften [=> neue Verfahrensart] im Sinne dieser Richtlinie anwenden können."*

erfreulicherweise keine wesentliche Änderung gegenüber dem *status quo* (unter dem Regime der Richtlinie 2004/17/EG). Hinsichtlich der wettbewerblichen Verfahrensarten behalten die öffentlichen Auftraggeber für Sektorentätigkeiten also die bisherige Flexibilität.

Art. 50 Sektoren-RL, welcher die Voraussetzungen für die – nur ausnahmsweise zulässige – Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb statuiert, entspricht ebenfalls im Wesentlichen der entsprechenden Vorgängerbestimmungen der Richtlinie 2004/17/EG – und überdies der Parallelnorm in der VRL, auf die unten noch eingegangen wird (s.u. E. X.).

II. Fristverkürzungen

Als „Rendite" der elektronischen Kommunikation[10] erfolgt (auch) in der Sektoren-RL eine Verkürzung der Fristen (etwa der Angebotsfrist im offenen Verfahren von 52 Tagen auf 35 Tage, im nichtoffenen und im wettbewerblichen Verhandlungsverfahren für Teilnahmeanträge von 37 Tagen auf 30 Tage, für Angebote von 24 Tagen auf 10 Tage).

Daneben regeln Art. 46 und 47 Sektoren-RL, jeweils Abs. 2 UAbs. 2, aber auch

> *„Die Frist für den Eingang von Angeboten kann im gegenseitigen Einvernehmen zwischen dem Auftraggeber und den ausgewählten Bewerbern festgelegt werden, vorausgesetzt, dass allen Bewerbern dieselbe Frist für die Erstellung und Einreichung der Angebote eingeräumt wird",*

was (wie sich aus dem systematischen Zusammenhang ergibt) wohl bedeutet, dass die Angebotsfrist – anders als bisher – auch kürzer als 10 Tage sein kann. Diese Neuregelung sendet ein eher missverständliches und entbehrliches Signal. Sie ist kaum mit dem – natürlich fortgeltenden – Grundsatz in Einklang zu bringen ist, wonach Fristen auftragsangemessen zu bestimmen sind (Art. 59 UAbs. 2 und Art. 66 Abs. 1 Sektoren-RL).

E. VRL

Alle Änderungen und Neuheiten für das Vergabeverfahren dar- und vorzustellen, welche die neue VRL (insbesondere in den Art. 25 bis 66 VRL, aber auch bereits in den „Allgemeinen

[10] Vgl. auch *Hans-Joachim Prieß/Roland M. Stein*, Die neue Sektorenrichtlinie, NZBau 2014, S. 323, 326.

Vorschriften" – Art. 18 ff. VRL) enthält,[11] sprengt die Möglichkeiten eines halbstündigen Vortrags.

I. Erläuterungen der Kommission zu den Verfahrensarten

Der Vortrag konzentriert sich daher auf Regelungsbereiche, welche die Kommission selbst in ihren Erläuterungen zur Vergaberechtsreform als bedeutsame Neuerungen identifiziert und in den Vordergrund gerückt hat. In diesen Erläuterungen (ÜBERSICHT Nr. 3: EINFACHERE REGELN FÜR ÖFFENTICHE AUFTRAGGEBER)[12] heißt es u.a.

> *„Verfahrensarten – mehr Auswahl, leichterer Zugang*
>
> *Die neuen Vorschriften geben den Vergabebehörden ein Instrumentarium an die Hand, das diesen mehr Flexibilität, vielfältigere Optionen und neue Wege der Beschaffung eröffnet. ...*
>
> *Sie können künftig leichter Verhandlungsverfahren anwenden, ...*
>
> *Das ... Verhandlungsverfahren ... ist klarer strukturiert, um Fairness, Transparenz und Effizienz zu gewährleisten. Es ist vorwiegend auf die Verbesserung der Angebote ausgerichtet und bietet den öffentlichen Auftraggebern wirksame Instrumente zum Erzielen bestmöglicher Ergebnisse bei den Vergabeverhandlungen.*
>
> *Der wettbewerbliche Dialog wurde vereinfacht und praxisnäher gestaltet. Er kann nun zu den gleichen Bedingungen genutzt werden wie das Wettbewerbsverfahren mit Verhandlungen, ...*
>
> *Die neue Innovationspartnerschaft ... bietet eine intelligente Kombination von Forschungsdiensten und Erwerbselementen ... und erlaubt ihnen so hochinnovative Beschaffungslösungen.*
>
> *Flexiblere und effizientere Verfahren*
>
> *Die öffentlichen Auftraggeber werden ferner über mehr Spielraum verfügen, um Vertragsvergabeverfahren möglichst flexibel und effizient zu organisieren. Die Verwaltungsbestimmungen für Ausschreibungsverfahren wurden gründlich überarbeitet, um sie effizienter und praktischer zu machen. Nachfolgend einige der wichtigsten Neuerungen:*
>
> *Die Fristen für die Teilnahme und die Einreichung von Angeboten wurden verkürzt. Dies verschafft den öffentlichen Auftraggebern größtmögliche Flexibilität für schnellere und rationellere Vergabeverfahren. ...*

11 Vgl. etwa *Neun/Otting (*Fußn. 8), EuZW 2014, S. 448 ff.

12 Kommission, Erläuterungen zur VRL, Übersicht Nr. 3, abrufbar etwa über http://www.forum-vergabe.de/fileadmin/user_upload/Rechtsvorschriften/Annahme_Modernisierung/Erlaeuterungen_Klassische_Auftraggeber.pdf?PHPSESSID=83d4c9d9d275b2e5f92f9cac774e353c, zuletzt aufgerufen am 05.02.2015.

> *Zusätzliche Flexibilität für lokale und regionale Behörden*
>
> *Die neue Richtlinie eröffnet den EU-Ländern die Möglichkeit, für bestimmte Kategorien von öffentlichen Auftraggebern [Anm.: subzentrale öffentliche Auftraggeber] ein vereinfachtes System der Bekanntgabe anzuwenden. ...*
>
> *Anstelle einer vollständigen EU-weiten Bekanntmachung für jeden Auftrag über einem bestimmten Schwellenwert können öffentliche Auftraggeber in bestimmten Fällen lediglich eine Vorinformation veröffentlichen mit dem Hinweis, dass der betreffende Auftrag ohne spätere Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung vergeben wird und Unternehmen ihr Interesse an dem Auftrag bekunden können, um direkt über das Verfahren auf dem Laufenden gehalten zu werden."*

Auf das – in den Erläuterungen der Kommission darüber hinaus explizit angesprochene, m. E. gewaltige und hoffentlich in der Richtlinienumsetzung und in der Vergabepraxis realisierbare – Potenzial zur Effektivierung der Vergabeverfahren durch die Einheitliche Europäische Eigenerklärung EEE sowie vor allem durch die (gelegentliche) gemeinsame Auftragsvergabe[13] bzw. durch die Einschaltung zentraler Beschaffungsstellen[14] (und zwar ohne, dass deren Einschaltung eines der in der VRL vorgesehenen Vergabeverfahren vorausgehen müsste) gehen die Kollegen *Prieß* bzw. *Opitz* in ihren Vorträgen gesondert ein.

Aber sind auch die anderen Maßnahmen und Vorgaben, welche die Europäische Kommission in ihren oben zitierten Erläuterungen zur EU-Vergaberechtsreform besonders hervorhebt, tatsächlich stichhaltig und geeignet, die Ziele der Flexibilisierung und Effizienzsteigerung sowie der Vereinfachung im Hinblick auf die Verfahrensarten und Verfahrensregelungen zu erreichen?

II. Anhang XV zur VRL – „Entsprechungstabelle"

Schaut man sich zunächst die Entsprechungstabelle (Anhang XV zur VRL) an – nachfolgend ein Auszug (bezogen auf Art. 26 VRL „Wahl der Verfahren"):

Vorliegende Richtlinie	Richtlinie 2004/18/EG
Art. 26 Abs. 1	Art. 28 Unterabs. 1
Art. 26 Abs. 2	Art. 28 Unterabs. 2
Art. 26 Abs. 3	—
Art. 26 Abs. 4	Art. 28 Unterabs. 2, Art. 30 Abs. 1
Art. 26 Abs. 5 Unterabs. 1	Art. 35 Abs. 2
Art. 26 Abs. 5 Unterabs. 2	—
Art. 26 Abs. 6	Art. 28 Unterabs. 2

13 Art. 38 VRL.
14 Art. 37 VRL i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Nr. 14 lit. a) und b) VRL.

so zeigt sich, dass der europäische Gesetzgeber im Vergleich zur Vorgänger-Richtlinie 2004/18/EG mit der VRL teils um Kontinuität bemüht war, teils aber doch auch massiv in das bisherige Gefüge eingreifen wollte und eingegriffen hat.

III. Verbindliche Umsetzung aller Verfahrensarten im mitgliedstaatlichen Recht

Aus Art. 26 VRL zur „Wahl der Verfahren"

> *„(1) Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge wenden die öffentlichen Auftraggeber die an diese Richtlinie angepassten nationalen Verfahren an, sofern unbeschadet des Artikels 32 [Anm.: Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung eines Aufrufs zum Wettbewerb] ein Aufruf zum Wettbewerb im Einklang mit dieser Richtlinie veröffentlicht wurde.*
>
> *(2) Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass die öffentlichen Auftraggeber offene oder nichtoffene Verfahren nach Maßgabe dieser Richtlinie anwenden können.*
>
> *(3) Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass die öffentlichen Auftraggeber Innovationspartnerschaften nach Maßgabe dieser Richtlinie anwenden können.*
>
> *(4) Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass die öffentlichen Auftraggeber ein Verhandlungsverfahren oder einen wettbewerblichen Dialog in den folgenden Fällen anwenden können: …"*

ergeben sich die sechs Verfahrensarten, von denen nur die Innovationspartnerschaft neu ist (s. dazu noch unten E. IX.). Aus der Formulierung („die Mitgliedstaaten schreiben vor…") folgt eindeutig, dass das mitgliedstaatliche Recht *alle* Verfahrensarten ermöglichen muss, während im Gesetzgebungsprozess lange auch der sog *tool-box-approach*, der den Mitgliedstaaten freiere Hand gelassen hätte, verfolgt wurde.

Der Wortlaut des Absatzes 2 der Norm spricht zudem eher für eine – notwendige – Gleichrangigkeit der Verfahrensarten des offenen und nichtoffenen Verfahrens. Eindeutig ist dies allerdings nicht.[15]

IV. Aufruf zum Wettbewerb mittels „Vorinformation"; Flexibilität für subzentrale öffentliche Auftraggeber?

Nach Art. 26 Abs. 5 UAbs. 1 VRL bleibt es zunächst dabei, dass der Aufruf zum Wettbewerb mittels einer Auftragsbekanntmachung erfolgt. Näheres hierzu regelt Art. 49 VRL. Allerdings hat Art. 26 Abs. 5 VRL auch einen zweiten Unterabsatz, welcher lautet:

[15] Nach anderer Ansicht soll die Vorgabe der Richtlinie allerdings die Möglichkeit einschließen, weiter mitgliedstaatlich den Vorrang des offenen Verfahrens zu regeln: *Jochem Gröning*, Die neue Richtlinie für die öffentliche Auftragsvergabe – ein Überblick, VergabeR 2014, S. 339, 340.

> *„Wenn der Auftrag im Rahmen eines nichtoffenen Verfahrens oder eines Verhandlungsverfahrens vergeben wird, können die Mitgliedstaaten .... vorsehen, dass die subzentralen öffentlichen Auftraggeber oder besondere Kategorien von ihnen den Aufruf zum Wettbewerb mittels einer Vorinformation gemäß Artikel 48 Absatz 2 vornehmen können."*

Als „subzentrale öffentliche Auftraggeber" gelten nach der VRL alle öffentlichen Auftraggeber, die keine zentralen Regierungsbehörden sind.[16]

Art. 48 Abs. 2 VRL regelt sodann allerdings, dass die Vorinformation den Hinweis enthalten muss, dass der betreffende Auftrag im nichtoffenen Verfahren oder im Verhandlungsverfahren ohne spätere Veröffentlichung eines Aufrufs zum Wettbewerb vergeben wird, sowie die Aufforderung an die interessierten Wirtschaftsteilnehmer, ihr Interesse mitzuteilen, vor allem aber

> *"sich eigens auf die Lieferungen, Bauleistungen oder Dienstleistungen, die Gegenstand des zu vergebenden Auftrags sein werden"*

beziehen muss.

Worin vor diesem Hintergrund der eigentliche Vorteil der Vorinformation für subzentrale öffentliche Auftraggeber gegenüber dem etablierten (und i.d.R. auch gut handhabbaren) Instrument der Auftragsbekanntmachung liegen soll, erschließt sich nicht.

V. Neuerungen für das offene Verfahren

Die wichtigste Neuerung für das offene Verfahren ist wohl – neben der Angebotsfristverkürzung von 52 Tagen auf 35 Tage (Art. 27 Abs. 1 UAbs. 2 VRL) – die Möglichkeit, die Prüfungsreihenfolge bei der Bewertung der Angebote „aufzulockern" und zunächst deren Wirtschaftlichkeit zu betrachten. Art. 56 Abs. 2 VRL bestimmt:

> *„(2) Bei offenen Verfahren können die öffentlichen Auftraggeber entscheiden, Angebote vor der Überprüfung des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen und der Einhaltung der Eignungskriterien gemäß den Artikeln 57 bis 64 zu prüfen. Machen sie von dieser Möglichkeit Gebrauch, so stellen sie sicher, dass die Prüfung des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen und der Einhaltung der Eignungskriterien unparteiisch und transparent erfolgt, damit kein Auftrag an einen Bieter vergeben wird, der gemäß Artikel 57 hätte ausgeschlossen werden müssen beziehungsweise der die Eignungskriterien des öffentlichen Auftraggebers nicht einhält."*

Der Wortlaut legt es nahe, dass die nationalen Gesetzgeber ihren öffentlichen Auftraggebern diese – etwa bei Eingang zahlreicher Angebote uneingeschränkt sinnvolle – Möglichkeit eröffnen müssen.

[16] Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 VRL.

VI. „Leichtere" Anwendung des Verhandlungsverfahrens

Nach Art. 26 Abs. 4 lit. a) VRL haben die Mitgliedstaaten vorzuschreiben, dass öffentliche Auftraggeber das Verhandlungsverfahren (mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb) – und unter den gleichen Voraussetzungen auch den wettbewerblichen Dialog – anwenden können u.a. dann, wenn der Beschaffungsbedarf nicht ohne die Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden kann, oder der Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst oder

> *„der Auftrag aufgrund konkreter Umstände, die mit der Art, der Komplexität oder dem rechtlichen oder finanziellen Rahmen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden"*

kann.

Erwägungsgrund (42) untermauert dies, wenn es dort heißt, dass das Verhandlungsverfahren von den Mitgliedstaaten vorgesehen werden kann, wenn nicht damit zu rechnen ist, dass offene oder nichtoffene Verfahren ohne Verhandlungen zu einem zufriedenstellenden Ergebnis führen.[17] Dieses neue Kriterium ist zu begrüßen; musste sich ein öffentlicher Auftraggeber auch bisher schon bei der Wahl der Verfahrensart die Kontrollfrage stellen, ob das Verfahren realistisch ohne Verhandlungen zu einem erfolgreichen Abschluss geführt werden kann. Ganz unabhängig von dem Streit, ob die Mitgliedstaaten die Freiheit haben, den Ausnahmekatalog nur teilweise zu übernehmen[18] oder verpflichtet sind, Art. 26 Abs. 4 VRL mit diesem Inhalt umzusetzen,[19] sollte der deutsche Gesetzgeber zumindest diesen neuen Erlaubnistatbestand für die Wahl des wettbewerblichen Verhandlungsverfahrens (dass der Auftrag nicht ohne Verhandlungen vergeben werden kann) in das deutsche Vergaberecht übernehmen.

Nebenbei lässt sich dem neuen Richtlinienrecht damit auch ein Verbot von Verhandlungen im offenen und nichtoffenen Verfahren entnehmen. Ein solches grundsätzliches Verhandlungsverbot war bisher zwar klar im deutschen Vergaberecht verankert, aber in dieser Deutlichkeit in der bisherigen Richtlinie 2004/18/EG nicht vorgegeben.

VII. Strukturierung des Ablaufs des Verhandlungsverfahrens

Als Korrektiv für den erleichterten Gang in das wettbewerbliche Verhandlungsverfahren sollen detailliertere Vorgaben für den Ablauf dieses Verfahrens dienen. Ziel des europäischen Gesetzgebers waren „angemessenere Schutzvorschriften, um Gleichbehandlung und Transparenz sicherzustellen".

[17] Nach Erwägungsgrund (43) sollen Fälle, in denen Verhandlungen notwendig sein können, um zu gewährleisten, dass die betreffende Lieferung oder Dienstleistung den Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers entspricht, „komplexe Anschaffungen" betreffen, beispielsweise für besonders hoch entwickelte Waren, geistige Dienstleistungen wie etwa bestimmte Beratungs-, Architekten- oder Ingenieurleistungen oder für Großprojekten der Informations- und Kommunikationstechnologie, nicht hingegen Beschaffungen in Bezug auf Standarddienstleistungen oder Standardlieferungen.

[18] *Gröning* (Fußn. 16), VergabeR 2014, S. 340.

[19] *Wolfgang Jaeger*, Die neue Basisvergaberichtlinie der EU vom 26.2.2014 – ein Überblick, NZBau 2014, S. 259, 262.

Nach Art. 29 Abs. 1 UAbs. 2 VRL sind von den Bietern einzuhaltende Mindestanforderungen (physische, funktionelle und rechtliche Bedingungen) in den Auftragsunterlagen darzustellen; solche Mindestanforderungen und auch die Zuschlagskriterien sind nicht verhandelbar (Art. 29 Abs. 3 VRL).

Auch für das Verhandlungsverfahren sieht Art. 29 Abs. 1 UAbs. 4 VRL Fristverkürzungen vor, etwa auf mindestens 30 Tage für den Eingang der Teilnahmeanträge. Zudem gibt der europäische Gesetzgeber nunmehr – anders als in der Vorgänger-Richtlinie – eine 30-tägige Mindestfrist für „Erstangebote" vor, wobei hierfür Art. 28 Abs. 3 – 6 VRL (Fristverkürzungsmöglichkeiten im nichtoffenen Verfahren bei bestimmten Vorinformationen, Akzeptanz elektronischer Angebotsübermittlung oder *„hinreichend begründeter Dringlichkeit"*[20]) entsprechend gelten. Jedoch bleibt es den Mitgliedstaaten unbenommen im Rahmen der Umsetzung längere Fristen festzulegen.[21]

Was sich eigentlich von selbst versteht: Führen die Verhandlungen zu Änderungen an den technischen Spezifikationen oder an den sonstigen Auftragsunterlagen, ist im Anschluss an solche Änderungen den Bietern ausreichend Zeit zu gewähren, um ihre Angebote zu ändern und gegebenenfalls überarbeitete Angebote einzureichen (Art. 29 Abs. 5 VRL).

Art. 29 Abs. 4 VRL räumt Auftraggebern die Möglichkeit ein, Aufträge auch auf der Grundlage der Erstangebote – also *ohne Verhandlungen* – zu vergeben, wenn zuvor auf diese Möglichkeit hingewiesen wurde.

Die Weitergabe vertraulicher Bieterinformationen wird in der VRL explizit von der Zustimmung des betreffenden Bieters abhängig gemacht.

Wie bisher kann auch weiterhin das Verhandlungsverfahren – transparent – in Phasen unterteilt werden, um die Zahl der Bieter zu verringern (Art. 29 Abs. 6 VRL). Gemäß Art. 66 VRL hat dies seitens der öffentlichen Auftraggeber zu erfolgen

> *„… aufgrund der Zuschlagskriterien, die sie in den Auftragsunterlagen angegeben haben."*

In der Schlussphase muss – wie bisher schon – ein echter Wettbewerb gewährleistet werden, sofern eine ausreichende Zahl von Angeboten, Lösungen oder geeigneten Bewerbern vorliegt.

Nach Art 65 VRL schließlich können die öffentlichen Auftraggeber weiterhin die Zahl von Bewerbern, die die Eignungskriterien erfüllen und die sie zur Abgabe von Angeboten auffordern auf drei, begrenzen. Sofern die Zahl von Bewerbern, die die Eignungskriterien erfüllen, unter der Mindestzahl liegt, kann der öffentliche Auftraggeber das Verfahren fortführen, indem er den oder die Bewerber einlädt, die über die geforderte Leistungsfähigkeit verfügen.

20 Interessant ist Erwägungsgrund (46): *„Es sollte klargestellt werden, dass es sich dabei nicht notwendigerweise um eine extreme Dringlichkeit wegen unvorhersehbarer und vom öffentlichen Auftraggeber nicht zu verantwortender Ereignisse handeln muss."* Das wurde bisher in der Vergaberechtsprechung anders gesehen; vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1. August 2005, VII-Verg 41/05; 3. Vergabekammer des Bundes, Beschl. v. 9. Juni 2005, VK 3-49/05.

21 *Andreas Schwab/Amelie Giesemann*, Mit mehr Regeln zu mehr Rechtssicherheit? – Die Überarbeitung des europäischen Vergaberechts, VergabeR 2014, S. 351, 359.

VIII. Wettbewerblicher Dialog

Vergleichsweise wenig Neues sieht der europäische Gesetzgeber für den wettbewerblichen Dialog vor, der sich aus seiner Sicht als „nützlich erwiesen hat".[22]

Der wettbewerbliche Dialog hat nunmehr – worauf schon eingegangen wurde – die gleichen Anwendungsvoraussetzungen wie das wettbewerbliche Verhandlungsverfahren (Art. 26 Abs. 4 VRL).

Auch für diese Verfahrensart beträgt die Mindestfrist für Teilnahmeanträge nunmehr 30 Tage. Wie im Verhandlungsverfahren bedarf die Weitergabe vertraulicher Bieterinformationen deren Zustimmung (wobei eine allgemeine Zustimmung nicht ausreicht). Neu ist, dass bereits in der Bekanntmachung ein indikativer Zeitrahmen festzulegen ist.

IX. Innovationspartnerschaft

Mehr Fragen als Antworten sind mit der einzigen neuen Verfahrensart, der Innovationspartnerschaft (Art. 31 VRL) verbunden.[23]

Vermieden werden soll, dass bei Forschungs- und Entwicklungsvorhaben nachfolgend ein getrenntes Vergabeverfahren für den Kauf erforderlich ist. Es handelt sich erkennbar um den Versuch, ein noch flexibleres Verfahren unter Geltung des Vergaberechts zu etablieren, um öffentliche Auftraggeber – trotz der Ausnahme bestimmter Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen vom Anwendungsbereich der Richtlinie (Art. 14 VRL) zur wettbewerblichen Vergabe solcher F&E-Leistungen zu motivieren.[24]

Art. 31 Abs. 1 UAbs. 2 und 3 VRL regelt:

> *„Der öffentliche Auftraggeber muss in den Auftragsunterlagen die Nachfrage nach einem innovativen Produkt beziehungsweise innovativen Dienstleistungen oder Bauleistungen angeben, die nicht durch den Erwerb von bereits auf dem Markt verfügbaren Produkten, Dienstleistungen oder Bauleistungen befriedigt werden kann. Ferner gibt er an, welche Elemente dieser Beschreibung die von allen Angeboten einzuhaltenden Mindestanforderungen darstellen. ...*

22 Dazu Erwägungsgrund (42): *„Der wettbewerbliche Dialog hat sich in Fällen als nützlich erwiesen, in denen öffentliche Auftraggeber nicht in der Lage sind, die Mittel zur Befriedigung ihres Bedarfs zu definieren oder zu beurteilen, was der Markt an technischen, finanziellen oder rechtlichen Lösungen zu bieten hat. Diese Situation kann insbesondere bei innovativen Projekten, bei der Realisierung großer, integrierter Verkehrsinfrastrukturprojekte oder großer Computer-Netzwerke oder bei Projekten mit einer komplexen, strukturierten Finanzierung eintreten. ...".*

23 In der Literatur wird als Anwendungsfall die Verbindung von Offshore-Anlagen mit dem allgemeinen Versorgungsnetz gesehen: *Prieß/Stein* (Fußn. 11), NZBau 2014, S. 326.

24 Zum Ganzen (sowie zur sog. „vorkommerziellen Auftragsvergabe" s. auch den Leitfaden des BMWi und des Kompetenzzentrums Innovative Beschaffung (KOINNO) „Impulse für mehr Innovationen im öffentlichen Beschaffungswesen", Mai 2014, abrufbar unter http://www.koinno-bmwi.de/system/publications/files/000/000/201/original/BMWi_Leitfaden_KOINNO_web.pdf?1400241968, zuletzt aufgerufen am 05.02.2015.

> *Der öffentliche Auftraggeber kann beschließen, die Innovationspartnerschaft mit einem Partner oder mit mehreren Partnern, die getrennte Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten durchführen, zu bilden.“*

Die Innovationspartnerschaft wird entsprechend dem Forschungs- und Innovationsprozess in aufeinander folgende Phasen strukturiert, jeweils unter Definition der zu erreichenden Zwischenziele. Auf der Grundlage dieser Ziele kann der öffentliche Auftraggeber am Ende jeder Phase darüber befinden, ob er das Verfahren beendet oder – im Fall einer Innovationspartnerschaft mit mehreren Partnern und sofern das vorher transparent gemacht worden ist – die Zahl der Partner durch die Kündigung einzelner Verträge reduziert.

Nach Erwägungsgrund (49) zur VRL soll sich die Innovationspartnerschaft auf die Verfahrensregeln stützen, die für das Verhandlungsverfahren gelten. Sie weist aber unbestreitbar auch Elemente des wettbewerblichen Dialogs auf.[25]

Nach den oben zitierten Erläuterungen der Kommission soll das Verfahren eine „intelligente Kombination von Forschungsdiensten und Erwerbselementen“ sein. Dieser Anspruch wird aber nicht uneingeschränkt erfüllt. Kritisiert wird u.a., dass langwierige, kaum zur Teilnahme motivierende Verhandlungsprozesse vorprogrammiert sind, bei denen interessierte Unternehmen Aufwand und Erfolgschancen vorab kaum abschätzen können; auch sei das

> *„Grundproblem, wettbewerbliche Abschottung mit kreativitätsförderndem Erfahrungsaustausch zu versöhnen“*

weiterhin ungelöst.[26]

Ein weiteres Grundproblem der Neuregelung besteht darin, dass Art. 31 VRL sprachlich Unklarheiten aufweist, etwa indem der Begriff „Innovationspartnerschaft“ sowohl für die neue Verfahrensart als auch für den im Rahmen dieses Verfahrens abzuschließenden Vertrag verwendet wird. Die u. a. damit verbundenen Unwägbarkeiten werden öffentliche Auftraggeber nur nach reiflicher Überlegung auf sich nehmen, gerade weil der Beschaffungsgegenstand schon komplex genug sein wird.

X. Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb

Schließlich zum Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb (Art. 26 Abs. 6 i.V.m. Art. 32 VRL): Die Regelungen aus Art. 31 der Richtlinie 2004/18 zum Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung wurden fast ausnahmslos und mit nur kleinen Änderungen oder Akzentuierungen in Art. 32 VRL übernommen. Einige Ausnahmetatbestände (für Folgeaufträge) finden sich allerdings nun an anderer Stelle (Art. 72 Abs. 1 lit. b) VRL).

Es bleibt auch dabei, dass die normierten Tatbestände einen abschließenden Katalog darstellen und dass dieses Verfahren wegen der negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb nur unter sehr außergewöhnlichen Umständen zur Anwendung kommen soll.[27] Die Ausnahmetatbe-

25 *Jaeger* (Fußn. 20), NZBau 2014, S. 264.

26 *Michael Fehling*, Forschungs- und Innovationsförderung durch wettbewerbliche Verfahren, NZBau 2012, S. 673, 680.

27 Erwägungsgrund (50) zur VRL.

stände sind also weiterhin restriktiv auszulegen. Insbesondere darf eine Ausschließlichkeitssituation aus technischen Gründen (Art. 32 Abs. 2 lit. b) VRL) nicht durch den Auftraggeber selbst herbeigeführt worden sein: Denn der Ausnahmetatbestand greift nur dann ein, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist.[28]

F. Fazit

Ob die erhofften Effizienzgewinne hinsichtlich der neuen Verfahrens(art)regelungen eintreten, ist zweifelhaft. Im Ergebnis wurde die Regelungsdichte der Richtlinien noch weiter erhöht.[29] Vielen sinnvollen Verbesserungen (etwa für gemeinsame und zentrale Beschaffungen und für das Verhandlungsverfahren, aber auch bei Rahmenvereinbarungen und hinsichtlich der Regelungen zu Losen) stehen auch Bestimmungen gegenüber, welche die Verfahren – teils unnötig – noch fehleranfälliger und komplizierter machen und gerade kleinere, dezentrale Beschaffungsstellen vor neue Herausforderungen stellen werden – und die zunächst einmal einen ganz erheblichen Umsetzungsbedarf für das deutsche Recht auslösen.

28 S. bereits o. C. II. zur entsprechenden Regelung in der Konzessions-RL.
29 *Jaeger* (Fußn. 20), NZBau 2014, S. 259 für die VRL.

Zuschlag und Zuschlagskriterien: Die Komplexität nimmt zu

von

PROF. DR. MARTIN BURGI*

A. Die bisherige Rechtslage 58

B. Die neuen Bestimmungen der VRL (RL 2014/24/EU) 59

I. Teilweise neue Systematik und Terminologie. 59

II. Durchgehende Betonung des Auftragsbezugs. 61

III. Neu: Die Vergabe nach den niedrigsten Kosten 61

IV. Neuerungen bei den leistungsbezogenen Zuschlagskriterien 62

V. Administrative Anforderungen 63

C. Bewertung der neuen Bestimmungen 63

I. Zum neuen Verhältnis der Zuschlagskriterien zueinander 63

II. Zur neuen Terminologie. 64

III. Zum Lebenszykluskosten-Ansatz 65

IV. Zum Auftragsbezug 66

V. Zur Einbeziehbarkeit personalbezogener Kriterien. 66

VI. Zum Verhältnis zu anderen Stufen des Vergabeverfahrens 67

D. Einzelne Herausforderungen für die Umsetzungsgesetzgebung 68

I. Der künftige Regelungsort. 69

II. Das Verhältnis zum Thema Leistungsbeschreibung 69

III. Orientierung an der neuen EU-Begrifflichkeit 70

IV. Vorgaben für das Verhältnis zwischen finanziellen und leistungsbezogenen Kriterien 71

V. Zulassung personalbezogener qualitativer Kriterien. 71

VI. Förderung einer nachhaltigen Beschaffungspolitik. 72

E. Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten 73

F. Fazit 74

* Der Autor ist Universitätsprofessor an der Ludwig-Maximilians-Universität in München, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und Sozialrecht, und Leiter der Forschungsstelle für Vergaberecht und Verwaltungskooperation. Herrn Akad. Rat a.Z. *Benedikt Brandmeier* ist für seine wertvolle Unterstützung bei der Visualisierung und Verschriftlichung des Vortrags zu danken.

Am 17.4.2014 trat in Nachfolge der Vergabekoordinierungsrichtlinie die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (VRL)[1] in Kraft. Wie schon ein erster Blick auf die Bestimmungen über den Zuschlag zeigt, hat die Komplexität des normativen Rahmens deutlich zugenommen. Die nun über zwei Artikel (Art. 67 und 68) verteilten Vorschriften übertreffen in ihrem Umfang die bisherige Bestimmung des Art. 53 VKR um ein Mehrfaches. Die größere Detailfülle kann jedoch nicht der entscheidende Gradmesser für die Güte der neuen Bestimmungen sein. Entscheidend ist vielmehr das Maß an Klarheit, den der neue Rechtsrahmen mit sich bringt, respektive das Potential an neuer Verwirrung, das er möglicherweise stiftet (A bis C). Welcher dieser Effekte für die in Deutschland betroffenen Auftraggeber, Unternehmen, Vergabekammern und Gerichte überwiegen wird, hängt maßgeblich von der Umsetzung der neuen Vorgaben durch den deutschen Gesetzgeber ab (D).

A. Die bisherige Rechtslage

Die bislang geltende Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18-EG regelte die Vorgaben für die Zuschlagserteilung gebündelt in Art. 53. Nach dessen Abs. 1 steht es dem Auftraggeber offen, seiner Zuschlagserteilung entweder den „niedrigsten Preis“ oder das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ zugrunde zu legen. Letzteres war näher bestimmt als Relation der Kriterien Preis und Qualität, letzteres mit verschiedenen, beispielhaft aufgezählten Ausprägungen.[2] Die weiteren Vorgaben in Abs. 2 beziehen sich auf die Verpflichtung zur Gewichtung und Bekanntmachung der gewählten Kriterien.

Abweichend von diesem „dualen System“[3] der Zuschlagserteilung bestimmt § 97 Abs. 5 GWB, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist. Dass hiermit ausschließlich eine Kombination aus niedrigstem Preis und zusätzlichen leistungsbezogenen Kriterien gemeint ist, stellen § 16 Abs. 6 Nr. 3 S. 3 VOB/A-EG sowie § 21 Abs. 1 S. 2 VOL/A-EG, die eine Vergabe allein auf Basis des niedrigsten Preises ausschließen, klar.[4] Der Widerspruch zu

1 ABl. EU v. 28.3.2014, Nr. L 94/95. Die Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. EU v. 28.3.2014, Nr. L 94/243, sowie die Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. EU v. 28.3.2014, Nr. L 94/1 werden im Folgenden nicht behandelt.

2 Zur Bedeutung von „Qualität“ als mit dem Preis alternierendes Hauptzuschlagskriterium, das die weiteren aufgezählten Kriterien begrifflich umfasst vgl. *Martin Burgi/Benedikt Brandmeier*, Quality as an Interacting Award Criterion under Current and Future EU-Law, EPPPL 2014, S. 12, 13 f.

3 Nach *Hans-Joachim Prieß*, in: Pünder/Prieß (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, 2005, S. 119.

4 Vgl. hierzu außerdem die Begründung zum Regierungsentwurf des VergaberechtsänderungsG v. 26.8.1998, BGBl. I S. 2512, BT-Drs. 13/9340, S. 14.

der europarechtlich vorgesehenen Wahlfreiheit des Auftraggebers wird im Oberschwellenbereich durch eine richtlinienkonforme Auslegung der Bestimmungen[5] oder dadurch aufgelöst, dass Art. 53 Abs. 1 VKR wegen teilweisen Umsetzungsdefizits unmittelbar Anwendung findet.[6] Neben einer Art. 53 Abs. 1 lit. a) VKR weitgehend entsprechenden Auflistung möglicher Unterkriterien in § 16 Abs. 6 Nr. 3 S. 2 VOB/A-EG, § 19 Abs. 9 VOL/A-EG und § 11 Abs. 5 VOF finden sich auch im nationalen Recht keine weiteren materiellen Festlegungen.

Angesichts der zentralen Bedeutung der Zuschlagsentscheidung lässt bereits dies darauf schließen, dass der derzeitige rechtliche Rahmen auf beiden Ebenen unterkomplex ist. Die dadurch hervorgerufene Rechtsunsicherheit verstärkt die naturgemäß für den Auftraggeber bestehenden Schwierigkeiten, die eigenen Erwartungen sachgerecht in konkrete Zuschlagskriterien zu gießen. Auch die Rechtsprechung konnte vielfach zu keiner einheitlichen Linie finden. Die Auftraggeber vermissen greifbare normative Handlungsvorgaben. Neben der Unterkomplexität des Rechtsrahmens fällt auf, dass einzelne Bestimmungen den praktischen Bedürfnissen der Auftraggeber in zunehmendem Maße nicht (mehr) entsprechen. Dies betrifft etwa die Zulassung eines „Mehr an Eignung" oder den Umgang mit einer beabsichtigten nachhaltigen Beschaffungspolitik, auf die jeweils unten (D V und D VI) näher eingegangen wird.

B. Die neuen Bestimmungen der VRL (RL 2014/24/EU)

I. Teilweise neue Systematik und Terminologie

Die auffälligste Neuregelung besteht in der Umgestaltung der Systematik der Zuschlagskriterien. Präziser ausgedrückt handelt es sich um eine neue begriffliche Fassung der verschiedenen Konstellationen, unter denen Preis- bzw. Kostenelemente auf der einen und leistungsbezogene Elemente auf der anderen Seite zusammengefasst werden können. Allgemein könnte eine solche Kombination in drei verschiedenen Arten erfolgen: Erstens ausschließlich aus Preis- bzw. Kostenelementen, zweitens ausschließlich aus leistungsbezogenen Elementen oder drittens als eine Mischung aus Beidem bestehend. Alle drei Optionen werden künftig mit dem Begriff des *wirtschaftlich günstigsten Angebots* überschrieben. In seiner vormaligen Bedeutung als Bezeichnung allein für die drittgenannte Option einer Kombination aus Preis- bzw. Kosten- und leistungsbezogenen Elementen wird dieser Begriff künftig nicht mehr verwendet. Hierfür

5 Vgl. OLG Naumburg, Beschl. v. 5.12.2008, 1 Verg 9/08, VergabeR 2009, S. 486; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.1.2009, VII-Verg 59/08, NZBau 2009, S. 398, 399, sowie *Marc Opitz* in: Dreher/Motzke (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 97 Abs. 5 GWB Rdnr. 5 m.w.N. in Fußn. 14.

6 Vgl. OLG München, Beschl. v. 20.5.2010, Verg 04/10, IBR 2010, S. 411; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 5.6.2012, 11 Verg 4/12, NZBau 2012, S. 719, sowie eingehend *Maria Vavra* in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, § 16 VOB/A Rdnr. 43, 52. Die vereinzelt noch vertretene Gegenauffassung will eine Beschränkung der Zuschlagskriterien allein auf das des niedrigsten Preises nur bei besonderen Umständen des Einzelfalls zulassen, vgl. *Michael Fehling* in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 2011, § 97 GWB Rdnr. 174; *Jan Ziekow* in: Ziekow/Völlink (ebd.), § 87 Rdnr. 107; *Hermann Summa* in: Heiermann/Zeiss (Hrsg.), Juris-PK Vergaberecht, 4. Aufl. 2013, § 16 VOB/A Rdnr. 416 ff.

wurde nun die selbsterklärende Bezeichnung des *besten Preis-Leistungsverhältnisses* eingesetzt.

Die weiterhin als niedrigster Preis titulierte erstgenannte Option besteht – ergänzt um die Variante der niedrigsten Kosten (dazu sogleich III) – weiterhin fort. Die zweitgenannte Option einer Vergabe ausschließlich nach leistungsbezogenen Kriterien, bei der der Preis den Part einer vorgegebenen Größe einnimmt, ist in Art. 67 Abs. 1 UAbs. 2 – ohne mit einer eigenen Bezeichnung bedacht zu sein – nun explizit geregelt.[7] Entgegen dem ersten Eindruck wird diese bisher nicht geregelte Alternative jedoch nicht zu einem regulären Maßstab der Zuschlagserteilung aufgewertet.[8] Vielmehr verbirgt sich dahinter eine bloße Kodifikation der bislang schon zugelassenen Praxis einer reinen Qualitätsvergabe bei vorgegebener Höhe des Preiselements, etwa durch Honorarordnungen, die „durch nationale Vorschriften festgelegt sind"[9], oder im Fall der Buchpreisbindung. Dies wird in den Erwägungsgründen mehrfach klargestellt.[10] Die dritte Option einer Kombination aus Pries- bzw. Kostenelementen und leistungsbezogenen Elementen ist ebenfalls weiterhin möglich.

Insoweit ergeben sich hinsichtlich der Grobsystematik der Zuschlagskriterien nur terminologische, jedoch keine inhaltlichen Veränderungen. Die begrifflichen Anpassungen lassen sich mit dem Anliegen erklären, die (früher als wirtschaftlich günstigstes Angebot und heute als bestes Preis-Leistungsverhältnis bezeichnete) Kombination aus Preis- bzw. Kostenelementen und leistungsbezogenen Elementen gegenüber der reinen Preisvergabe aufzuwerten. Im Grünbuch der Europäischen Kommission wurde sogar angeregt, den niedrigsten Preis als für die Berücksichtigung von sozialen und umweltpolitischen Aspekten wenig geeignetes Kriterium nicht mehr exklusiv zuzulassen.[11] Im Verlauf des Richtliniengebungsprozesses hat das Europäische Parlament diese Forderung immer wieder aufgegriffen, konnte jedoch nur eine begriffliche Anpassung durchsetzen, der keine rechtlich verbindlichen Handlungsmaximen für den Auftraggeber folgen.[12] In diesen Zusammenhang gehört die Vorschrift des Art. 67 Abs. 2 UAbs. 3, die es den Mitgliedstaaten generell oder hinsichtlich bestimmter Auftraggeber oder einzelner

7 Nach bisherigem Recht ergab sich dies indirekt aus Art. 53 Abs. 1 VKR wonach die Zuschlagskriterien „unbeschadet der für die Vergütung von bestimmten Dienstleistungen geltenden einzelstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften" anzuwenden waren.

8 Wie dies unter dem Begriff der „Selection under Fixed Budget" etwa in den Vergaberichtlinien der Weltbank zu finden ist, vgl. *World Bank,* Guidelines: Selection and Employment of Consultants under IBRD Loans and IDA Credits & Grants by World Bank Borrowers, 2011, Section 3.5, abrufbar unter http://go.worldbank.org/JUYYF3VRU0 (letzter Zugriff am 10.12.2014).

9 Vgl. Erwägungsgrund 93.

10 Erwägungsgrund 90 bestimmt etwa: „Es sollte ausdrücklich festgehalten werden, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses ermittelt werden sollte, welches stets eine Preis-oder Kostenkomponente beinhalten sollte."

11 *Europäische Kommission*, Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, KOM (2011) 15 v. 27.1.2011, S. 37.

12 Ausführlich dargestellt bei *Paula Bordalo Faustino*, Award Criteria in the New EU Directive on Public Procurement, PPLR 2014, S. 124, 125. Das Europäische Parlament erblickt nun einen Erfolg darin, dass „Behörden den Schwerpunkt stärker auf Qualität, Umwelt- oder Sozialaspekte sowie Innovation legen" können, vgl. *Europäisches Parlament*, Öffentliche Auftragsvergabe: Bessere Qualität und mehr Leistung für den Preis, Pressemitteilung v. 15.1.2014, abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/news/de/news-room/content/20140110IPR32386/html/%C3%96ffentliche-Auftragsvergabe-Bessere-Qualit%C3%A4t-und-mehr-Leistung-f%C3%BCr-den-Preis (letzter Zugriff am 10.12.2014).

Auftragsarten erlaubt, eine reine Preis- bzw. Kostenvergabe auszuschließen, mit der Folge dass sich das wirtschaftlich günstigste Angebot dann allein nach dem besten Preis-Leistungsverhältnis bestimmt (dazu D IV).

II. Durchgehende Betonung des Auftragsbezugs

Das für alle drei, v.a. natürlich für die beiden qualitativ geprägten Kriterienkategorien, gültige Korrektiv eines Auftragsbezugs wurde beibehalten, aber nun im Hinblick auf die finanzielle Zuschlagskomponenten stärker betont. Dies erklärt sich durch die neu geschaffene Möglichkeit einer finanziellen Angebotswertung anhand eines komplexen Kosten-Wirksamkeits-Ansatzes (III), dem im Gegensatz zum bloßen Angebotspreis ein Auftragsbezug nicht schon immanent ist.[13] Inhaltlich hat sich der Richtliniengeber an der bisherigen Rechtsprechung orientiert.[14] Im Einzelnen ist eine Verbindung mit dem Auftragsgegenstand in irgendeiner Hinsicht, in irgendeinem Lebenszyklus-Stadium und auch dann, wenn sie sich nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstands auswirkt, hinreichend (vgl. Art. 67 Abs. 3).

III. Neu: Die Vergabe nach den niedrigsten Kosten

Innerhalb der finanziellen Bewertung eines Angebots steht es dem Auftraggeber künftig frei, diese wie bisher über den niedrigsten Anschaffungspreis vorzunehmen, oder, als neu geschaffene Alternative, über einen Kosten-Wirksamkeits-Ansatz, der eine Berücksichtigung weiterer ausgabenrelevanter Aspekte zulässt. Was damit gemeint ist, verdeutlicht Art. 68 mit seiner Regelung der Lebenszykluskostenberechnung, die aber, ausweislich des eindeutigen Wortlauts, nur eine beispielhafte Option darstellt. Dem Auftraggeber bleibt es weiterhin freigestellt, die Kostenbewertung „auf andere Weise“ vorzunehmen. Gleichwohl wird diese spezielle Bewertungsmethode, schon aufgrund ihrer weiten und flexiblen Fassung, den Hauptanwendungsfall bilden.

Im Einzelnen definiert Abs. 1 näher die berücksichtigungsfähigen Kosten, in lit. a) die vom Auftraggeber zu tragenden, in lit. b) die extern anfallenden Kosten. Der Auftraggeber kann demnach neben den Anschaffungskosten auch Nutzungskosten, Wartungskosten und Kosten am Ende der Nutzungsdauer (wie Abholungs- und Recyclingkosten) in seine Bewertung mit einbeziehen. Nach lit. b) gilt dies auch für extern zu Buche schlagende Ausgaben in Folge der entstehenden Umweltbelastungen. Deren Berücksichtigungsfähigkeit ist nicht auf den Zeitraum ab der Anschaffung beschränkt, da sie, anders als selbst zu tragende Kosten im Rahmen des Herstellungsprozesses, noch nicht Niederschlag im Anschaffungspreis gefunden und daher eigenständige Bedeutung haben. Als Korrektiv dient die Notwendigkeit eines Auftragsbezugs (vgl. soeben II). Die Bewertung der einzelnen Kostenelemente erfolgt nach näherer Maßgabe

13 Vgl. dazu C. III.

14 Vgl. die eingehenden Analysen dieser Rechtsprechung bei *Sue Arrowsmith*, Application of the EC-Treaty and directives to horizontal policies: a critical review, in: Arrowsmith/Kunzlik (Hrsg.), Social and Environmental Policies in EU Procurement Law, 2009, S. 240; *Roberto Caranta*, Sustainable Public Procurement in the EU, in: Caranta/Trybus (Hrsg.), The Law of Green and Social Procurement, 2010, S. 19; *Marc Martens/Stanislas de Margerie*, The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement, EPPPL 2013, S. 8.

des Abs. 2, der in seinem UAbs. 1 Offenlegungspflichten statuiert und in UAbs. 2 formelle wie materielle Anforderungen an die Bewertung der externen Umweltkosten enthält. Für die praktische Nutzbarmachung der sonst extrem komplexen Lebenszykluskostenberechnung entscheidend wird es einer allgemein anwendbaren Berechnungsmethode bedürfen. Diese kann nach Abs. 3 durch einen Rechtsakt der Europäischen Union, auch mittels delegierter Rechtsetzung, verbindlich vorgeschrieben werden, wobei nach Erwägungsgrund 96 eine kontinuierliche Entwicklung derartiger Vorgaben angestrebt wird.

IV. Neuerungen bei den leistungsbezogenen Zuschlagskriterien

Im Bereich der für die Bestimmung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses maßgeblichen leistungsbezogenen Komponenten wurde die bisher gültige beispielhafte Aufzählung qualitativer Kriterien im Wesentlichen beibehalten, nun jedoch innerhalb von Art. 67 Abs. 2 UAbs. 1 in lit. a) bis c) aufgegliedert. Lit c) beinhaltet Umstände der Leistungsausführung wie Lieferbedingungen und Kundendienst, lit. a) Charakteristika der Leistung selbst. Erstmals explizit erwähnt sind in lit b) bieterbezogene Eigenschaften in Form von „Organisation, Qualifikation und Erfahrung des eingesetzten Personals", vorausgesetzt dass diese von erheblichem Einfluss sein können. Damit wird gesetzgeberisch ein Streit entschieden, dessen Front innerhalb der europäischen Rechtsprechung verlief und der in den vergangenen Jahren auf die nationale Rechtsprechung und auf das Schrifttum übergegriffen hatte.[15] Ausgangspunkt war die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Lianakis"[16], in der dieser unter Rückgriff noch auf die Vorgängerregelung der Richtlinie 2004/18/EG[17] von einer strikten Trennung von Zuschlags- und Eignungsprüfung mit der Folge ausgegangen ist, dass nicht erneut bieterbezogene Kriterien im Rahmen der Zuschlagsentscheidung Beachtung finden dürfen („kein Mehr an Eignung"). In einer Reihe von Entscheidungen hatte das EuG in der Folgezeit versucht, zugunsten einer flexibleren Handhabung Stück für Stück Land zurückzugewinnen.[18] Dies, indem es die Eigenschaften des Projektteams zunächst als Rechtfertigung für eine ungewöhnlich niedrige Arbeitsstundenzahl und in einem weiteren Schritt dann als Grundlage für die Bestimmung der Ausführungsqualität zuließ. Bereits diese Argumentation war darauf gerichtet, die Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien im Hinblick auf das eingesetzte Personal aufzuweichen. Diesen letzten Schritt hat nun der Richtliniengeber vollzogen.

Kleinere inhaltliche Anpassungen finden sich zudem in Art. 67 Abs. 2 UAbs. 1 in lit. a), der neben umweltbezogenen nun auch soziale und innovative Eigenschaften als beispielhafte Kriterien aufzählt. Ebenso neu ist die Erwähnung von „Handel" sowie der mit ihm verbundenen

15 Vgl. dazu *Kerstin Dittmann*, Qualität durch Eignungs- und/oder Zuschlagskriterien?, NZBau 2013, S. 746.

16 EuGH, Urteil v. 24.1.2008, C-532/06, Slg. I-2008, S. 254, bestätigt in der Rechtsache "ERGA OSE", vgl. EuGH, Urteil v. 12.11.2009, C-199/07, NZBau 2010, S. 120.

17 In Art. 23 Richtlinie 92/50/EWG war noch eine zeitlich gestufte Prüfung zunächst der Eignung und dann der Zuschlagskriterien vorgesehen, die in den Nachfolgeregelungen keine Entsprechung gefunden hat.

18 Interessanterweise jeweils denselben Kläger betreffend, vgl. die Entscheidungen „Evropaïki Dynamiki/Kommission": EuG, Urteil v. 3.3.2011, T-589/08, Slg. II-2011, S. 40, besprochen bei *Zsofia Petersen*, Refining the Rules on the Distinction between Selection and Award Criteria - Evropaïki Dynamiki v Commission (T-589/08), PPLR 2011, S. NA246, sowie EuG, Urteil v. 12.12.2012, T-457/07, BeckRS 2012, 82674.

Bedingungen, wohl als Reaktion auf Fälle, wie „Max-Havelaar“[19], in dem der EuGH über die Zulässigkeit eines Fair-trade-labels als Zuschlagskriterium zu entscheiden hatte.

V. Administrative Anforderungen

Die flankierenden Bestimmungen über die verfahrensmäßige Behandlung der Zuschlagskriterien haben sich wenig geändert. Einzig in Art. 67 Abs. 4 VRL werden erstmals die bereits seit der „EVN und Wienstrom“-Entscheidung des EuGH[20] geltenden Grundsätze über die wirksame Überprüfung der Angebote kodifiziert. Die bereits bislang geltenden Bestimmungen über die Bekanntmachung der Kriterien und deren Gewichtung finden sich annähernd wortgleich in Art. 67 Abs. 5 wieder. Die Gelegenheit, diese Anforderungen entsprechend den insoweit weitgehend akzeptierten Vorgaben der Lianakis-Entscheidung[21] normativ auch auf Unterkriterien bzw. deren Gewichtung zu erweitern, wurde hingegen nicht genutzt.

C. Bewertung der neuen Bestimmungen

Neben der dargestellten Reaktion auf die bisherige Rechtsprechung von EuGH und EuG, sei es zu deren Klärung, Bestätigung oder um ihr entgegen zu wirken, hat der Richtliniengeber mit der Neufassung diverser Vorschriften versucht, Nachhaltigkeitsziele zu fördern.[22] Diese ergeben sich in erster Linie aus der Binnenmarktstrategie „Europa 2020 – Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum“[23], bei deren Umsetzung den Zuschlagskriterien eine tragende Rolle zukommt. Daneben soll als zweites Hauptziel die „Gewährleistung eines möglichst effizienten Einsatzes öffentlicher Gelder“ sichergestellt werden.[24] Speziell im Bereich der Zuschlagskriterien hat sich der Richtliniengeber überdies die Vorgabe gesetzt, die Bestimmungen „so einfach und übersichtlich wie möglich“ zu halten.[25] An diesen Maßstäben sind die neuen Regelungen über die Zuschlagskriterien zu messen.

I. Zum neuen Verhältnis der Zuschlagskriterien zueinander

Positiv ist zunächst anzumerken, dass mit den Artikeln 67 und 68 der neuen Richtlinie eine Regelung geschaffen wurde, die in ihrer Komplexität über ihre Vorgängervorschriften hinausgeht. Wie gezeigt, konnte der bisherige normative Rahmen für die zahlreichen aufgetretenen Unklarheiten keine ausreichende Antwort bereitstellen. Im Einzelnen wurde das Verhältnis zwischen den alternativen Zuschlagskriterien des niedrigsten Preises (bzw. der niedrigsten

19 EuGH, Urteil v. 10.5.2012, C-368/10, EuZW 2012, S. 592.
20 EuGH, Urteil v. 4.12.2003, C-448/01, NVwZ 2004, S. 201.
21 EuGH, Urteil v. 24.1.2008, C-532/06, Slg. I-2008, S. 254.
22 Vgl. dazu allgemein Editorial: Ein Rechtsgebiet wird erwachsen: Zur Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien, von *Martin Burgi*, ZHR 178 (2014), S. 2 ff.
23 Mitteilung vom 3.3.2010, KOM (2010) 2020 endg.
24 So im Wortlaut Erläuterung 2 der VKR; vgl. dazu auch *Martin Burgi/Hinnerk Gölnitz*, Die Modernisierung des Vergaberechts als Daueraufgabe, DÖV 2009, S. 829.
25 Vgl. Erwägungsgrund 89.

Kosten) und des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses einer stärkeren normativen Klärung zugeführt. Dies betrifft in erster Linie die Abweichungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten. So konnte sich im Fall des Ausschlusses der Niedrigpreisvergabe die Rechtsprechung in Deutschland bisher nur auf die für diesen Fall nicht unmittelbar einschlägige „Sintesi"-Rechtsprechung des EuGH stützen.[26] Die Entscheidung, wonach eine Beschränkung nationaler Vergabestellen allein auf eine Preisvergabe unzulässig sei, wurde auf den umgekehrten Fall übertragen und verhinderte nationale Überlegungen, zu einer Mitberücksichtigung leistungsbezogener Elemente zu verpflichten. Dies ist nun ausdrücklich möglich (ob davon Gebrauch gemacht werden sollte, ist eine andere Frage, dazu D IV). Ferner wurde erstmals die Option einer reinen Qualitätsvergabe kodifiziert, für den Fall dass nationale Vorschriften Festpreise für die nachgefragte Leistung vorsehen.

Im Rahmen der Systematik möglicher Kombinationen finanzieller und leistungsbezogener Elemente bemerkenswert ist die Etablierung eines Kostenansatzes als Alternative zum niedrigsten Anschaffungspreis. Dadurch wurde ein bedeutender Schritt in Richtung einer konsequenten Trennung beider Elemente vollzogen. Bereits nach bisheriger Rechtslage stand den Auftraggebern die Berücksichtigung von Kosten außerhalb des Anschaffungspreises offen, wie sich etwa aus der Erwähnung der „Betriebskosten" im Rahmen der enumerativen Aufzählung möglicher Zuschlagskriterien in Art. 53 Abs. 1 lit. a) VKR ergibt. Ebenso ist deren Bewertung anhand von Kosten-Wirksamkeitsansätzen, konkret auch unter dem Begriff der Lebenszykluskosten, keine Erfindung des Richtliniengebers, sondern vielmehr seit Längerem Gegenstand näherer Ausarbeitung in Vergabepraxis und Rechtswissenschaft.[27] Allerdings konnte dies bislang nicht unter das Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises gefasst werden[28], sondern nur als zusätzliches, leistungsbezogenes bei der Wertung des wirtschaftlich günstigsten Angebots Berücksichtigung finden. Der Rückgriff auf die zu veranschlagenden Kosten stellte bislang nur eine Variante der sonst komplexen Wertung von Qualitätsaspekten wie dem Energiebedarf oder der Reparaturbedürftigkeit dar.[29] Das Interesse des Auftraggebers an sparsamen, wenig fehleranfälligen oder kostengünstig zu entsorgenden Produkten ist jedoch in erster Linie ein Finanzielles. Bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit schlagen sich derartige Aspekte auf der Seite des Aufwands, nicht auf der der Leistung nieder. Die klare Zuordnung der Kosten zu den finanziellen Elementen der Zuschlagsentscheidung in der VRL ist daher folgerichtig.

II. Zur neuen Terminologie

Die konkrete begriffliche Ausgestaltung der neuen Gesamtsystematik erweist sich an mehreren Stellen als problematisch. Dies ergibt sich schon aus der Tatsache, dass der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots unter Bruch mit der früheren Bedeutung verwendet wird. Vor allem aber die Diskrepanz zwischen der weiteren Ausformung des Begriffs in Art. 67 Abs. 2

26 EuGH, Urteil v. 7.10.2004, C 247/02, EuZW 2004, S. 722.

27 Vgl. den Überblick bei *Caranta* (Fußn. 14), S. 45.

28 Vgl. dazu *Arnold Boesen*, Zuschlagskriterien – Möglichkeiten und Grenzen bei den Entscheidungen im Vergabeverfahren, in: Prieß/Lau/Kratzenberg (Hrsg.), FS Marx, 2013, S. 15, 18 f., sowie aus europäischer Perspektive *Dacian Dragos/Bogdana Neamtu*, Sustainable Public Procurement: Life-Cycle Costing in the New EU Directive Proposal, EPPPL 2013, S. 19, 22.

29 Vgl hierzu eingehend *Burgi/Brandmeier* (Fußn. 2), S. 12, 18 ff.

VRL und dem traditionellen Verständnis des Wirtschaftlichkeitsbegriffs in den Wirtschaftswissenschaften birgt die Gefahr von Missverständnissen. Der von ökonomischer Seite geäußerten Kritik[30] an der neuen Begriffswahl ist insoweit beizupflichten. Nicht nur ist nach wirtschaftswissenschaftlichem Verständnis unter Wirtschaftlichkeit das Verhältnis der Kosten zur Leistung zu verstehen[31] wie dies auch die Erwägungsgründe suggerieren, so dass eine reine Preisvergabe unter diesem terminologischen Dach fehl am Platz wirkt. Auch der Unterfall des besten Preis-Leistungsverhältnisses ist unglücklich formuliert, nachdem als finanzielles Element der Zuschlagsentscheidung nicht nur der Anschaffungspreis, sondern auch das umfassender angelegte Konzept der Kosten Berücksichtigung finden kann. Während der Anschaffungspreis begrifflich einen besonderen Fall der Kostenzusammenstellung darstellen kann, gilt dies umgekehrt nicht.[32] Eine terminologische Festlegung auf den Preis schließt die Berücksichtigung weiterer ausgabenrelevanter Aspekte aus. Dies wiegt umso schwerer, als durch die neue Richtlinie gerade auch die Förderung des Kostenansatzes anvisiert wurde.[33]

Die neue Systematik der Zuschlagskriterien präsentiert sich insoweit deutlich als Ergebnis eines zweijährigen Reformstreits, in dessen Verlauf sich grundlegende Änderungsanliegen, wie die weitergehende Eliminierung der Preisvergabe, nicht durchsetzen konnten. Daher hat man sich lediglich an eine Modifikation der Begrifflichkeiten gewagt, die nun an manchen Stellen nicht so recht zum unverändert gebliebenen Inhalt passen will.

III. Zum Lebenszykluskosten-Ansatz

Bei der näheren Ausgestaltung der Lebenszykluskosten als anvisierter Hauptanwendungsfall eines Kosten-Wirksamkeits-Ansatzes hat der Richtliniengeber einen weiteren systemischen Bruch geschaffen, indem er in Art. 68 Abs. 1 lit. b) VRL externe Umweltkosten mit einbezieht. Im Gegensatz zu anderen finanziellen Komponenten entfalten diese nämlich keine Wirkung auf den Haushalt des Auftraggebers, zudem können die Umweltbelastungen unproblematisch als leistungsbezogenes Kriterium[34] einbezogen werden. Sie alternativ zur Etablierung einer Bewertungsmatrix in geldwerter Form auszudrücken macht sie nicht schon zu einer finanziellen Komponente, da gesamtwirtschaftliche Erwägungen, insbesondere die Auswirkungen auf

30 Vgl. hierzu die Ausführungen von *Michael Eßig* zum Thema „EU-Vergaberechtsreform: Umsetzungsdialog Deutschland – Die Perspektive der Ökonomie“ i.R.d. 15. Düsseldorfer Vergaberechtstags 2014, teilweise wiedergegeben in *Michael Eßig*, Die Perspektive der Ökonomie, in: Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk des Landes Nordrhein-Westfahlen (Hrsg.), 15. Düsseldorfer Vergaberechtstag 2014, S. 111; dem sich anschließend: *Meinhard Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2014, § 97 GWB Fußn. 714.

31 Zu den verschiedenen Wirtschaftlichkeitsbegriffen übersichtlich vgl. *Marc Opitz*, Der Wirtschaftlichkeitsbegriff des Kartellvergaberechts, NZBau 2001, S. 12.

32 Dies bestätigt schon Art. 68 Abs. 1 lit. a) VRL, der im Rahmen der berücksichtigungsfähigen Kosten bei Anwendung der Lebenszykluskostenberechnung auch den Anschaffungspreis aufzählt.

33 Vgl. dazu Erwägungsgrund 95.

34 Wegen der universellen Gültigkeit des Auftragsbezugskriteriums nach näherer Maßgabe des Art. 67 Abs. 3 VRL auch unter denselben Voraussetzungen.

andere staatliche Haushalte im konkreten Beschaffungsvorgang außer Betracht bleiben.[35] Durch diese missliche Einordnung droht vielmehr der Vorteil einer reinen Preis- bzw. Kostenvergabe verloren zu gehen, der gerade in der verhältnismäßig einfachen und klaren Kalkulierbarkeit liegt.[36] Auch im Übrigen lässt gerade diese Bestimmung erhebliche Umsetzungsprobleme in der Praxis erwarten.[37] Zu den schon konzeptionell angelegten Schwierigkeiten, externe Umwelteinwirkungen kalkulatorisch zu erfassen, sind nach Art. 68 Abs. 2 UAbs. 2 eine Reihe zusätzlicher Vorgaben inhaltlicher wie verfahrensmäßiger Art zu beachten. Eine besondere Herausforderung stellt Art. 68 Abs. 4 bereit, der Wert auf die Überprüfbarkeit der verschiedenen Angaben legt. Für die Vergabestellen wie auch für die nachweispflichtigen Bieter sind mithin entweder bürokratische Anstrengungen zu erwarten, die sich nur schwer innerhalb eines „vertretbaren Aufwands" (wie von Art. 68 Abs. 2 lit c) gefordert) bewegen werden, oder die Zuschlagsentscheidung läuft Gefahr, gegen das Diskriminierungsverbot zu verstoßen. Schließlich wird die Feststellung eines Auftragsbezugs gerade in diesem Fall schwer fallen.[38] Namentlich bei kleineren Auftraggebern wird die Handhabbarkeit dieses Kriteriums daher maßgebend von der Verbreitung der nach Art. 68 Abs. 3 vorgeschriebenen gemeinsamen Berechnungsmethoden abhängen.[39]

IV. Zum Auftragsbezug

Die stärkere normative Betonung der Notwendigkeit eines Auftragsbezugs stärkt die Rechtssicherheit.[40] Soweit entsprechend Erwägungsgrund 97 Abs. 2 „Kriterien und Bedingungen der allgemeinen Unternehmenspolitik" verboten sind, wirkt der Auftragsbezug als Korrektiv. Sobald jedoch – entsprechend des Wortlauts von Art. 67 Abs. 3 – „irgendein" Zusammenhang zum Auftrag besteht, wird dem Auftraggeber ein Spielraum zuerkannt.

V. Zur Einbeziehbarkeit personalbezogener Kriterien

Ähnliches gilt für die Möglichkeit der Einbeziehung personalbezogener Zuschlagskriterien in die Vergabeentscheidung nach Art. 67 Abs. 2 UAbs. 1 lit. b). Gerade im Fall dienstleistungsorientierter Aufträge liegt die Relevanz der Qualität des eingesetzten Personals für die Qualität

35 Eingehend *Opitz* (Fußn. 31), S. 13 f., wonach es auf die Wirtschaftlichkeit des konkreten Beschaffungsvorgangs ankommt; dazu auch *Jörg Wiedemann*, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß (Hrsg.), VOB/A, 2. Aufl. 2013, § 16 Rdnr. 290.

36 Vgl. demgegenüber zu den weit höheren Anforderungen an die Wertung auf Grundlage des Preis-Leistungsverhältnisses *Hans von Gehlen/Veit Hirsch*, Mit Preisgewichtung vorbei am wirtschaftlichsten Angebot?, NZBau 2012, S. 393.

37 Vgl. auch *Dragos/Neamtu* (Fußn. 28), S. 28.

38 Vgl. *Dragos/Neamtu* (Fußn. 28), S. 22; *Peter Kunzlik*, From Suspect Practice to Market-based Instrument: Policy Alignment and the Evolution of EU Law's Approach to Green Public Procurement, PPLR 2013, S. 97, 112.

39 In diese Richtung auch die Stellungnahme der Bundesregierung zum Grünbuch der Europäischen Kommission vom 18.05.2011, Ziff. II. 2, abrufbar unter http://www.forumvergabe.de/fileadmin/user_upload/Stellungnahmen_zum_Gr%C3%BCnbuch_2011/StN_der_BReg_zum_Gr%C3%BCnbuch-18.04.2011_endg1.pdf (letzter Zugriff am 10.12.2014).

40 So auch das Ergebnis bei *Faustino* (Fußn. 12), S. 131 f.

der gesamten Leistung auf der Hand.[41] Verschiedene Länder haben bereits Versuche unternommen – meist im Sinne der jetzt geschaffenen Neuregelung – die strengen Vorgaben der Lianakis-Doktrin aufzuweichen.[42] Durch die Beschränkung auf das tatsächlich eingesetzte Personal und die zusätzliche Voraussetzung eines möglichen Einflusses auf die Qualität der Leistung wird zudem ein konsistentes Zusammenspiel mit dem neu gestalteten Begriff des Auftragsbezugs erreicht. Sind die Voraussetzungen des Art. 67 Abs. 2 UAbs. 1 lit. b) erfüllt, kann regelmäßig von einem Auftragsbezug ausgegangen werden. Andernfalls würde ein darüber hinausgehendes bieterbezogenes Kriterium gerade in die Nähe des Falls der nicht berücksichtigungsfähigen „allgemeinen Unternehmenspolitik" rücken. Auch die konkrete Grenzziehung ist insoweit gelungen.

VI. Zum Verhältnis zu anderen Stufen des Vergabeverfahrens

Abschließend soll ein Blick auf die normativen Beziehungen zwischen den Art. 67 und 68 und den Bestimmungen über die anderen Stufen der Vergabeentscheidung geworfen werden. Die Zuschlagsentscheidung steht nicht isoliert, sondern ist im Gesamtgefüge mit den Ebenen der Leistungsbeschreibung, der Bieterauswahl sowie den Ausführungsbestimmungen zu betrachten. Dabei fehlt weiterhin eine normative Verzahnung mit beiden letztgenannten Ebenen.

Ein Ansatz betreffend das Verhältnis zur Leistungsbeschreibung findet sich immerhin in Art. 43, der Vorgaben für die Verwendung von Gütezeichen enthält, die er in Abs. 1 (vor die Klammer gezogen) gleichermaßen mit Blick auf technische Spezifikationen, Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen für anwendbar erklärt.[43] Dabei hätte es der Richtliniengeber nicht belassen müssen. Diverse gerichtliche Entscheidungen hätten ausreichend Anlass zu weitergehenden Regelungen gegeben, etwa hinsichtlich des Verständnisses des Auftragsbezugs.[44] Die dann mögliche Übertragung der normativ und judiziell entwickelten Grundsätze zur Formulierung der Leistungsbeschreibung auf die Ausarbeitung der Zuschlagskriterien und umgekehrt hätte das Reservoir an rechtssicheren Vorgaben für den Auftraggeber signifikant erhöhen können.

41 Vgl. dazu auch Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins (Ausschuss Vergaberecht) zur Umsetzung des Richtlinienpakets zur Reform des Vergaberechts, VergabeR 2014, S. 384, 389, sowie aus gesamteuropäischer Sicht *Philip Lee*, Implications of the Lianakis Decision, PPLR 2010, S. 47; *Petersen* (Fußn. 18), S. NA253; ablehnend: *Hermann Summa*, Die Entscheidung über die Auftragsvergabe – Ein Ausblick auf das künftige Unionsrecht, NZBau 2012, S. 729, 735 f.

42 Vgl. etwa für Frankreich: *François Lichere*, Award of contracts covered by the EU Public Procurement rules in France, in: Comba/Treumer (Hrsg.), European Procurement Law Series vol. 5, 2013, S. 71; ähnliche Ansätze werden durch die Rechtsprechung etwa auch in Dänemark und dem Vereinten Königreich verfolgt, vgl. *Steen Treumer*, Awarding of contracts covered by the EU Public Procurement rules in Denmark, ebd., S. 40; *Pedro Telles*, Awarding of public contracts in the United Kingdom, edb., S. 253.

43 Vgl. allgemein dazu *Arrowsmith* (Fußn. 14), S. 237 ff.; *Martens/Margerie* (Fußn. 14), S. 11; *Kunzlik* (Fußn. 38), S. 113.

44 Dies war etwa Gegenstand der Entscheidung "Max Haavelar", vgl. EuGH, Urteil v. 10.5.2012, C-368/10, EuZW 2012, S. 592.

Dies ist gelungen im Hinblick auf die in Art. 70[45] geregelten Ausführungsbestimmungen. Deren Verhältnis zu den Zuschlagskriterien stand nach der bisherigen Rechtslage noch grundlegend, selbst innerhalb der Rechtsprechung des EuGH, in Streit.[46] Hatte der EuGH in der Rechtssache „Beentjes“ [47] und später in „Max Havelaar“[48] angenommen, dass sich Ausführungsbedingungen von Zuschlagskriterien und Spezifikationen ihren Voraussetzungen nach unterscheiden, beide aber über den Zuschlag entscheiden können, entschied er sich in „Nord-pas-de-Calais“[49] zwischenzeitlich für das Gegenkonzept. Danach unterscheiden sich die Ausführungsbedingungen, wie der Wortlaut bereits nahe legt, von Zuschlagskriterien vor allem in ihren Rechtsfolgen, die erst nach erfolgtem Zuschlag während der folgenden Ausführung greifen.[50] Letzterer Sichtweise folgt die neue Richtlinie, indem sie nun explizit einen Auftragsbezug fordert und – was mit Blick auf das Vorgesagte besonders zu begrüßen ist – diesen im Sinne von Art. 67 Abs. 3 VRL verstanden wissen will.[51] Mit dieser besonders gelungenen Neuregelung wurde nicht nur das gerade für die Verwirklichung sozialer Belange bedeutsame[52] Instrumentarium der Ausführungsbestimmungen fortgeschrieben und seine Attraktivität für die Praxis durch verstärkte Anwendungssicherheit erhöht, sondern auch die materielle, d.h. kriterienbezogene Ebene innerhalb des Vergabeverfahrens gefestigt.

D. Einzelne Herausforderungen für die Umsetzungsgesetzgebung

Mit Inkrafttreten der Richtlinie am 17.04.2014 hat die zweijährige Umsetzungsfrist in Deutschland begonnen. Im Bereich der Zuschlagskriterien treffen die Neuregelungen aufgrund des deutschen Kaskadensystems auf einen vielgestaltigeren Regelungskontext als dies auf EU-Ebene der Fall ist. Wegen der dennoch nur sehr geringen Ausdifferenzierungen der Zuschlagsregelungen im deutschen Recht bietet sich dem Umsetzungsgesetzgeber jedoch viel Freiraum für die Reaktion auf die Richtlinienänderung, der durch explizite Ermächtigungen an die Mitgliedstaaten noch weiter ausgebaut wird. Um ihn auszufüllen hat der deutsche Gesetzgeber eine Vielzahl von Einzelfragen zu entscheiden, die sich grob in sechs Kernherausforderungen kategorisieren lassen:

45 Bislang (infolge des Zusammenhangs mit Spezifikationen systematisch fragwürdig): Art. 26 VKR.

46 Ausführlich dazu *Ingeborg Diemon-Wies/Stefan Graiche*, Vergabefremde Aspekte – Handhabung bei der Ausschreibung gem. § 97 IV GWB, NZBau 2009, S. 409, sowie aus der europaweiten Literatur *Christopher McCrudden*, Buying Social Justice, 2007, S. 563; *Peter Trepte*, Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide, 2. Aufl. 2007, S. 301; *Caranta* (Fußn. 14), S. 46 ff.

47 EuGH, Urteil v. 20.9.1988, 31/87, NVwZ 1990, S. 353.

48 EuGH, Urteil v. 10.5.2012, C-368/10, EuZW 2012, S. 592.

49 EuGH, Urteil v. 26.9.2000, C-225/98, NJW 2000, S. 3629.

50 Vgl. dazu auch die Rechtsprechungsanalyse von *Totis Kotsonis*, Commission v Netherlands (C-368/10): Environmental and fair trade considerations in the context of a contract award procedure, PPLR 2012, S. NA234, NA242.

51 Erwägungsgrund 104 stellt ebenso nur Besonderheiten der Rechtsfolgen heraus, nicht jedoch der Voraussetzungen.

52 Dass der Einsatz von Ausführungsbedingungen gerade auch der Förderung sozialer Belange bei der Auftragsausführung gilt, stellt Abs. 2 von Erwägungsgrund 98 ausdrücklich klar.

I. Der künftige Regelungsort

Hier stellt sich die sog. Systemfrage: Soll das bislang geltende Kaskadenprinzip aufrechterhalten und nur an einzelnen Stellen nachjustiert werden, oder soll die Gelegenheit genutzt werden, eine gänzlich neue Regelungsstruktur zu etablieren? Dies betrifft freilich weit mehr Aspekte als die hier zu behandelnden.[53] Gleichwohl ergeben sich aus den neu geschaffenen Zuschlagsregelungen einzelne Impulse: Die gesteigerte Komplexität der Zuschlagsregelungen spricht deutlich für die Schaffung einer einheitlichen Regelung des nationalen Vergaberechts auf Ebene des Gesetzes. Durch eine Aufteilung der bislang unbekannten Bandbreite an Bestimmungen auf mehrere Ebenen würde die Rechtsanwendung Gefahr laufen, sich deutlich zu verkomplizieren.[54] Nach dem gegenwärtigen Stand der gesetzgeberischen Überlegungen ist geplant, die wesentlichen Anforderungen an das Vergabeverfahren stärker auf Ebene des Gesetzes (wie bisher im GWB) zu bündeln. Daneben sollen die bisher in VOL/A und VOF getroffenen Regelungen in den Bestimmungen der Vergabeverordnung (VgV) aufgehen. Besondere Bestimmungen soll es noch in der Sektorenverordnung (SektVO), in der Verordnung über die Vergabe in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) und in der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) geben.[55]

II. Das Verhältnis zum Thema Leistungsbeschreibung

Wie bereits beschrieben, hat es der Richtliniengeber weitgehend versäumt, die Themen Zuschlagskriterien und Leistungsbeschreibung normativ zu verzahnen.[56] Dies könnte der deutsche Gesetzgeber bei Gelegenheit der Umsetzung der Richtlinie kompensieren. Sinnvollerweise sollte dies schon auf gesetzlicher Ebene erfolgen, womit die Bestimmungen über die Leistungsbeschreibung erstmals eine adäquate Heimat finden würden. Gegenstand eines solchen gesetzlich geregelten Zusammenhangs könnten neben einer gleichförmigen Ausgestaltung verschiedener Anforderungen[57] v.a. die Auswirkungen sein, die die Art der Leistungsbeschreibung auf die Auswahl der Zuschlagskriterien zeitigt. Generell wird hier gelten: Je konkreter die Leistungsbeschreibung, desto stärker stehen Preis bzw. Kosten als Zuschlagskriterium im Vordergrund. Diese Aussage stellt nicht nur praktisch nutzbare Handlungsmaximen für den Auftraggeber bereit, sie kann auch in konkrete Vorgaben gegossen werden.[58] Dies gilt insbesondere dann, wenn man die Unterscheidung zwischen konstruktiver und funktionaler Leistungsbeschreibung zugrunde legt, die sich bereits jetzt in § 7 Abs. 9-15 VOB/A-EG und

53 Vgl. dazu Editorial von *Burgi* (Fußn. 22), S. 8 f.

54 So auch speziell hinsichtlich der Bestimmungen über die Zuschlagsentscheidung die Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins (Fußn. 41), S. 389.

55 Vgl. dazu das Entwurfspapier des Bundeswirtschaftsministeriums „Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts“ v. 18.11.2014, III.

56 Vgl. aber Abs. 1 von Erwägungsgrund 90, der davon spricht, „dass es öffentlichen Auftraggebern freisteht, angemessene Qualitätsstandards in Form von technischen Spezifikationen oder von Bedingungen für die Auftragsausführung festzulegen.“

57 Vgl. oben C. VI.

58 Vgl. etwa die Zulassung des niedrigsten Preises als einziges Zuschlagskriterium gerade wegen einer besonders detaillierten Leistungsbeschreibung durch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.5.2007, VII-Verg 1/07, NZBau 2007, S. 600, 607.

§ 8 Abs. 2 Nr. 2 VOL/A-EG findet.[59] Während eine funktionale Leistungsbeschreibung allein den Zweck der Leistung festlegt, wird bei einer konstruktiven Beschreibung auch der Weg zu dessen Erreichung vorgegeben.[60] In ersterem Fall wird es der Kreativität der Bieter überlassen, entsprechende Lösungswege zu finden.[61] Entscheidet sich der Auftraggeber für eine solche funktionale Leistungsbeschreibung, ist eine ausschließlich finanzielle Vergleichbarkeit der eingehenden Angebote nicht mehr möglich. Die gerade erhoffte Bandbreite der Lösungsvorschläge erfordert im Rahmen der Zuschlagsentscheidung einen Blick auf die genaue Art der Zielerreichung durch die vorgelegten Konzepte, die erst einen, möglicherweise weit über die Mindestanforderungen hinausgehenden, qualitativen Überschuss erkennen lässt. Dieser Zusammenhang ist so signifikant, dass er in rechtlich verbindliche Vorgaben übersetzt werden kann.[62]

III. Orientierung an der neuen EU-Begrifflichkeit

An der Übernahme der neuen Begrifflichkeiten ins deutsche Recht wird kein Weg vorbei führen. Obwohl dies eine Umgewöhnung in der Praxis erfordert, entstünden im Fall eines Festhaltens an den bisherigen Bezeichnungen Verwechslungsgefahren und das Risiko einer europarechtswidrigen Rechtsanwendung. Dies betrifft in erster Linie den Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots in Art. 97 Abs. 5 GWB. Mit diesem war zunächst ein Zuschlagsmaßstab gemeint, der auf Unionsebene jetzt unter dem besten Preis-Leistungsverhältnis firmiert, er wurde aber bislang europarechtskonform so ausgelegt, wie er nun auch in der neuen Richtlinie, nämlich als Oberbegriff für alle Arten der Zuschlagsentscheidung, gebraucht wird. Bei europarechtskonformer Auslegung auf Basis der *neuen* Richtlinie würde Art. 97 Abs. 5 GWB mithin weiterhin eine Umsetzung des dualen Systems der Zuschlagserteilung bedeuten, während er wegen Art. 67 Abs. 2 UAbs. 3 VRL aber nicht mehr zwingend so verstanden werden müsste (vgl. oben C I). Will der deutsche Gesetzgeber das duale System der Zuschlagskriterien fortführen, sollte er dies künftig explizit, d.h. durch Nennung des niedrigsten Preises bzw. der niedrigsten Kosten und des besten Preis-Leistungsverhältnisses als potentielle Kriterienkategorien klarstellen.

59 Im Rahmen von Vergaben nach der VOF finden im Gegensatz dazu ausschließlich funktionale Leistungsbeschreibungen Verwendung.

60 Vgl. *Martin Schellenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Fußn. 6), § 7 VOB/A Rdnr. 95 m.w.N.

61 Eingehend zu diesen Wechselwirkungen vgl. *Martin Burgi*, Kriterien für die Vergabe von Postdienstleistungen im Gewährleistungsstaat, Vergaberecht 2007, S. 473, sowie aus europäischer Perspektive *Sue Arrowsmith*, The Law of Public and Utilities Procurement, 2. Aufl. 2005, S 145 ff.; *Martin Burgi*, Specifications, in: Trybus/Caranta/Edelstam (Hrsg.), EU Law and Public Contracts, 2013, S. 37, 51.

62 Die Umsetzung einer solchen Bestimmung erfordert freilich ein hohes Maß an Fingerspitzengefühl bei der genauen Umgrenzung des Anwendungsbereichs. Für die Vergabepraxis wird bei einer Beschränkung auf Fälle ausschließlich funktionaler Leistungsbeschreibungen nicht viel gewonnen sein, können diese schon theoretisch kaum vorkommen, vgl. *Schellenberg* (Fußn. 60), § 7 VOB/A Rdnr. 97; zu den daher interessanten „teil-funktionalen Leistungsbeschreibungen“ vgl. *Klaus D. Kapellmann*, in: Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB A und B, 4. Aufl. 2013, § 7 VOB/A Rdnr. 91 ff. Aus ebendiesem Grund und den daraus erwachsenden Abgrenzungsproblematiken die Ablehnung dieses Modells in der Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins (Fußn. 41), S. 389.

IV. Vorgaben für das Verhältnis zwischen finanziellen und leistungsbezogenen Kriterien

Der bereits erwähnte Art. 67 Abs. 2 UAbs. 3 klärt zugunsten des mitgliedstaatlichen Aktionsrahmens, inwieweit ein Ausschluss der reinen Preis- bzw. Kostenvergabe und damit eine Abweichung vom dualen System der Zuschlagskriterien möglich ist. Abweichungen sind für sämtliche Aufträge oder nur für Teilbereiche denkbar, etwa für besonders komplexe Arten von Aufträgen oder beschränkt auf Auftraggeber, die auf die nötigen sachlichen und personellen Ressourcen zurückgreifen können, um eine anspruchsvollere Art der Zuschlagsentscheidung zu schultern. Gleichwohl sollte von keiner dieser Ermächtigungen Gebrauch gemacht werden.

Ein genereller Ausschluss verbietet sich m.E., da bei standardisierten, eindeutig beschreibbaren Auftragsgegenständen der niedrigste Preis bzw. die niedrigsten Kosten das einzig sinnvolle Kriterium für die Zuschlagserteilung darstellen.[63] Für kleinere Auftraggeber bestünde überdies die Gefahr einer Überforderung mit der Ausarbeitung eines anspruchsvollen Kriterienkatalogs mit der Folge erhöhter Anfälligkeit für Vergabefehler. Sinnvoll erscheint mithin der bereits erwähnte Ausschluss der Nur-Preis- bzw. Nur-Kostenvergabe im Falle einer funktionalen Leistungsbeschreibung.

Für den Fall einer Zuschlagsentscheidung anhand einer Kombination aus finanziellen und leistungsbezogenen Elementen sollten keine festen Vorgaben für die Berücksichtigung des Preises im Sinne einer Mindestrelevanz gemacht werden. Zu Recht haben sich derartige Vorstöße in der Rechtsanwendung nicht durchsetzen können.[64] Ihnen sollte durch die Rechtsetzung nun nicht zum Erfolg verholfen werden. Denn eine feste Grenze kann der Vielgestaltigkeit der betroffenen Aufträge – namentlich der Auftragsgegenstände – nicht gerecht werden. Gegensätzlich besteht auch hier die Gefahr, dass die Auftraggeber sich an einer solchen Einsatzschwelle und nicht mehr am jeweiligen Auftragsgegenstand orientieren würden. Der Gefahr, dass der Preis bzw. die Kosten zur Bedeutungslosigkeit verkommen, kann auch nach neuer Rechtslage (wie bisher)[65] wirksam begegnet werden.

V. Zulassung personalbezogener qualitativer Kriterien

Die Zulassung von Charakteristika des eingesetzten Personals als Zuschlagskriterium durch Art. 67 Abs. 2 lit. b) birgt gerade auch für die deutsche Vergaberechtspraxis erhebliches Neuerungspotential. Schon mit der „Sporthallen"-Entscheidung hatte der BGH[66] – noch vor Erlass der Lianakis-Entscheidung des EuGH[67] – eine mit dieser vergleichbar strikte Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien etabliert und einem „Mehr an Eignung" dauerhaft eine Absage erteilt. Die von einzelnen Oberlandesgerichten in der Folge versuchten Aufweichungen

63 Vgl. hierzu auch die Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins (Fußn. 41), S. 389.

64 Zumindest dem Leitsatz dieser Entscheidung nach: OLG Dresden, Beschl. v. 5.1.2001, WVerg 11/00 und WVerg 12/00, VergabeR 2001, S.41; explizit abgelehnt v. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.12.2001, Verg 22/01, NZBau 2002, S. 578, 580 f.; Ausführlich zum Ganzen vgl. *Hans-Peter Kulartz/Daniel Scholz*, Zuschlagskriterien – Grenzen bei der Gewichtung?, VergabeR 2014, S. 109.

65 Vgl. in diesem Zusammenhang etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.1.2013, VII-Verg 33/12, VergabeR 2013, S. 599; Beschl. v. 27.11.2013, VII-Verg 20/13, NZBau 2014, S. 121, 123 f.

66 BGH, Urteil v. 15.4.2008, X ZR 129/06, NZBau 2008, S. 505.

67 EuGH, Urteil v. 24.1.2008, C-532/06, Slg. I 2008, S. 254.

dieser Linie blieben uneinheitlich und haben keine der neuen Richtlinienbestimmung vergleichbare Großzügigkeit erreicht.[68] Diese klärt die bislang bestehende, durch die uneinheitliche Rechtsprechung hervorgerufene Rechtsunsicherheit, indem sie für Zuschlagskriterien nur eine Anknüpfung an das eingesetzte Personal, nicht an das gesamte Personal des Bieters zulässt, und damit eine einheitliche Linie vorgibt.[69] Als beispielhafte Fälle für den Einsatz solcher Kriterien führt Erwägungsgrund 94 „Aufträge für geistig-schöpferische Dienstleistungen, wie Beratungstätigkeiten oder Architektenleistungen" an. Dies würde vordinglich auf den Anwendungsbereich der VOF als möglichen Einsatzort dieser neuen Kriterienkategorie hindeuten.[70] Daneben ist auch an die in Anlage 1 Teil B VGV aufgeführten Dienstleistungen zu denken, für die § 4 Abs. 2 S. 2 i.V.m. S. 1 Nr. 2 VGV bereits jetzt eine Berücksichtigung von Organisation, Qualifikation und Erfahrung des eingesetzten Personals erlaubt, freilich nur bis zu einer Gewichtung von maximal 25 %, und der insoweit Modell für eine deutsche Neuregelung stehen kann.

Auf diese Anwendungsfälle sollte sich der Gesetzgeber m.E. jedoch mit Blick auf das Vorgesagte nicht beschränken. Auch sollte von der Festlegung starrer Gewichtungsobergrenzen abgesehen werden. Der Gefahr eines „Hoflieferantentums"[71] wird schon dadurch begegnet, dass zum einen Art. 67 Abs. 2 lit. b) VRL selbst als Einschränkung einen möglichen „erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung" vorbringt und zum anderen durch den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsatz der Nichtdiskriminierung. Es ist überdies nicht einsichtig, weshalb für das Verhältnis von Zuschlags- und Eignungskriterien gänzlich anderes gelten sollte als für das Verhältnis von Zuschlagskriterien zur Leistungsbeschreibung: In letzterem Fall steht es dem Auftraggeber unstreitig offen, seine Anforderungen an die Leistung als Minimalziel in der Leistungsbeschreibung zu formulieren, oder, flexibler, als Zuschlagskriterium, bei dessen Anwendung Überschreitungen positiv gewertet, Unterschreitungen durch gute Bewertungen bei anderen Kriterien aufgefangen werden können. Und letztlich erscheint es ebenso berechtigt wie wünschenswert, kompetentes Personal in der „Servicewüste Deutschland"[72] auch bei öffentlichen Aufträgen zum Einsatz kommen zu lassen.

VI. Förderung einer nachhaltigen Beschaffungspolitik

Die in Art. 67 Abs. 3 VRL getroffenen nachvollziehbaren Festlegungen sollte der deutsche Gesetzgeber auch im nationalen Recht fortschreiben. Eine Kodifizierung würde schon angesichts der entscheidenden Bedeutung dieses Kriteriums für die strategische Beschaffung einen gewichtigen Beitrag für eine erleichterte Rechtsanwendung bedeuten.[73] Um eine Ausrichtung

68 Vgl. die ausführliche Zusammenstellung und Analyse der seitdem ergangenen Rechtsprechung der Vergabesenate bei *Dittmann* (Fußn. 15), S. 748 ff, sowie bei *Annette Mutschler-Siebert/Oliver M. Kern,* in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.), Handbuch des Vergaberechts, 2014, S. 784 ff.

69 Angesichts der bisherigen Unübersichtlichkeit der obergerichtlichen Vorgaben besonders begrüßt von *Dittmann* (Fußn. 15), S. 752.

70 Aktuell ist seit der Vergaberechtsreform 2009 dort in § 11 Abs. 5 S. 2 sogar strenger als in den anderen Vergabeordnungen festgelegt, dass „bei der Festlegung dieser Zuschlagskriterien (…) auf die klare und nachvollziehbare Abgrenzung zu den Eignungskriterien" zu achten ist.

71 So etwa (m.E. übertrieben kritisch) *Summa* (Fußn. 41), S. 736.

72 Nach Spiegel Nr. 51/1995, S. 82.

73 Vgl. zur bislang gültigen Rechtslage in Deutschland *Mutschler-Siebert/Kern* (Fußn. 58) S. 786 ff.

der Vergabe an Nachhaltigkeitszielen darüber hinaus zu fördern, bedarf es eines sehr vorsichtigen Umgangs mit dem neu geregelten Lebenszykluskosten-Ansatz. Angesichts der diskutierten Schwierigkeiten[74] gilt es m.E. hier zuvörderst, das Element der „Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen" einzudämmen.[75] Schließlich erscheint es auch diskutierbar, den Auftraggebern vorzuschreiben, ökologische Zielsetzungen bevorzugt nicht auf der Ebene der Zuschlagskriterien, sondern in der Leistungsbeschreibung (konstruktiv oder funktional und insbesondere auch unter Verwendung von Gütezeichen[76]) sowie durch Spezifikationen i.S.v. Anhang VII zu verfolgen.[77]

E. Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten

Die neuen Vorschriften zum Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten in Art. 69 greifen im Wesentlichen den Regelungsinhalt der Vorgängerbestimmungen des Art. 55 VKR auf. Erscheint dem öffentlichen Auftraggeber ein Angebot als besonders niedrig, kann er gemäß Abs. 1, bezogen auf die in Abs. 2 angeführten Gegenstände, Erläuterung durch den Bieter verlangen. Die Bewertung der Informationen hat nach Abs. 3 S. 1 mittels Rücksprache mit diesem zu erfolgen. Abweichungen zu Art. 55 VKR sowie zu den insoweit entsprechenden nationalen Vorschriften in § 16 Abs. 6 Nr. 1 und 2, Abs. 8 VOB/A-EG, § 19 Abs. 6, 7 VOL/A-EG, ergeben sich erst mit Blick auf die Rechtsfolgen bei unzureichender Erklärung des ungewöhnlich niedrigen Preisniveaus. Hier erkennt Art. 69 Abs. 3 VRL dem Auftraggeber eindeutig einen Ermessensspielraum zu, während nach bisherigem deutschem Rechtsverständnis ein Ausschluss zwingend zu erfolgen hat.[78] Eine Ausnahme gilt jedoch für die Fälle, in denen der Grund für die Preisgestaltung in der Nichteinhaltung von verbindlichen sozial-, arbeits- oder umweltrechtlichen Vorschriften i.S.v. Art. 18 II, Abs. 3 UAbs. 2 liegt. Dann ist die Ablehnung obligatorisch. Sondervorschriften bestehen weiterhin den Fall einer zugrundeliegenden staatlich gewährten Beihilfe.

Dass sich die Idee einer anfänglich in den Entwürfen definierten Aufgriffsschwelle für den Fall, dass der Preis bzw. die Kosten mehr als 50% unter dem Durchschnitt der übrigen Angebote oder mehr als 20 % unter dem zweitniedrigsten Angebot liegen[79], nicht durchgesetzt hat, ist letztlich zu begrüßen. Zum einen kann eine solche Pauschalisierung der Vielgestaltigkeit der öffentlichen Auftragsvergabe kaum gerecht werden. Während bei stark standardisierten Produkten durchaus geringere Abweichungen Anlass zur Aufklärung geben können, sind ins-

74 Vgl. oben C.III.

75 In diese Richtung auch *Jochem Gröning*, Die neue Richtlinie für die öffentliche Auftragsvergabe – ein Überblick, VergabeR 2014, S. 339, 346.

76 Vgl. oben C.VI; dies auch explizit angesprochen im Entwurfspapier des Bundeswirtschaftsministeriums (Fußn. 55), IV. 2.

77 So auch *Kunzlik* (Fußn. 38), S. 112, sowie *Ute Jasper/Christopher Marx*, "Buy Green – Buy Social": Paradigmenwechsel im Vergaberecht, in: Prieß/Lau/Kratzenberg (Fußn. 28), S. 329, 333 ff.

78 Vgl. *Anne-Christin Frister*, in: Kapellmann/Messerschmidt (Fußn. 52), § 16 VOB/A Rdnr.123 ff.

79 Letzterer Wert entspricht dabei auch der von einigen deutschen Vergabesenate gezogenen Grenze, vgl. OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 30.3.2004, 11 Verg 4/04; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.3.2005, VII-Verg 77/04.

besondere bei der Suche nach innovativen Lösungsmöglichkeiten vorstellbaren Preisabweichungen kaum Grenzen gesetzt. Und selbst wenn dem Auftraggeber bei seiner immer komplexer werdenden Vergabeentscheidung ein weiter gefasster Schwellenmaßstab zuerkannt würde, wäre die Gefahr zu groß, dass er sich zu stark hieran orientiert und bei Nichterreichen der Aufgriffsschwelle von weiteren Nachfragen pauschal absehen würde. Auch bei der Umsetzung ins deutsche Recht sollte daher von der Einführung fester Grenzen zugunsten der flexiberen Handhabung durch die Rechtsprechung abgesehen werden.

F. Fazit

Ungeachtet der systematisch und terminologisch nicht leicht zugänglichen Neufassung hat der Richtliniengeber eine durchaus gelungene Gesamtregelung der Zuschlagskriterien erarbeitet. Die gesteigerte Detailfülle ist als angemessene Reaktion auf eine zunehmende Komplexität in der Vergabepraxis zu begrüßen, bedeutet sie für den Auftraggeber doch mehr Rechtssicherheit, insbesondere was die Möglichkeiten der Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen betrifft. Gerade im Hinblick auf eine normative Klarstellung der vielen Verbindungen zu den anderen Entscheidungsebenen innerhalb der Vergabeentscheidung ist die neue Richtlinie jedoch hinter ihren Möglichkeiten zurückgeblieben. Erst dadurch würde dem Auftraggeber eine rechtssichere Grundlage bereitgestellt, auf der er ein durchdachtes Zusammenspiel aus Leistungsbeschreibung, Zuschlagskriterien, Eignungskriterien und Ausführungsbedingungen entfalten kann. Es bleibt zu hoffen, dass der deutsche Gesetzgeber sich nicht auf den bloßen Transfer der EU-Regelungen beschränkt, sondern initiativ eigene Impulse setzt bzw. nur von denjenigen Ermächtigungen Gebrauch macht, die der Flexibilität, der Verfahrensvereinfachung und der Verfahrensgerechtigkeit zu dienen versprechen. Bei kluger Umsetzung kann hier eine deutliche Verbesserung der Rechtssicherheit erreicht werden und die Ebene der Zuschlagskriterien würde erstmals in dem ihr gebührenden Licht erstrahlen.

Vertragsänderungen im reformierten EU-Vergaberecht

von

DR. WOLFRAM KROHN*

A. Einleitung 75

B. Ausgangslage 76

C. Die Neuregelungen der neuen Richtlinien 78

I. Die Neuregelungen im Überblick 78

II. Die Fallgruppen im Einzelnen 79

1. Änderungen aufgrund von Überprüfungs- und Optionsklauseln 79
2. Nachträglich erforderlich gewordene Zusatzleistungen 80
3. Änderungen aufgrund unvorhergesehener Umstände 81
4. Geringfügige Änderungen 82
5. Austausch des Auftragnehmers 83
6. Unwesentliche Änderungen im Sinne der „Pressetext"-Leitlinien 85

III. Neu: Zwingende Kündigungsmöglichkeit bei Verstoß 86

D. Wie sollen wesentliche Vertragsänderungen ausgeschrieben werden? 87

E. Fazit 89

A. Einleitung

Nur wenige öffentliche Aufträge, jedenfalls solche komplexer oder längerfristiger Art, werden exakt so abgewickelt wie sie erteilt wurden. In vielen Fällen ergibt sich nach Vertragsschluss Änderungsbedarf, der mal kleiner, mal größer ausfällt. In der Privatwirtschaft können die Parteien darauf nach Gutdünken mit vertraglichen Anpassungen reagieren. Bei öffentlichen Aufträgen sind dagegen die Grenzen des Vergaberechts zu beachten. Wo diese verlaufen, wird seit langem diskutiert. Der EU-Gesetzgeber hat die Problematik in den neuen Richtlinien nun erstmals aufgegriffen und in Artikel 72 der „klassischen" Richtlinie 2014/24/EU, Artikel 89 der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU und Artikel 43 der neu geschaffenen Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU ausdrückliche Regelungen zu den Grenzen nachträglicher Vertragsänderungen getroffen.

* Der Autor ist Partner der Sozietät Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP, Berlin.

Die Einführung der Regelungen war im Gesetzgebungsverfahren nicht unumstritten. So wurde u.a. von der Bundesregierung ein Regelungsbedarf mit der Begründung verneint, dass die Materie nicht das Vergabeverfahren beträfe, sondern rein vertragsrechtlicher Natur sei und daher nicht in den Regelungsbereich der Richtlinie falle.[1] Diese Einwendungen vermögen weder dogmatisch noch praktisch zu überzeugen. Die Kritiker verkennen, dass eine Vertragsänderung bereits bei schlichter Gesetzesanwendung alle Merkmale eines öffentlichen Auftrags im Sinne des GWB erfüllt. Denn die Änderung eines Vertrags erfolgt nach deutschem Zivilrecht ebenfalls durch Vertrag.[2] Dieser Vertrag wird zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen geschlossen und hat die Erbringung von Leistungen gegen Entgelt zum Gegenstand. Damit sind alle Merkmale eines öffentlichen Auftrags im Sinne von § 99 GWB erfüllt.

Dementsprechend verstehen Rechtsprechung, Wissenschaft und Praxis die nachträgliche Änderung eines einmal erteilten öffentlichen Auftrags seit jeher als vergaberechtliches Problem. Insbesondere die Rechtsprechung sah wesentliche Änderungen eines auszuschreibenden öffentlichen Auftrags ohne erneute Ausschreibung sogar schon vor Einführung des GWB-Vergaberechts als rechtswidrig an.[3] Auch nach Einführung des GWB-Vergaberechts wurde die Frage, wann Vertragsänderungen eine Pflicht zur Neuausschreibung begründen, in Rechtsprechung[4] und Schrifttum[5] von Anfang an thematisiert. Auch in der Praxis war ein Bedürfnis nach Klarstellung der vergaberechtlichen Grenzen von Vertragsänderungen seit langem unübersehbar. Angesichts dessen ist allenfalls überraschend, dass die gemeinschaftsrechtliche Kodifizierung so lange auf sich hat warten lassen.

B. Ausgangslage

Mangels ausdrücklicher gemeinschaftsrechtlicher oder innerstaatlicher Regelungen blieb es bisher der Rechtsprechung überlassen, die Möglichkeiten und Grenzen ausschreibungsfreier Vertragsänderungen abzustecken. Als Faustformel hat sich seit langem die „Wesentlichkeit" der Änderung als entscheidendes Kriterium etabliert. Nach ganz herrschender Meinung können Aufträge nach Zuschlagserteilung zwar grundsätzlich geändert werden. Unzulässig sind

1 Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zum Grünbuch der Kommission über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, S. 8, einzusehen unter https://circabc.europa.eu.

2 Vgl. hierzu *Markus Gehrlein/Holger Sutschet*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), BGB, § 311, Rdnr. 31.

3 OLG München, Urteil v. 28.3.1996, U (K) 4720/95; der Fall betraf die seinerzeit noch auf Kartellrecht gestützte Überprüfung der Änderung eines Abfallentsorgungsvertrags.

4 Siehe etwa VG Frankfurt (Oder), Beschl. v. 23.2.2000, 1 L 826/99; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.2.2010, Verg 13/00, WuW/E Verg 456; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.6.2001, Verg 3/01 – „Eckpunktepapier", NZBau 2001, S. 696.

5 Siehe insbesondere *Hans-Joachim Prieß*, in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, 1999, S. 47 ff.; *Fridhelm Marx*, Verlängerung bestehender Verträge und Vergaberecht, NZBau 2002, S. 311, 313; *Hans-Martin Müller*, Langfristige Vertragsverhältnisse der Kommunen mit kommunalen Tochtergesellschaften am Beispiel von Strombezugsverträgen, NZBau 2001, S. 416, 522.

jedoch Eingriffe, die als „wesentliche Änderung“ anzusehen sind, da sie einer Neuvergabe gleichkommen.[6]

Der EuGH hat diesen Grundsatz in der „Pressetext“-Entscheidung von 2008 bestätigt.[7] Zugleich gebührt dem EuGH das Verdienst, in dieser Entscheidung erstmals zwar abstrakte, gleichwohl aber plastische Leitlinien vorgegeben zu haben, anhand derer beurteilt werden kann, ob eine Vertragsänderung im vergaberechtlichen Sinne als wesentlich anzusehen ist. Danach sind Änderungen wesentlich, wenn einer der folgenden Fälle vorliegt:

- Durch die Änderung werden Bedingungen eingeführt, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahren gewesen wären;[8]
- der Auftrag wird in großem Umfang auf bisher nicht vorgesehene Leistungsgegenstände erweitert;[9]
- das wirtschaftliche Gleichgewicht wird in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zugunsten des Auftragnehmers verändert.[10]

Darüber hinaus konstatierte der EuGH, dass der Austausch des Auftragnehmers grundsätzlich als wesentliche Vertragsänderung anzusehen ist, sofern es sich nicht bloß um eine „rein interne“ Umstrukturierung auf Seiten des Auftragnehmers handelt.[11]

Anhand dieser Rechtsprechung[12] war es seither zwar möglich, die Grenzen nachträglicher Vertragsänderungen in vielen Fällen einigermaßen verlässlich zu beantworten. Angesichts des nach wie vor hohen Abstraktionsgrads der vom Gerichtshof formulieren Abgrenzungsformeln verblieb jedoch weiterhin erheblicher Raum für Unsicherheit. Es kam hinzu, dass die „Pressetext“-Leitlinien in der weiteren Rechtsprechung teilweise zu Auslegungen führten, die in der Praxis als zu eng empfunden wurden.[13]

6 Siehe insbesondere die Nachweise oben in Fußn. 3, 4 und 5 sowie OLG Celle, Beschl. v. 29.10.2009, 13 Verg 8/09 – „Blaue Tonne“; EuGH, Urteil v. 19.6.2008, C-454/06 – „Pressetext“; EuGH, Urteil v. 29.4.2010, C-160/08 – „Rettungsdienste“, Rdnr. 99; vgl. auch schon EuGH Urteil v. 5.10.2000, C-337/98 – „Stadtbahn Rennes/Matra“, Rdnr. 44; *Jan Byok/Nicola Jansen*, Durchbruch für das A-Modell im Fernstraßenausbau?, NZBau 2005, S. 421, 423 f.; *Heiko Höfler/Magnus Noll-Ehlers*, Ausschreibungspflichten bei der Änderung von Entgeltabreden im Rahmen laufender Verträge, NJOZ 2007, S. 2742, 2743; *Wolfram Krohn*, Vertragsänderung und Vergaberecht – Wann besteht eine Pflicht zur Neuausschreibung?, NZBau 2008, S. 619 ff.

7 EuGH, Urteil v. 19.6.2008, C-454/06 – „Pressetext“.

8 EuGH, ebd., Rdnr. 35.

9 EuGH, ebd., Rdnr. 36.

10 EuGH, ebd., Rdnr. 37.

11 EuGH, ebd., Rdnr. 40 f.

12 Zu dieser Rechtsprechung kann noch die Entscheidung EuGH, Urteil v. 5.10.2000, C-337/98 – „Stadtbahn Rennes / Matra Transport“ hinzugezählt werden, in der der Gerichtshof bei einem Vertrag zur Beschaffung eines führerlosen Stadtbahnsystems den Umstieg ein Fahrzeug-Nachfolgemodell mit leicht abweichenden technischen Spezifikationen als nicht wesentlich und damit vergaberechtlich irrelevant eingestuft hat.

13 So wurden etwa die Ausführungen des EuGH im Urteil v. 29.4.2010, C-160/08 – „Rettungsdienste“, Rdnr. 100 f., teilweise so verstanden, dass eine Auftragserweiterung immer schon dann

C. Die Neuregelungen der neuen Richtlinien

I. Die Neuregelungen im Überblick

Sowohl die klassische Richtlinie RL 2014/24/EU als auch die Sektorenrichtlinie RL 2014/25/EU und die Konzessionsrichtlinie RL 2014/22/EU enthalten nunmehr detaillierte Regelungen, wann Änderungen ohne Neuausschreibung möglich sind. Die Regelungen der drei Richtlinien sind weitestgehend identisch. Im Folgenden werden daher nur die Regelungen der klassischen Richtlinie explizit erwähnt; auf die Parallelvorschriften der Sektoren- und Konzessionsrichtlinie wird nur eingegangen, soweit sich Unterschiede ergeben.

Die neuen Richtlinien greifen den Wesentlichkeitsgrundsatz und die „Pressetext"-Leitlinien als Abgrenzungskriterium auf. Änderungen, die bisher mangels Wesentlichkeit im Sinne der Leitlinien zulässig waren, sind auch weiterhin zugelassen (Artikel 72 Abs. 1 lit. e) i.V.m. Abs. 4 RL 2014/24/EU).

Für eine Reihe praxisrelevanter Fälle werden darüber hinaus jedoch konkrete Voraussetzungen formuliert, unter denen Vertragsänderungen unabhängig von der Frage der Wesentlichkeit zugelassen sind. Im Schrifttum sind diese Fallgruppen bzw. Voraussetzungen treffend als „White List" bezeichnet worden.[14]

Der praktische Nutzen der Fallgruppen ist ein doppelter: Zum einen ersparen sie dem Anwender eine Prüfung anhand der Wesentlichkeits-Leitlinien. Zum anderen kommen sie dem Bedürfnis der Praxis entgegen, in bestimmten Fällen auch solche Änderungen vornehmen zu können, die nach überkommener Rechtsprechung typischerweise als wesentlich einzustufen und darum unzulässig wären. Die Richtlinien schaffen insoweit größere Spielräume. Die Wesentlichkeitsprüfung hat damit letztlich nur noch Auffangfunktion.

Nach der Neuregelung sind Änderungen ohne Prüfung der Wesentlichkeit in folgenden Fällen zulässig:

- Änderungen aufgrund konkreter vertraglicher Überprüfungs- und Optionsklauseln;[15]
- die Bestellung nachträglich erforderlich gewordener Zusatzleistungen, wenn ein Auftragnehmerwechsel aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen ausgeschlossen ist, sofern die Mehrkosten 50 % des ursprünglichen Auftragswerts nicht übersteigen;[16]

wesentlich ist, wenn der Wert der Zusatzleistungen den anwendbaren EU-Schwellenwert übersteigt; siehe z.B. OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.8.2011, XI Verg 3/11; *Klaus Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz (Hrsg.), GWB-Vergaberecht, 3. Aufl. 2014, § 99, Rdnr. 285. Bei großvolumigen Dienstleistungsaufträgen mit einem Auftragswert von über 20 Mio. EUR (wie sie z.B. im Abfallbereich, aber auch in der IT nicht selten sind) wären damit bereits Änderungen, die mit Zusatzleistungen von nur rund 1 Prozent des Ausgangswerts verbunden sind, als „wesentlich" einzustufen, was in der Praxis nachvollziehbarer Weise auf Unverständnis stößt.

14 Von *Opitz* beispielsweise als „White List" bezeichnet; *Marc Opitz*, Was bringt die neue Sektorenvergaberichtlinie?, VergabeR 2014, S. 369, 382.

15 Art. 72 Abs. 1 lit. a).

16 Art. 72 Abs. 1 lit. b).

- Änderungen aufgrund unvorhersehbarer Umstände, wenn der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert wird, bis zu einer Mehrkostengrenze von 50 % des ursprünglichen Auftragswerts;[17]
- kleinere Änderungen, deren Wert weder den jeweiligen EU-Schwellenwert noch 10 % des Auftragswerts (bei Lieferungen und Dienstleistungen) bzw. 15 % des Auftragswerts (bei Bauaufträgen) übersteigt;[18]
- die Auswechslung des Auftragnehmers gegen einen anderen, ebenfalls geeigneten Auftragnehmer im Rahmen einer Umstrukturierung, oder im Rahmen einer direkten Übernahme der Zahlungspflichten des Hauptauftragnehmers gegenüber Nachunternehmern.[19]

Dogmatisch mag man diskutieren, ob es sich bei den o.g. Fallgruppen – mit Ausnahme der Ausübung vertraglicher Optionen, die insoweit nicht vergleichbar sind – um unwiderlegliche gesetzliche Vermutungen der Unwesentlichkeit oder um echte Ausnahmetatbestände handelt. Angesichts des Umstands, dass die neuen Regelungen vergabefreie Änderungen nunmehr auch in Fallkonstellationen zulassen, die auf Basis der überkommenen Leitlinien unter qualitativen oder quantitativen Aspekten als „wesentlich" zu charakterisieren sein dürften,[20] spricht viel für die letztgenannte These (d.h. echte Ausnahmen). Das gilt insbesondere für die neu eingeführte 50 %-Wertgrenze für bestimmte Zusatzleistungen bzw. Änderungen aufgrund unvorhersehbarer Umstände. Letztlich kann die Einordnung als Ausnahmeregelung oder unwiderlegliche gesetzliche Vermutung offen bleiben; für die Praxis ist allein entscheidend, ob die Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt sind.

II. Die Fallgruppen im Einzelnen

1. Änderungen aufgrund von Überprüfungs- und Optionsklauseln

Art. 72 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie stellt zunächst klar, dass Änderungen stets zulässig sind, wenn sie auf „klaren, präzisen und eindeutig formulierten Überprüfungsklauseln oder Optionen" beruhen. Diese Vorgabe ist inhaltlich nicht neu, sondern entspricht seit jeher der Rechtsprechung des EuGH im „Pressetext"-Fall[21] sowie der deutschen Rechtsprechung.[22] Hintergrund ist, dass solche Änderungen funktional betrachtet den Vertrag nicht wirklich ändern, sondern als Umsetzung des bestehenden Vertrags begriffen werden können.[23]

17 Art. 72 Abs. 1 lit. c).
18 Art. 72 Abs. 2.
19 Art. 72 Abs. 1 lit. d).
20 Siehe dazu unten Text zu Fußn. 26 und 27.
21 EuGH, Urteil vom 19.6.2008, C-454/06 – „Pressetext", Rdnr. 68.
22 Vgl. z.B. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.7.2011, VII Verg 20/11; *Eschenbruch* (Fußn. 13), § 99, Rdnr. 277.
23 Vgl. EuGH, Urteil vom 19.6.2008, C-454/06 – „Pressetext", Rdnr. 84; im gleichen Sinne bereits *Marx* (Fußn. 5), NZBau 2002, S. 312, sowie OLG Celle, Beschl. v. 4.5.2001, 13 Verg 5/00, VergabeR 2001, S. 325, 326; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.06.2001, Verg 3/01; OLG Rostock, Beschl. v. 5.2.2003, 17 Verg 14/02; Thüringer OLG, Beschl. v. 14.10.2003, 6 Verg 5/03; EuGH, Urteil v. 29.4.2004, C-496/99P (CAS Succhi di Frutta SpA); OLG Hamburg, Beschl. v. 25.1.2007, 1 Verg 5/06.

Die Kodifizierung enthält allerdings die begrüßenswerte Klarstellung, dass solche Überprüfungsklauseln bzw. Optionen Angaben zu Umfang und Art möglicher Änderungen oder Optionen sowie zu den Bedingungen enthalten müssen, unter denen sie zur Anwendung kommen können. Von der Sache her ist auch das nicht neu. Insbesondere besteht seit Langem Einigkeit, dass ganz allgemein gehaltene Änderungsklauseln, die weder den konkreten Anlass in Aussicht genommener Änderungen noch deren Inhalt klar erkennen lassen, keine Basis für vergabefreie Anpassungen sind.[24] Erst recht gilt das für die allgemeinen Regelungen in § 2 VOB/B und VOL/B zum Änderungsanordnungsrecht des Auftraggebers.[25] Die ausdrückliche Erwähnung des Erfordernisses, Anlass und Inhalt einer eventuellen Änderung schon im ursprünglichen Vertrag zu beschreiben, hebt jedoch die besondere Bedeutung dieser Bedingung hervor.

Dass Überprüfungs- und Optionsklauseln den Beteiligten keine uferlosen (Interpretations-) Spielräume eröffnen dürfen, wird weiter betont durch das ohne Scheu vor Tautologie formulierte Erfordernis, dass die Klauseln „klar, präzise und eindeutig" gefasst sein müssen. Damit wird nochmals hervorgehoben, dass ausschließlich die Möglichkeit eröffnet werden soll, einem vorab bereits antizipierten konkreten Änderungsbedarf in vergaberechtssicherer Weise Rechnung tragen zu können. An die Prüfung, ob die Klauseln insoweit hinreichend „klar, präzise und eindeutig" sind, wird daher künftig ein strenger Maßstab anzulegen sein.

2. Nachträglich erforderlich gewordene Zusatzleistungen

Artikel 72 Abs. 1 lit. b) der Richtlinie gestattet die Beauftragung nachträglich erforderlich gewordener Zusatzleistungen, wenn ein Wechsel des Auftragnehmers (i) aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen, insbesondere fehlender Kompatibilität mit bereits beschafften Ausrüstungen, Dienstleistungen oder Anlagen, nicht erfolgen kann, und (ii) mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten verbunden wäre, soweit (iii) der Mehrpreis 50 % des ursprünglichen Auftragswertes nicht übersteigt.

Die alte Vergaberichtlinie 2004/18/EG verwies – in Bezug auf Lieferaufträge – für Zusatzleistungen, bei denen ein Auftragnehmerwechsel wegen technischer Inkompatibilität ausgeschlossen ist, noch auf das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung (Art. 31 Nr. 2 lit. b) RL 2004/18/EG). Nach herkömmlicher Lesart konnte somit gerade nicht von einer vergaberechtsneutralen unwesentlichen Änderung gesprochen werden. Die Neuregelung stellt insoweit einen Paradigmenwechsel dar.

Unklar ist, ob die beiden Voraussetzungen, dass ein Wechsel des Auftragnehmers (i) „aus wirtschaftlichen und technischen Gründen nicht erfolgen kann" und (ii) zu „erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten" führt, kumulativ oder alternativ vorliegen müssen. Der Wortlaut („und") scheint zunächst nahezulegen, dass beide Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen. Eine nähere Betrachtung zeigt jedoch, dass die Regelung bei dieser Lesart widersprüchlich wäre. Denn kann ein Auftragnehmerwechsel im Sinne der ersten Voraussetzung von vornherein nicht erfolgen, kann sich die Frage, ob ein solcher Wechsel im

[24] So bereits VG Frankfurt (Oder), Beschl. v. 23.2.2000, 1 L 826/99; *Krohn* (Fußn. 6), NZBau 2008, S. 625; ebenso EU-Kommission, Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004), S. 327 endg., Rdnr. 47.

[25] *Krohn* (Fußn. 6), NZBau 2008, S. 625.

Sinne der zweiten Voraussetzung zu erheblichen Schwierigkeiten oder Zusatzkosten führt, streng genommen nicht mehr stellen. Die schlüssigste Interpretation ist daher, die beiden Voraussetzungen in der Weise zusammen zu lesen, dass wirtschaftliche oder technische Gründe vorliegen müssen, aufgrund derer ein Wechsel des Auftragnehmers entweder unmöglich ist oder aber zu erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den Auftraggeber führen würde. Im Ergebnis läuft das auf einen – strengen – Zumutbarkeitstest hinaus.

Die Wertgrenze für die Zusatzleistungen von bis zu 50 % des ursprünglichen Auftragswerts stellt eine echte Ausweitung des Handlungsspielraums dar. Denn nach bisheriger Rechtslage wäre die Wesentlichkeitsgrenze wohl schon bei 10 bis maximal 20 Prozent [26] oder sogar unabhängig von einer Prozentgrenze ab Übersteigen des EU-Schwellenwerts[27] gezogen worden. Die Ausweitung entspricht einem erheblichen Bedürfnis der Praxis, u.a. im Bereich längerfristiger IT-Verträge, für die sich bisherigen niedrigeren Schwellen als schwer handhabbar erwiesen hatten.

Ein weiterer, erheblicher Gewinn an Flexibilität ergibt sich aus der – für viele Beobachter überraschenden – Regelung, dass bei aufeinanderfolgenden Zusatzbestellungen die 50%-Schwelle jeweils neu beginnt. Der Auftragswert kann sich damit durch mehrere konsekutive Änderungen im Extremfall vervielfachen, ohne dass eine Neuausschreibung notwendig wird. Die Regelung enthält zwar den klarstellenden Zusatz, dass solche konsekutiven Änderungen nicht in der Absicht vorgenommen werden dürfen, die Ausschreibungspflicht zu umgehen. Der Praxisbefund legt allerdings nahe, dass die Regelung doch erhebliches Missbrauchspotential birgt, welches einzudämmen künftig Aufgabe der Rechtsprechung sein dürfte.

3. Änderungen aufgrund unvorhergesehener Umstände

Artikel 74 Abs. 1 lit. c) der neuen Richtlinie gestattet Änderungen, die durch Umstände erforderlich geworden sind, die auch für einen sorgfältigen Auftraggeber unvorhersehbar waren, sofern der Gesamtcharakter des Auftrags unverändert bleibt und eine etwaige Preiserhöhung 50 % des ursprünglichen Auftragswerts nicht übersteigt.

Auch diese Regelung ist in gewisser Weise ein Paradigmenwechsel, nachdem die alte Vergaberichtlinie 2004/18/EG – in Bezug auf Bau- und Dienstleistungsaufträge – für Zusatzleistungen, die aufgrund unvorhergesehener Umstände erforderlich wurden, grundsätzlich (allerdings auch nur unter bestimmten Voraussetzungen) auf das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung verwies (Art. 31 Nr. 4 lit. a) der RL 2004/18/EG), d.h. grundsätzlich von einer Pflicht zur Neuvergabe ausging.

Die Voraussetzungen der Neuregelung sind im Vergleich zu Art. 31 Nr. 4 lit. a) der RL 2004/18/EG allerdings insoweit strenger, als die Umstände, die die Änderung notwendig gemacht haben, „unvorhersehbar" gewesen sein müssen. Nach der alten Regelung reichte es aus, dass die zusätzlichen Leistungen im ursprünglichen Entwurf „nicht vorgesehen" waren. Durch

[26] Vgl. OLG Celle, NZBau 2010, S. 194, 196; in dem Fall erachtete das OLG Celle eine Entgelterhöhung von 10 % als ausreichend. Ebenso *Hans-Peter Kulartz/Jan Duikers*, Ausschreibungspflicht bei Vertragsänderungen, VergabeR 2008, S. 728 f.

[27] OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.8.2011, XI Verg 3/11; *Eschenbruch* (Fußn. 13), GWB-Vergaberecht, § 99, Rdnr. 285. Siehe dazu auch oben, Fußn. 13.

die Betonung, dass es dabei auf die Vorhersehbarkeit für einen mit pflichtgemäßer Sorgfalt handelnden Auftraggeber ankommt, wird klargestellt, dass bei der Prüfung ein strenger Maßstab anzulegen ist.[28] Änderungen, die bei sorgfältiger Planung hätten vermieden werden können, fallen demnach nicht unter die Regelung.[29] Es ist absehbar, dass sich künftiger Streit über die Regelung vermutlich vor allem an dieser Einschränkung entzünden wird.

Auf die in der alten Vergaberichtlinie noch enthaltene Voraussetzung, dass die neuen Leistungen sich nicht ohne Nachteil von der bisherigen Leistung trennen lassen bzw. zur Vollendung der Leistung zwingend erforderlich sind, wurde in der Neuregelung verzichtet. Hierin liegt eine spürbare Ausweitung des Spielraums. Indes erlaubt die Neuregelung nicht jedwede Änderung. Vielmehr muss der „Gesamtcharakter des Auftrags" unverändert bleiben. Diese Grenze dürfte allerdings nur bei ganz grundlegenden Änderungen überschritten sein, die die Identität des Vorhabens berühren.[30]

Die Wertgrenze von bis zu 50 % des ursprünglichen Auftragswerts entspricht derjenigen in Art. 31 Nr. 4 lit. a) der alten Richtlinie 2004/18/EG. Nachdem diese Bestimmung jedoch gerade keine vergabefreie Änderung eröffnete, sondern lediglich ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung, liegt in der Neuregelung auch insoweit eine echte Ausweitung; die Ausführungen oben unter 2. zu Zusatzleistungen gem. Artikel 72 Abs. 1 lit. b) RL 2014/24/EU gelten entsprechend. Die Ausweitung trägt insbesondere den Praxisbedürfnissen des Bauwesens Rechnung, wo Nachträge gerade bei komplexen Bauvorhaben oftmals zu Kostensteigerungen führen, die die Grenze von 10 bis 20 Prozent deutlich überschreiten.

Auch für Änderungen aufgrund unvorhersehbarer Umstände kann die 50 %-Wertgrenze erforderlichenfalls mehrfach in Anspruch genommen werden, womit im Ergebnis auch Änderungen ermöglicht werden, die sukzessive zu einer Vervielfachung des Auftragswerts führen. Dass die Regelung auch in diesem Zusammenhang – trotz des ausdrücklichen Umgehungsverbots – gewisses Missbrauchspotential birgt, liegt auf der Hand.

4. Geringfügige Änderungen

Artikel 74 Abs. 2 der neuen Richtlinie gestattet Änderungen unabhängig von der Frage der Wesentlichkeit immer schon dann, wenn ihr Wert weder den jeweiligen EU-Schwellenwert noch die Grenze von 10 Prozent (bei Lieferungen und Dienstleistungen) bzw. 15 Prozent (bei

28 A.A. offenbar *Annette Rosenkötter/Aline Fritz*, Vertragsänderungen nach den neuen Richtlinien, VergabeR 2014, S. 290, 293, denen zufolge „sich eine Unvorhersehbarkeit in der Regel wohl einfach begründen lässt".

29 Siehe hierzu auch Erwägungsgrund 109 RL 2014/24/EU.

30 Die Grenze dürfte derjenigen ähneln, die von der Rechtsprechung für den Verhandlungsspielraum im Verhandlungsverfahren entwickelt worden ist; vgl. dazu insbesondere OLG Dresden, Beschl. v. 21.10.2005, WVerg 5/05, zur Unzulässigkeit des Wechsels zu einem „Aliud". Siehe dazu auch *Rosenkötter/ Fritz* (Fußn. 28), VergabeR 2014, S. 290, 293.

Bauleistungen) des ursprünglichen Auftragswerts überschreitet. Diese Regelung ist schon aufgrund ihrer Klarheit und Handhabbarkeit ein Gewinn.[31] Die Regelung ist auch inhaltlich überzeugend. Sofern der Wert der Änderung den Schwellenwert nicht überschreitet, liegt der Vorgang vornherein unterhalb der EU-rechtlichen Relevanzschwelle.

Mit der weiteren Begrenzung auf 10 % bzw. 15 % des ursprünglichen Auftragswerts wird sichergestellt, dass auch bei kleineren Aufträgen Wettbewerbsverzerrungen durch allzu großzügige Änderungen vermieden werden. Liegt der ursprüngliche Wert eines Auftrags nur wenig oberhalb des jeweiligen EU-Schwellenwerts, wären Änderungen, deren Wert nur geringfügig unterhalb des Schwellenwerts liegt, im Verhältnis zum ursprünglichen Auftrag offensichtlich gravierend; durch die Prozentgrenze wird erreicht, dass hier ein angemessenes Verhältnis gewahrt bleibt.

Im Rahmen des Artikels 72 Abs. 2 werden die Einzelwerte sukzessiver Änderungen - anders als bei Artikel 72 Abs. 1 lit. b) und c) – zusammengezählt, d.h. es kommt auf den aggregierten Wert aller bisherigen Änderungen an.[32]

Das Überschreiten einer oder beider der o.g. Geringfügigkeitsgrenzen führt indes nicht automatisch zu einer Ausschreibungspflicht. Vielmehr verbleibt auch in diesem Fall die Möglichkeit, eine Änderung ggf. auf fehlende Wesentlichkeit im Sinne von Artikel 72 Abs. 1 lit. e) i.V.m. Abs. 4 der Richtlinie zu stützen. Damit ist die bisher vereinzelt vertretene These widerlegt, dass bereits das Überschreiten des EU-Schwellenwerts oder einer bestimmten Prozentgrenze immer zur Wesentlichkeit der Änderung führt;[33] siehe dazu näher unten zu 6.

5. Austausch des Auftragnehmers

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Auftrag auf einen neuen Auftragnehmer übertragen werden kann, hat in den letzten Jahren immer größere Bedeutung gewonnen. Artikel 72 Abs. 1 lit. d) der Richtlinie trifft auch hierzu nunmehr eine ausdrückliche Regelung. Danach kann der Auftrag auf ein anderes Unternehmen übertragen werden, wenn dieses im Rahmen einer Unternehmensumstrukturierung an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt und alle ursprünglichen Eignungsanforderungen erfüllt. Darüber hinaus darf der Austausch nicht zu weiteren wesentlichen Änderungen des Auftrags führen.

Die Regelung entspricht im Ausgangspunkt den diesbezüglichen Vorgaben des EuGH aus der „Pressetext"-Entscheidung. Sie geht jedoch in einem wichtigen Punkt darüber hinaus. Denn der EuGH hatte noch verlangt, dass es sich bei der Umstrukturierung, die dem Wechsel zugrunde liegt, um eine „rein interne" Maßnahme auf Auftragnehmerseite handeln müsse.[34] Das

31 Die Geringfügigkeitsgrenzen waren im Gesetzgebungsverfahren nicht unumstritten. So sah der ursprüngliche Kommissionsentwurf noch eine Geringfügigkeitsgrenze von 5 % des ursprünglichen Auftragswerts vor. Die „Trilogverhandlungen" zwischen Rat, Parlament und Kommission führten dann zur jetzigen Regelung. Siehe dazu die Stellungnahmen aus den Trilogverhandlungen.

32 *Jochem Gröning*, Die neue Richtlinie für die öffentliche Auftragsvergabe – ein Überblick, VergabeR 2014, S. 339, 350. Anders *Rosenkötter/Fritz* (Fußn. 28), VergabeR 2014, S. 290, 294.

33 Siehe dazu insbesondere oben Fußn. 13.

34 So noch der EuGH in der „Pressetext"-Entscheidung (Urteil v. 19.6.2008, C-454/06), Rdnr. 45; siehe dazu *Hans-Joachim Prieß/Franz-Josef Hölzl*, Auftragnehmer, wechsel Dich! Vorliegen,

ist nach der Neuregelung nicht mehr erforderlich. Vielmehr erwähnt die Regelung ausdrücklich auch Übernahme, Fusion, Erwerb oder Insolvenz, also Fallgestaltungen, die typischerweise nicht nur interner Natur sind. Damit dürfte nunmehr z.B. im Insolvenzfall die Überleitung auf eine von neuen Investoren gehaltene Auffanggesellschaft möglich sein.[35] Das ist eine wichtige, den Bedürfnissen der Praxis entgegenkommende Erweiterung des bisherigen Spielraums.

Im Erwägungsgrund 110 der Richtlinie wird zudem ausdrücklich der Fall erwähnt, dass der ursprüngliche Auftrag an ein Konsortium vergehen wurde, das später eine Umstrukturierung durchläuft. Das spricht dafür, dass nach der Neuregelung auch das Ausscheiden eines Mitglieds aus einem Auftragnehmerkonsortium und/oder der Eintritt eines neuen Mitglieds – unter den übrigen in Art. 72 Abs. 1 lit. d) genannten Bedingungen – ausschreibungsfrei möglich ist.[36]

Die Erweiterung des Spielraums beim Auftragnehmerwechsel ist zu begrüßen. Unter wettbewerblichen Gesichtspunkten war es nie einleuchtend, weshalb der EuGH in diesem Punkt einen recht strengen Maßstab angelegt hatte. Der bloße Verweis auf die Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung ist keine befriedigende Erklärung. Denn entscheidend kann letztlich nur sein, ob der Wettbewerb tangiert wird. Ist ein Auftrag jedoch einmal in einem transparenten, diskriminierungsfreien und wettbewerblichen Verfahren einem Bieter erteilt worden, berührt es die Interessen des Wettbewerbs grundsätzlich nicht mehr, ob er später zu gleichbleibenden Konditionen von einem anderen Unternehmen übernommen wird. Man kann sich vielmehr ebenso gut auf den Standpunkt stellen, dass selbst der „Verkauf" eines einmal erlangten öffentlichen Auftrags an einen Wettbewerber eine legitime, marktwirtschaftliche Maßnahme zur Verwertung der mit dem Auftrag verbundenen Ertragschancen ist. Die von der VK Bund im Jahr 1999 vertretene Auffassung, dass eine Vertragsübernahme grundsätzlich zulässig ist, soweit die Übertragung nicht dazu dient, den Auftrag unter Umgehung der Vergabevorschriften an ein Unternehmen weiterzureichen, das ihn wegen mangelnder Eignung im ursprünglichen Verfahren nicht hätte erhalten dürfen[37], schien vor diesem Hintergrund seit jeher überzeugender.

Die Neuregelung lässt in Artikel 72 Abs. 1 lit. d) (iii) ferner zu, dass der Auftraggeber selbst die Verpflichtungen des Hauptauftraggebers gegenüber dessen Nachunternehmern übernimmt. Diese Regelung greift allerdings nur, wenn der Mitgliedstaat gemäß Artikel 71 der Richtlinie im nationalen Recht eine entsprechende Möglichkeit vorgesehen hat. Den Praxisbedürfnissen dürfte diese Regelung kaum gerecht werden, weil sie letztlich auf eine asymetrische Änderung des Vertragsverhältnisses zu Lasten des Auftraggebers hinausläuft. Denn der

Konsequenzen und Handhabung eines vergabe- oder primärrechtlich relevanten Auftragnehmerwechsels, NZBau 2011, S. 513, 516.

35 Ablehnend dagegen noch nach früherer Rechtslage VK Bund, Beschl. v. 29.6.2005, VK 3-52/05; *Klaus Greb/Sonja Stenzel*, Die nachträgliche Vertragsanpassung als vergaberechtsrelevanter Vorgang, NZBau 2012, S. 404, 406.

36 Im Gegensatz dazu hat z.B. das OLG Hamburg in einem Fall, in dem bei einem Bieterkonsortium alle Bieter bis auf einen aus einem Konsortium ausgeschieden waren, einen wesentlichen Identitätswechsel angenommen; OLG Hamburg, Beschl. v. 31.3.2014, 1 Verg 4/13. Der Fall betraf allerdings eine Umstrukturierung während des Vergabeverfahrens. Siehe dazu auch OLG Celle, Beschl. v. 5.9.2007, 13 Verg 9/07.

37 VK Bund, Beschl. v. 7.4.1999, VK A-19/99, WuW/E Verg 279; im gleichen Sinne *Meinrad Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2007, § 99 GWB, Rdnr. 50.

Auftraggeber darf nur in die *Verpflichtungen* des Hauptauftragnehmers gegenüber dessen Nachunternehmern (d.h. insbesondere die Zahlungspflichten) eintreten; eine Übernahme auch der *Rechte* des Hauptauftragnehmers (insbesondere das Recht, auch die Leistung unmittelbar an sich zu fordern, was insbesondere bei Insolvenz des Generalunternehmers entscheidend sein dürfte) ist nicht vorgesehen. Konsequenter wäre es daher gewesen, dem Auftraggeber die Möglichkeit zu geben, die Rechtsstellung des Generalunternehmers gegenüber den Nachunternehmern insgesamt zu übernehmen.

6. Unwesentliche Änderungen im Sinne der „Pressetext"-Leitlinien

Bei allen Änderungen, die nicht unter die o.g. Regelungen fallen, verbleibt es gemäß Artikel 72 Abs. 1 lit. e) i.V.m. Abs. 4 der Richtlinie dabei, dass sie vorgenommen werden dürfen, wenn sie nicht wesentlich im Sinne der „Pressetext"-Leitlinien sind. Absatz 4 der Vorschrift enthält nunmehr eine Definition, wann eine Änderung als wesentlich gilt. Das ist zunächst der Fall, wenn sich der Auftrag infolge der Änderung erheblich vom ursprünglichen Auftrag unterscheidet. Die Regelung lehnt sich im Übrigen eng an die Formulierungen des EuGH aus der „Pressetext"-Entscheidung an. Die Auslegungsfragen, die sich aus diesen Formulierungen ergeben, werden dadurch nicht beseitigt.[38]

Das gilt insbesondere für die Regelung in Absatz 4 lit. a), wonach Änderungen wesentlich sind, wenn mit ihnen Bedingungen eingeführt werden, die, wenn sie für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten hätten, die Zulassung anderer als der ursprünglich ausgewählten Bewerber oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots ermöglicht hätten, oder das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätten. Im Kern geht es darum, ob das Vergabeverfahren potentiell anders ausgegangen wäre, wenn die Ausschreibung von vornherein auf Grundlage der geänderten Bedingungen durchgeführt worden wäre. Hierfür ist eine hypothetische Betrachtung anzustellen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die *abstrakte* Möglichkeit eines anderen Ausgangs besteht – denn eine solche besteht immer – sondern darauf, ob ein *konkreter* Grund zur Annahme vorliegt, dass die Änderung das Ergebnis tatsächlich oder potentiell beeinflusst hätte.[39]

Durch die Neuregelung wird – in der Zusammenschau mit Artikel 72 Abs. 2 – ferner klargestellt, dass eine Änderung nicht immer schon dann wesentlich ist, wenn ihr Wert einen bestimmten Prozentsatz des ursprünglichen Auftragswerts oder den EU-Schwellenwert übersteigt. Aus den Regelungen folgt vielmehr, dass eine Änderung auch dann unwesentlich sein kann, wenn eine oder beide der in Artikel 74 Abs. 2 genannten Schwellen überschritten sind. Denn anderenfalls ginge bei Überschreiten dieser Schwellen ein Rückgriff auf Artikel 72 Abs. 1 lit. e) i.V.m. Abs. 4 zwangsläufig ins Leere, was nicht der gesetzgeberischen Intention entspricht. Das wird auch durch Erwägungsgrund 107 der Richtlinie bestätigt, wonach Änderungen gerade auch dann möglich sein sollen, wenn die Geringfügigkeitsschwellen des Abs. 2

38 Kritisch *Gröning* (Fußn. 32), VergabeR 2014, S. 339, 350, der die Legaldefinition „unergiebig" findet.

39 *Krohn* (Fußn. 6), NZBau 2008, S. 619, 626.

überschritten sind, sofern die anderweitigen Bedingungen der Richtlinie – zu denen auch der Fall der Unwesentlichkeit gehört – erfüllt sind. [40]

Dadurch wird zugleich bestätigt, dass die Wesentlichkeit nicht schematisch-quantitativ (insbesondere anhand fester Schwellenwerte) bestimmt werden kann, sondern auch und vor allem qualitativ. Richtigerweise kann die Frage, wann eine Änderung wesentlich oder unwesentlich ist, nur im Verhältnis zum Gesamtauftrag[41] sowie anhand der Wettbewerbsrelevanz im Einzelfall beantwortet werden.[42]

III. Neu: Zwingende Kündigungsmöglichkeit bei Verstoß

Ein echtes Novum ist die Regelung in Art. 73 lit. a) der Richtlinie, wonach die Mitgliedsstaaten in ihrem nationalen Recht die Möglichkeit zur vorzeitigen Kündigung eines Auftrags vorsehen müssen, wenn dieser in unzulässiger Weise geändert wurde. Die Vorschrift ist Teil einer weitergehenden Bestimmung, die eine Kündigungsmöglichkeit ferner fordert bei vom EuGH festgestellten de-facto-Vergaben und anderen „schweren Verstößen" gegen die EU-Vergabevorschriften (Art. 73 lit. c)) sowie bei Vergaben an Bieter, die gemäß Artikel 57 Abs. 1 der Richtlinie wegen Verstößen gegen bestimmte Strafvorschriften zwingend auszuschließen gewesen wären (Art. 73 lit. b)). Der Umstand, dass rechtswidrige Vertragsänderungen hinsichtlich der Kündbarkeitssanktion den de-facto-Vergaben und Vergaben an EU-rechtlich auszuschließende Bieter gleichgestellt werden, macht deutlich, dass derartige Änderungen vom Gesetzgeber nicht als „Kavaliersdelikt" angesehen werden. Dies wird dadurch noch unterstrichen, dass die zwingende Kündigungsmöglichkeit bei unzulässigen Änderungen – anders als bei de-facto-Vergaben – nicht voraussetzt, dass der Rechtsverstoß vom EuGH festgestellt wurde.

40 Die These, nach der ein Überschreiten der EU-Schwellenwerte automatisch zur Wesentlichkeit der Änderung führt (siehe dazu oben, Fn. 13), war ohnehin nie überzeugend. Die Annahme beruhte auf einer Fehlinterpretation der „Rettungsdienst"-Entscheidung des EuGH (Urteil v. 10.3.2011, C-274/09). In dem Fall hatte der EuGH unter Bezugnahme auf „Pressetext" aus dem Umstand, dass der Wert einer ausschreibungsfrei vergebenen Zusatzleistung „deutlich über den in den Richtlinien 92/50 und 2004/18 festgelegten Schwellenwerten" lag, ohne Umschweife gefolgert, dass es sich um eine wesentliche Änderung handelte (ebd., Rdnr. 100 f.). Hieraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass jegliche Vertragsänderung, deren Wert den EU-Schwellenwert übersteigt, wesentlich ist. Denn die „Rettungsdienst"-Entscheidung betraf den speziellen Fall, dass eine Zusatzleistung bestellt wurde (nämlich der Betrieb einer weiteren Rettungswache), die sich ohne weiteres von der Ausgangsleistung hätte trennen lassen. Die „Änderung" lag somit allein darin, dass eine zusätzliche, an sich separat beschaffbare Leistung auf einen existierenden Vertrag „draufgesattelt" wurde. In einem solchen Fall besteht kein Anlass, die Frage der Ausschreibungspflicht nach anderen Maßstäben zu beurteilen als sie für einen separaten Auftrag gelten würden. Auch nach der neuen Richtlinie bestünde für einen solchen Zusatzauftrag ab Überschreiten des EU-Schwellenwerts eine Ausschreibungspflicht; insbesondere ist Art. 72 Abs. 1 lit. b) nicht anwendbar, weil ein Wechsel des Auftragnehmers problemlos möglich ist.

41 So bereits *Krohn* (Fußn. 6), NZBau 2008, S. 623.

42 *Krohn* (Fußn. 6), NZBau 2008, S. 622; *Marian Niestedt/Franz Josef Hölzl*, Um Kleinigkeiten kümmert sich der Prätor nicht! Relevanz und Konsequenz der Änderung laufender Verträge im Lichte des Vergaberechts, NJW 2008, S. 3321, 3323 f.; *Verena Poschmann*, Vertragsänderungen unter dem Blickwinkel des Vergaberechts, S. 161.

Die Neuregelung geht indes noch weiter. Ausgehend von dem Befund, dass eine wesentliche Vertragsänderung einer Neuvergabe gleichkommt, herrscht zwar seit längerem Konsens, dass auch Vertragsänderungen unzulässige de-facto-Vergaben und folglich gemäß § 101b GWB unwirksam sein können. Nach bisher wohl herrschender Auffassung betrifft diese Unwirksamkeit allerdings nur die Vertragsänderung als solche.[43] Die Unwirksamkeit hat danach im ungünstigsten Fall zur Folge, dass der ursprüngliche Vertrag wieder auflebt. Auch EU-rechtlich ergab sich aus der Pflicht, den in einer de-facto-Vergabe liegenden Verstoß abzustellen,[44] bei einer unzulässigen Vertragsänderung lediglich die Notwendigkeit, zum status quo ante zurückzukehren.

Die Neuregelung in Art. 73 der Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten dagegen, eine Möglichkeit zur Kündigung des *gesamten Auftrags* einzuführen. Diese Sanktion geht deutlich über den bisherigen Stand hinaus. Potentielle Folge ist, dass eine unzulässige Änderung – sofern sie „auffliegt" – die Rechtspositionen der Beteiligten (und zwar auch des Auftragnehmers!) deutlich stärker gefährdet als dies bisher der Fall war. Es bleibt abzuwarten, wie sich diese Neuregelung auf die Praxis auswirken wird.

Die genaue Ausgestaltung der Kündigungsmöglichkeit bleibt dem nationalen Gesetzgeber überlassen. Damit steht es den Mitgliedstaaten u.a. frei, ob sie es bei einem bloßen Kündigungsrecht belassen wollen, oder dem Auftraggeber sogar eine Kündigungspflicht auferlegen. Die Regelung dient dem Zweck, den Mitgliedstaaten bzw. deren öffentlichen Auftraggebern den Einwand abzuschneiden, dass das nationale Recht keine Möglichkeit vorsehe, vergaberechtswidrig erteilte oder geänderte Aufträge zu beenden („pacta sunt servanda").[45] Von der EU-rechtlichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten, fortdauernde Vergabeverstöße abzustellen, dürfte daher künftig jedenfalls ein gewisser Druck ausgehen, von der Kündigungsmöglichkeit im Ernstfall auch Gebrauch zu machen.

D. Wie sollen wesentliche Vertragsänderungen ausgeschrieben werden?

Offen bleibt dagegen weiterhin die Frage, wie eine Neuausschreibung im Fall einer wesentlichen (und nach Artikel 72 der Richtlinie auch nicht anderweitig gestatteten) Vertragsänderung tatsächlich bewerkstelligt werden soll. Im Vorfeld der neuen Richtlinie wurde zwar über die Einführung eines vereinfachten Vergabeverfahrens für Fälle *nicht wesentlicher* Vertragsänderungen nachgedacht.[46] Eine Regelung, wie bei *wesentlichen* Vertragsänderungen im Einzelnen zu verfahren ist, gibt es bisher nicht.

43 Vgl. *Hartmut König*, in: Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, 3. Aufl. 2014, § 101b, Rdnr. 4, S. 701.

44 EuGH, Urteil v. 18.7.2007, C-503/04 –„Abfallentsorgung Braunschweig II".

45 Mit diesem Argument hatte z.B. Deutschland versucht, sich im Fall „Abfallentsorgung Braunschweig II" gegen die von der EU-Kommission beantragte Verurteilung wegen Nichtabstellung des im Ausgangsfall festgestellten Verstoßes in Form einer de-facto-Vergabe zu verteidigen; siehe EuGH, ebd., Rdnr. 31, sowie die Entgegnung des EuGH in Rn. 37 f.

46 Vgl. hierzu das Grünbuch der Kommission über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens und einschlägigen Stellungnahmen dazu.

Auftraggeber befinden sich in diesem Fall in einer Zwickmühle. Denn ein kaufmännisch vernünftiger Auftragnehmer dürfte regelmäßig kaum gewillt sein, zur Umsetzung des Änderungsbedarfs des Auftraggebers den Fortbestand seines gesamten Vertrags zu gefährden. Das aber würde er, wenn er sich auf eine vorzeitige Vertragsbeendigung mit anschließender Neuvergabe im Rahmen eines neuen Wettbewerbsverfahrens einließe. Wenn der Auftragnehmer riskiert, im Zuge der Neuvergabe den gesamten Auftrag an einen Wettbewerber zu verlieren, wird er im Regelfall lieber am bisherigen Vertrag festhalten, unabhängig davon, ob dieser weiterhin den Bedürfnissen des Auftraggebers entspricht. Zumindest steht zu erwarten, dass der Auftragnehmer bei vorzeitiger Beendigung gemäß § 649 Satz 2 BGB den vollen Ersatz seines restlichen Gewinns verlangt; der Auftraggeber müsste diesen Gewinn dann ggf. doppelt bezahlen.

Der Auftraggeber ist also einerseits dem bisherigen Auftragnehmer aus dem Vertrag verpflichtet, andererseits aber vergaberechtlich verpflichtet, ein neues Vergabeverfahren durchzuführen, welches seiner Eigenart nach dazu führen kann, dass künftig ein anderes Unternehmen zum Zuge kommt.

Die Praxis hat bisher kein Rezept entwickelt, wie dieses Dilemma gelöst werden kann. Ein Ansatz, der jedenfalls erwägenswert erscheint, geht dahin, den Erfüllungsanspruch des bisherigen Auftragnehmers aus dem ursprünglichen Vertrag als Ausschließlichkeitsrecht zu qualifizieren und sich damit in ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung gemäß Art. 32 Abs. 2 lit. b) (iii) der Richtlinie zu „retten“. Damit wäre sichergestellt, dass der alte Auftragnehmer auch der neue ist, so dass sich die Frage eines entgangenen Gewinns des Auftragnehmers im Regelfall nicht stellt. Problematisch an dem Ansatz ist, dass das eigentliche Ziel der Richtlinie, wesentliche Vertragsänderungen einem echten Wettbewerb zu unterstellen, verfehlt wird.

Mehr spricht für den Ansatz, die Zusatzkosten, die mit einem Auftragnehmerwechsel wegen des in diesem Fall doppelt zu zahlenden Gewinns verbunden sind, im Rahmen der Wirtschaftlichkeitswertung als Kostenpunkt zu werten (und zwar konsequenterweise nur zu Lasten der externen Bieter, da die Kosten bei Weiterbeschäftigung des ursprünglichen Auftragnehmers nicht anfallen). Bei diesem Konzept haben neue Anbieter zwar von vornherein nur reduzierte Chancen. Doch entspricht es rationalem wirtschaftlichen Denken, bei der Entscheidung, ob der geänderte Auftrag dem alten oder einem neuen Auftragnehmer erteilt wird, auch etwaige Zusatzkosten zu berücksichtigen, die sich bei einem Auftragnehmerwechsel aus einer dann fälligen Abstandszahlung an den ursprünglichen Auftragnehmer ergeben. Auch ein Privateinkäufer würde derartige Zusatzkosten beim Einkauf berücksichtigen. Der alte Auftragnehmer hat bei diesem Wertungskonzept zwar einen klaren Vorteil. Dieser Vorteil entspringt allerdings dem Umstand, dass der Auftragnehmer den Auftrag im ursprünglichen Vergabeverfahren im Wettbewerb gewonnen hat. Soweit sich seine so errungene Position im neuen Ausschreibungsverfahren in der Weise fortsetzt, dass der einmal erworbene Gewinnanspruch weiter zu seinen Gunsten zu Buche schlägt, ist das folglich weder diskriminierend noch wettbewerbswidrig.

E. Fazit

Die neuen Richtlinien enthalten zum Problemkreis der Vertragsänderung nach Zuschlag keine grundlegende Umwälzung. Die Regelungen knüpfen an den tradierten Grundgedanken an, dass unwesentliche Änderungen möglich sind, wesentliche Änderungen dagegen eine Pflicht zur Neuausschreibung begründen. Dem EU-Gesetzgeber kommt insoweit das Verdienst zu, die diesbezüglichen Grenzen nunmehr klargestellt zu haben.[47] Der EU-Gesetzgeber hat sich jedoch nicht darauf beschränkt, die EuGH-Rechtsprechung zu kodifizieren. Vielmehr hat er seine eigentliche Aufgabe – die Schaffung neuen Rechts – ernstgenommen und einem Bedürfnis der Praxis folgend die bisherigen Spielräume in wichtigen Punkten ausgeweitet. Im Gegenzug hat er die Grenzen dieser Spielräume teilweise klarer definiert. Die Regelungen erweisen sich damit als angemessener und handhabbarer Kompromiss zwischen dem Wunsch nach praxisgerechter Flexibilität und dem Bedürfnis nach Sicherung des Wettbewerbs bei nachträglichen Bedarfsänderungen. Zugleich bringen die Regelungen einen erheblichen Gewinn an Rechtssicherheit. Sie sind damit insgesamt ein guter Schritt in die richtige Richtung.

[47] Im gleichen Sinne *Wolfgang Jaeger*, Die neue Basisvergaberichtlinie der EU vom 26.2.2014, NZBau 2014, S. 259, 266.

Das neue internationale Vergaberecht

von

RECHTSANWALT DR. MARC OPITZ*

A. Einführung 91

B. Nutzung ausländischer zentraler Beschaffungsstellen 93

C. Gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe 94

I. Formen der gelegentlichen gemeinsamen Auftragsvergabe 95

II. Anwendbares Recht bei der gelegentlichen gemeinsamen Auftragsvergabe 95

D. Auftragsvergabe durch gemeinsame Einrichtungen 97

E. Rechtsschutz 98

F. Fazit 100

A. Einführung

Unter Haushaltszwängen, neuem Steuerungsmodell und Doppik sind selbst die klassischen Verwaltungen heute weitgehend ökonomisiert. Öffentliche Einkäufer (public supply chain manager) sind bestrebt, das Beschaffungswesen (sourcing) flexibel und effizient zu gestalten, um Einspareffekte (savings) zu erzielen, an denen auch ihr persönlicher Erfolg gemessen wird. Ein Mittel auf diesem Weg ist die Bedarfsbündelung (aggregation of demand), die – oft in der Form von Rahmenverträgen – dazu eingesetzt wird, Größenvorteile (economies of scale) im öffentlichen Einkauf zu erzielen.

Doch die Bedarfsbündelung stößt an Grenzen, nämlich dann wenn z.B. ein Landkreis in Baden zusammen mit einem französischen Département im Elsass eine Müllverbrennungsanlage errichten oder betreiben möchte oder wenn die Deutsche Bahn AG zusammen mit der österreichischen Staatsbahn ÖBB gemeinsam eine Fahrzeugflotte entwickeln und bauen lassen möchte oder auch in allen anderen Fällen, in denen entweder ein gemeinsamer oder ein gleichgerichteter Beschaffungsbedarf von öffentlichen Auftraggebern aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten besteht. Zwar ist es nicht so, dass das geltende Vergaberecht gemeinsame Beschaffungen von öffentlichen Auftraggebern aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten verbieten würde. Die gemeinsame, grenzüberschreitende Vergabe öffentlicher Aufträge wird aber mit erheblichen Rechtsunsicherheiten belastet. Insbesondere fehlt es im Vergaberecht an einem speziellen Kollisionsrecht für grenzüberschreitende gemeinsame Beschaffungsvorhaben.

* Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB in Frankfurt/M.

Hier setzen nun die neuen Vergaberichtlinien an. Nicht nur um Rechtsunsicherheiten für Bieterunternehmen zu beseitigen, sondern vor allem um rechtliche und praktische Schwierigkeiten der grenzüberschreitenden Beschaffungsbündelung für öffentliche Auftraggeber auszuräumen, sieht die neue Allgemeine Vergaberichtlinie 2014/24/EU[1] mit ihrem Artikel 39 spezielle Regeln zur Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedstaaten vor. Die neue Sektorenrichtlinie 2014/25/EU[2] enthält mit Art. 57 eine im Wesentlichen gleichlautende Vorschrift.[3] Auch die öffentlichen Auftraggeber auf der Nachfrageseite sollen – obgleich durch die Grundfreiheiten des AEUV verpflichtet und nicht begünstigt – das Potenzial des Binnenmarkts so optimal ausschöpfen können. Sie sollen in die Lage versetzt werden, durch eine gemeinsame, grenzüberschreitende Auftragsvergabe *Größenvorteile zu nutzen und eine Risiko-Nutzen-Teilung zu realisieren „nicht zuletzt im Hinblick auf innovative Projekte, die höhere Risiken bergen, als sie nach vernünftigem Ermessen von einem einzelnen öffentlichen Auftraggeber getragen werden können*."[4]

Es hätte auch andere Sachverhalte mit internationalem Bezug gegeben, die Rechtsunsicherheit hervorrufen und die einer Regelung in den EU-Vergaberichtlinien zugänglich gewesen wären, so etwa die Frage des anwendbaren Vergaberechts bei der Vergabe von Aufträgen für Aktivitäten im Ausland,[5] das anwendbare Vergaberecht bei der Auftragsvergabe durch eine von einem inländischen Staat beherrschten Einrichtung mit Sitz im Ausland[6] oder bei von inländischen Staat finanzierten Aufträgen einer ausländischen Einrichtung.[7] Der Gemeinschaftsgesetzgeber sieht jedoch offenbar bei den grenzüberschreitenden *Kooperationssachverhalten* den größten Regelungsbedarf.

Im Einzelnen werden in Artikel 39 Richtlinie 2014/24/EU drei Varianten einer gemeinsamen Auftragsvergabe durch Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedstaaten angesprochen, die im Folgenden näher dargestellt werden, nämlich (1.) die Nutzung ausländischer zentraler Beschaffungsstellen, (2.) die gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten und (3.) die Auftragsvergabe durch sog. „gemeinsame Einrichtungen".

1 Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl.EU Nr. L 94/65.

2 Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG", ABl.EU Nr. L 94/243.

3 Bedauerlicherweise enthält die Richtlinie 2009/81/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit (noch) keine entsprechende Bestimmung, obwohl gerade im Bereich der Verteidigung und Sicherheit ein Bedarf an grenzüberschreitenden, gemeinsamen Auftragsvergaben besteht.

4 Erwägungsgrund 73 der Richtlinie 2004/24/EU.

5 Dazu *Marc Opitz*, Die internationale Dimension des Vergaberechts, in: Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung: 15 Jahre GWB-Vergaberecht, FS Fridhelm Marx, 2013, S. 505, 506 ff.

6 Dazu *Opitz*, in: FS Fridhelm Marx (Fußn. 5), S. 516 ff.

7 So die Fallgestaltung bei OLG Düsseldorf v. 17.12.2012 – VII-Verg 47/12, VergabeR 2013, S. 550 m. krit. Anm. Ollmann.

Allen Varianten ist gemeinsam, dass die Zusammenarbeit keiner besonderen Rechtfertigung, etwa durch eine grenzüberschreitende Natur des Auftrags oder Kofinanzierung durch mehrere Mitgliedstaaten, bedarf. Eine entsprechende Einschränkung wurde im Gesetzgebungsverfahren vorgeschlagen,[8] konnten sich aber nicht durchsetzen.

Voraussetzung für alle Formen der gemeinsamen Auftragsvergabe ist nach Art. 39 Abs. 1 UAbs. 1 Richtlinie 2004/24/EU allerdings, dass hierdurch keine Bestimmungen des öffentlichen Rechts, die mit dem Unionsrecht im Einklang stehen und denen die beteiligten öffentlichen Auftraggeber in ihren Mitgliedstaaten unterliegen, umgangen werden. Dieses Umgehungsverbot betrifft jedoch nicht die Bestimmungen des nationalen Vergaberechts, und zwar unabhängig davon, ob man diese dem öffentlichen Recht oder dem Zivilrecht zuordnet. Erwägungsgrund 26 der Richtlinie 2004/24/EU verdeutlicht vielmehr, dass das Umgehungsverbot öffentlich-rechtliche Vorschriften umfasst, denen die Auftraggeber jenseits der Vergabebedingungen in ihren Mitgliedstaaten unterliegen, beispielsweise also Bestimmungen über die Transparenz und den Zugang zu Dokumenten oder spezifische Anforderung bezüglich der Rückverfolgbarkeit sensibler Lieferungen. Derartige Bestimmungen, die keine „Vergaberegeln" sind, bleiben von Artikel 39 der Richtlinie 2004/24/EU unberührt.[9]

B. Nutzung ausländischer zentraler Beschaffungsstellen

Die Tätigkeit zentraler Beschaffungsstellen ist in der Richtlinie 2014/24/EU in Art. 37 geregelt. Eine zentrale Beschaffungsstelle ist nach der Definition des Art. 2 Abs. 1 Nr. 16 Richtlinie 2014/24/EU selbst ein öffentlicher Auftraggeber. Er übt sogenannte zentrale Beschaffungstätigkeiten und eventuell Nebenbeschaffungstätigkeiten aus. Zentrale Beschaffungstätigkeiten sind der dauerhafte Erwerb von Liefer- und/oder Dienstleistungen für (mehrere) öffentliche Auftraggeber und die dauerhafte Vergabe öffentlicher Aufträge oder der Abschluss von Rahmenvereinbarung über Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen für (mehrere) öffentliche Auftraggeber.[10] Nach Art. 37 Richtlinie 2014/24/EU ist weder erforderlich, dass die zentrale Beschaffungsstelle in fremdem Namen (unmittelbare Stellvertretung) auftritt, noch dass in eigenem Namen handelnd für fremde Rechnung (mittelbare Stellvertretung) agiert. Sie kann auch Beschaffungsverträge in eigenem Namen und auf eigene Rechnung schließen und gegenüber anderen öffentlichen Auftraggebern dann die Rolle eines Leistungsmittlers bzw. Zwischenhändlers einnehmen. Der Bezug von einer zentralen Beschaffungsstelle erfordert kein Vergabeverfahren (Art. 37 Abs. 2 S. 1 Richtlinie 2014/24/EU) und auch

8 Vgl. Europäisches Parlament, Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz, Entwurf eines Berichts – Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe, Änderungsantrag 876, 2011/0438(COD) vom 12.7.2012.

9 Die den Auftraggebern durch Art. 39 Richtlinie 2004/24/EU und Art. 57 Richtlinie 2014/25/EU eingeräumten Gestaltungsmöglichkeiten gelten nur für Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte. Unterhalb dieser Schwellenwerte mag es für haushaltsrechtlich gebundene Auftraggeber aufgrund von haushaltsrechtlichen Bestimmungen oder Landesvergabegesetzen u.U. bei der strikten Anwendungen der VOB/A und der VOL/A, erster Abschnitt, bleiben.

10 Vgl. Art. 2 Abs. 1 Nr. 14 Richtlinie 2014/24/EU. Von dem Begriff der zentralen Beschaffungsstelle werden nicht die zentralen Beschaffungstätigkeiten eines dezentralisiert organisierten, einzelnen öffentlichen Auftraggebers erfasst.

nicht die Beauftragung der zentralen Beschaffungsstelle mit der Beschaffungsmanagementtätigkeit (Art. 37 Abs. 4 S. 1 Richtlinie 2014/24/EU).

Zwar ist Art. 37 Richtlinie 2014/24/EU als Umsetzungsoption für die Mitgliedstaaten ausgestaltet. Das gilt allerdings nur für nationale zentrale Beschaffungsstellen. Wie Art. 39 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU nunmehr festlegt, darf ein Mitgliedstaat seinen öffentlichen Auftraggebern nicht untersagen, zentrale Beschaffungstätigkeiten in Anspruch zu nehmen, die von zentralen Beschaffungsstellen mit Sitz in einem *anderen* Mitgliedstaat angeboten werden. Ein Mitgliedstaat, der von der Umsetzungsposition des Art. 37 daher keinen Gebrauch macht und seinen öffentlichen Auftraggebern untersagt, inländische zentrale Beschaffungsstellen in Anspruch zu nehmen, wird daher möglicherweise einem „Beschaffungstourismus" Vorschub leisten, weil die Inanspruchnahme ausländischer zentraler Beschaffungsstellen in jedem Fall ermöglicht werden muss.

Wie aus dem – etwas tautologisch klingenden – Unterabsatz 2 von Art. 39 Absatz 2 Richtlinie 2014/24/EU hervorgeht, dürfen die Mitgliedstaaten lediglich festlegen, dass ihre öffentlichen Auftraggeber keine sog. Nebenbeschaffungstätigkeiten von ausländischen zentralen Beschaffungsstellen in Anspruch nehmen. Zu diesen Nebenbeschaffungstätigkeiten zählt die Vorbereitung und Verwaltung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge in Namen und für Rechnung des betreffenden öffentlichen Auftraggebers (Vergabemanagement).[11] Derartige Nebenbeschaffungstätigkeiten werden allerdings auch von privaten Beschaffungsdienstleistern angeboten[12] und deren Inanspruchnahme ist unabhängig davon, wo diese Dienstleister ihren Sitz haben, ohne weiteres möglich.

Art. 39 Abs. 3 Richtlinie 2014/24/EU trifft eine klare Regelung zum anwendbaren Vergaberecht bei der zentralen Beschaffung durch eine ausländische zentrale Beschaffungsstelle. Die Beschaffung erfolgt nämlich nach den nationalen Bestimmungen des Mitgliedstaats, in dem die zentrale Beschaffungsstelle ihren Sitz hat. Klarstellend wird festgelegt, dass diese Bindung an das Vergaberecht des Sitzstaats der zentralen Beschaffungsstelle umfassend ist, das heißt sie insbesondere auch für die Vergabe von Einzelaufträgen im Rahmen eines dynamischen Beschaffungssystems oder gemäß einer Rahmenvereinbarung gilt.

C. Gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe

Wie sich aus Art. 39 Abs. 4 Richtlinie 2014/24/EU ergibt, können öffentliche Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedstaaten auch gelegentlich gemeinsam einen öffentlichen Auftrag vergeben, eine Rahmenvereinbarung schließen oder ein dynamisches Beschaffungssystem betreiben. Dies kann in unterschiedlicher Form geschehen.

[11] Vgl. Art. 2 Abs. 1 Nr. 15 lit. c) Richtlinie 2014/24/EU.
[12] Vgl. Art. 2 Abs. 1 Ziff. 17 Richtlinie 2014/24/EU.

I. Formen der gelegentlichen gemeinsamen Auftragsvergabe

Praktisch vorteilhaft ist die Vergabe einer Rahmenvereinbarung, unter der dann die beteiligten öffentlichen Auftraggeber Einzelaufträge zu Deckung ihres individuellen Bedarfs vergeben können. In diesem Fall ist freilich Art. 33 Abs. 2 UAbs. 2 Richtlinie 2014/24/EU zu beachten, wonach die aus der Rahmenvereinbarung abrufberechtigten öffentlichen Auftraggeber im Aufruf zum Wettbewerb oder in der Aufforderung zur Interessenbestätigung eindeutig zu bezeichnen sind. Ein nachträgliches „anhängen" eines öffentlichen Auftraggebers an eine bestehende Rahmenvereinbarung eines ausländischen öffentlichen Auftraggebers wird daher nicht möglich sein. Ebenso ist aber auch der Abschluss mehrerer gesonderter (Rahmen-)Verträge mit den beteiligten öffentlichen Auftraggebern und dem Bestbieter in dem gemeinsam durchgeführten Vergabeverfahren denkbar.

Wenn Abs. 4 Satz 4 von Art. 39 bestimmt, dass ein teilnehmender öffentliche Auftraggeber seine vergaberechtlichen Verpflichtungen (auch) dann erfüllt, wenn er Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen von einem öffentlichen Auftraggeber erwirbt „der für das Vergabeverfahren zuständig ist"[13], wird jedoch deutlich, dass eine gemeinsame Auftragsvergabe entsprechend Art. 39 Abs. 4 Richtlinie 2014/24/EU auch so ausgestaltet sein kann, dass einer der teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber das Vergabeverfahren durchführt, den Vertrag schließt und Waren/Dienstleistungen oder Bauleistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung bezieht und er diese dann an den oder die anderen beteiligten öffentlichen Auftraggeber weitervertreibt.

In dem von Art. 39 Abs. 4 Richtlinie 2014/24/EU vorgezeichneten Rahmen findet daher der Grundsatz, dass gegebenenfalls Vergabeverfahren auf mehreren Marktstufen durchzuführen sind, wenn öffentliche Auftraggeber Güter erwerben wollen, die von anderen öffentlichen Auftraggebern beschafft wurden,[14] eine Einschränkung. Außerhalb der internationalen, von Art. 39 erfassten Sachverhalte, bleibt es jedoch bei diesem – wenig sinnvollen – Grundsatz.

II. Anwendbares Recht bei der gelegentlichen gemeinsamen Auftragsvergabe

Das anwendbare Vergaberecht kann sich bei einer gelegentlichen gemeinsamen Auftragsvergabe entweder nach einer Vereinbarung der teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber bestimmen oder nach einem internationalen Übereinkommen der betreffenden Mitgliedstaaten.[15] Schließen die teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber eine Vereinbarung, ist nach Art. 39 Abs. 4 Satz 3 Richtlinie 2014/24/EU darin folgendes festzulegen: „a) die Zuständigkeiten der

[13] Weitere Voraussetzung ist wohl, dass dieser öffentliche Auftraggeber ein Vergabeverfahren entsprechend der einschlägigen anwendbaren nationalen Vergabebestimmungen durchgeführt hat.

[14] Vgl. EuGH, Urt. v. 18.11.2004 – Rs. C - 126/03 „Heizkraftwerk München", NZBau 2005, S.49 = VergabeR 2005,S. 57.

[15] Diese zweite Möglichkeit war in dem Kommissionsvorschlag zur Richtlinie 2014/24/EU ursprünglich nicht vorgesehen, vgl. Art. 38 Abs. 3 des Vorschlags der europäischen Kommission für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe KOM (2011) 896 vom 20.12.2011; Art. 52 Abs. 3 des Vorschlags der europäischen Kommission für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste KOM (2011) 895 vom 20.12.2011.

Parteien und die einschlägigen anwendbaren nationalen Bestimmungen; und b) die interne Organisation des Vergabeverfahrens, einschließlich der Handhabung des Verfahrens, der Verteilung der zu beschaffenden Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen und des Abschluss des Verträge.

Bei dieser Festlegung der Zuständigkeiten und des anwendbaren nationalen Rechts gemäß lit. a) können die teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber bestimmte Zuständigkeiten untereinander aufteilen und die anwendbaren Bestimmungen der nationalen Gesetze ihres jeweiligen Mitgliedstaats festlegen. Die Verteilung der Zuständigkeiten und die anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften müssen in den Auftragsunterlagen für die gemeinsam vergebenen öffentlichen Aufträge angegeben werden.

Anders als noch im Kommissionsvorschlag[16] ist in Satz 3 der Vorschrift nicht mehr ausdrücklich davon die Rede, dass die teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber eine *Rechtswahl* treffen. Dennoch ist die Vorschrift so zu verstehen. Die „einschlägigen anwendbaren nationalen Bestimmungen" werden eben von den Parteien *festgelegt* und nicht nur mitgeteilt. Der einzelne Mitgliedstaat kann dieses Wahlrecht der öffentlichen Auftraggeber nur insoweit an sich ziehen, als er die Festlegung in einem internationalen Übereinkommen trifft und damit auch die notwendige Rechtssicherheit schafft.

Während bei den zentralen Beschaffungsstellen die Festlegung auf ein bestimmtes nationales Vergaberecht umfassend ist, muss das bei der gelegentlichen gemeinsamen Auftragsvergabe nicht zwingend der Fall sein. Art. 39 Abs. 4 Satz 5 Richtlinie 2014/24/EU scheint es zuzulassen, dass die betreffenden Auftraggeber entsprechend ihrer Zuständigkeitsverteilung für einzelne Verfahrensschritte oder gar Entscheidungen unterschiedliche nationale Bestimmungen für anwendbar erklären. Aus Satz 5 wird andererseits deutlich, dass die teilnehmenden Auftraggeber nur die Bestimmungen der nationalen Gesetze „ihres jeweiligen Mitgliedstaats" festlegen dürfen, das heißt kein Vergaberecht eines Drittstaat gewählt werden darf.

Die an der Zusammenarbeit teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber sind zur Rechtswahl verpflichtet, soweit diese nicht in einem internationalen Übereinkommen getroffen wurde.[17] Dennoch stellt sich natürlich die Frage, was geschieht, wenn keine solche Vereinbarung erfolgt. Für diesen Fall sah der Kommissionsvorschlag – entsprechend kollisionsrechtlicher Regelungssystematik – eine Auffangregelung vor.[18] Diese hatte das europäische Parlament jedoch für überflüssig angesehen und gestrichen. Wenn zukünftig daher ein gemeinsames Auftragsvergabeverfahren durch Auftraggeber unterschiedlicher Mitgliedstaaten durchgeführt wird, ohne dass zuvor eine Rechtswahl getroffen wurde, ist das Vergabeverfahren zweifellos europarechtswidrig. Welche Konsequenzen sich aus der Rechtswidrigkeit für die Beteiligten öffentlichen Auftraggeber nach ihren nationalen Vergaberechten ergeben, bleibt nach der neuen Richtlinie jedoch ebenso unklar wie der Rechtsschutz bei einer solchen Situation.

Die Vereinbarung über die Beschaffungskooperation selbst wird man dem Anwendungsbereich der ROM I-Verordnung[19] zuordnen müssen. Stellt sich die Frage nach der Wirksamkeit

16 Vgl. oben (Fußn. 15).

17 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Wort „können" in Satz 5 von Art. 39 Abs. 4 Richtlinie 2014/24/EU.

18 Vgl. Art. 38 Abs. 5 KOM (2011) 896 und Art. 52 Abs. 5 KOM (2011) 895 (Fußn. 15).

19 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 17.06.2008, ABl.EU Nr. L 177/6.

der Vereinbarung, ist diese nach dem auf die Vereinbarung anwendbaren Recht zu beantworten. Dies kann gemäß Art. 3 der ROM-I Verordnung gewählt werden und sollte in der Vereinbarung festgelegt werden. Fehlt eine Festlegung, bestimmt sich das auf die Vereinbarung anzuwendende Recht nach Art. 4 der ROM-I Verordnung.

D. Auftragsvergabe durch gemeinsame Einrichtungen

Art. 39 Abs. 5 Richtlinie 2014/24/EU erfasst den Fall, dass mehrere öffentliche Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedstaaten eine „gemeinsame Einrichtung" gegründet haben, die öffentliche Aufträge vergibt. Wie aus Satz 1 von Abs. 5 hervorgeht, kann es sich bei einer solchen „gemeinsamen Einrichtung" um einen Europäischen Verbund für Territoriale Zusammenarbeit (EVTZ)[20] im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1082/2006[21] oder andere Einrichtungen nach Unionsrecht handeln. Dies ist aber nicht zwingend. Die Einrichtung kann auch eine gemeinsame juristische Person nach nationalem Recht sein.[22] Es wird auch nicht verlangt, dass es sich um eine „Einrichtung des öffentlichen Rechts" im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 der Richtlinie handelt, denn diesen Begriff verwendet Art. 39 gerade nicht. Denkbar ist ferner, dass die öffentlichen Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedstaaten, die eine gemeinsame Einrichtung im Sinne von Art. 39 Abs. 5 gründen, bereits miteinander verbundene Unternehmen sind. Anders als nach Art. 30 der neuen Sektorenvergaberichtlinie 2014/25/EU für die Gemeinschaftsunternehmen im Sektorenbereich, stellt Art. 39 keine weiteren Voraussetzungen an die Tätigkeit der gemeinsamen Einrichtung und an ihre Dauer und Stabilität auf. Insofern erscheint es auch möglich, dass der Zweck der gemeinsamen Einrichtung die gemeinsame Beschaffungstätigkeit als solche ist, womit sich Überschneidungen zwischen Art. 39 Abs. 3 und Art. 39 Abs. 5 ergeben.

Das von der gemeinsamen Einrichtung anzuwendende nationale Vergaberecht wird nach Art. 39 Abs. 5 von den an der gemeinsamen Einrichtung teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern, das heißt von ihren Mitgliedern bzw. Gesellschaftern, per Beschluss des zuständigen Organs festgelegt. Dies kann entweder unbefristet, im Gründungsrechtakt der gemeinsamen Einrichtung, erfolgen oder auf einen bestimmten Zeitraum, bestimmte Arten von Aufträgen oder ein oder mehrere konkrete Auftragserteilung beschränkt werden. Es ist damit auch eine punktuelle Rechtswahl möglich.

Es darf allerdings nur das nationale Vergaberecht eines Mitgliedstaats gewählt werden, was insofern von Bedeutung ist, weil an der gemeinsamen Einrichtung auch Drittstaaten beteiligt

20 Bei dem EVTZ handelt es sich um eine Art grenzüberschreitenden Zweckverband. Derzeit sind vor allem sog. Europaregionen (Europaregion Lille-Tournai-Kortrijk, Esztergom-Sturovo, Galicia-Norte, Donau-Moldau, Tirol-Südtirol-Trentino) in der Rechtsform der EVTZ organisiert.

21 Verordnung (EG) Nr. 1082/2006 des europäischen Parlaments und des Rates vom 05.07.2006 über den europäischen Verbund für territoriale Zusammenarbeit (EVTZ), Amtsblatt L 210 vom 31.07.2006, Seite 19, geändert durch Verordnung (EU) Nr. 1302/2013 v. 17.12. 2013, ABl.EU Nr. L 347/303.

22 Vgl. Erwägungsgrund 73 Richtlinie 2014/24/EU.

sein können.[23] Die Rechtswahl wird weiter dadurch beschränkt, dass nur das Recht eines Mitgliedstaats gewählt werden darf, in dem die gemeinsame Einrichtung ihren eingetragenen Sitz hat, oder sie ihre Tätigkeiten ausübt. Die Tätigkeiten können u.U. in mehreren Mitgliedstaaten ausgeübt werden. Die Anknüpfung an den Sitz der Einrichtung ist daher nicht zwingend.

E. Rechtsschutz

Der Kommissionsvorschlag zu Art. 39 Richtlinie 2014/24/EU sah vor, dass Beschlüsse über die Vergabe öffentlicher Aufträge bei der grenzübergreifenden öffentlichen Auftragsvergabe den üblichen Nachprüfungsmechanismen unterliegen, die im anwendbaren einzelstaatlichen Recht verankert sind.[24] Ferner sollten die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, die Beschlüsse der für die Nachprüfung zuständigen Stellen im Sinne der Richtlinie 89/665/EWG[25], die in anderen Mitgliedstaaten belegen sind, gemäß der einzelstaatlichen Rechtsordnung in jeder Hinsicht auszuführen, sofern diese Beschlüsse in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassene öffentliche Auftraggeber betreffen, die an der besagten grenzübergreifenden öffentlichen Auftragsvergabe beteiligt sind. Beide Bestimmungen sind im europäischen Gesetzgebungsverfahren aber gestrichen worden, was bedauerlich ist, weil gerade die Frage des Vergaberechtsschutzes bei der gemeinsamen Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten die größte Rechtsunsicherheit aufwirft. Wenn es in Erwägungsgrund 26 der Richtlinie 2004/24/EU mit Bezug zur Art. 39 heißt, „mit diesen Vorschriften sollten die Bedienungen für die grenzüberschreitende Nutzung zentraler Beschaffungsstellen festgelegt und das in grenzüberschreitenden gemeinsamen Beschaffungsverfahren anwendbare Recht für die öffentliche Auftragsvergabe, *einschließlich der anwendbaren Rechtsvorschriften für Rechtsmittel*, bestimmt werden, ….“, so ist eine solche Bestimmung der anwendbaren Rechtsvorschriften für Rechtsmittel in den neuen Richtlinien gerade nicht vorgenommen worden.

Es stellt sich daher die Frage, nach welchen anderen Rechtsquellen die anwendbaren Rechtsvorschriften für Rechtsmittel bei internationalen Sachverhalten bestimmt werden können. Nicht einschlägig sind die ROM I-Verordnung und die ROM II-Verordnung. Das Vergabenachprüfungsverfahren ist als verwaltungsrechtliches oder gerichtliches Verfahren vom Anwendungsbereich dieser Verordnungen ausgenommen.[26] Auch den Rechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG kann zur internationalen Zuständigkeit der Nachprüfungsinstanzen nichts entnommen werden, insbesondere bestimmen die Rechtsmittelrichtlinien nicht, dass sich das Recht der Vergaberechtsmittel zwangsläufig nach dem Recht des Mitgliedstaats richtet, nach dem das Vergabeverfahren durchgeführt wird. Es ist daher durchaus denkbar, dass eine nationale Nachprüfungsinstanz in den von Art. 39 Richtlinie 2014/24/EU erfassten Fällen ein ausländisches materielles Vergaberecht als Kontrollmaßstab anwendet.

23 So ist die Beteiligung von Drittstaaten an EVTZ gem. Art. 4 Absatz 3a VO ausdrücklich vorgesehen.

24 Art. 38 Abs. 8 KOM (2011) 896 und Art. 52 Abs. 8 KOM(2011) 895 (Fußn. 15).

25 Amtsblatt L 395 vom 30.12.1989, S. 33

26 Vgl. Art. 1 Abs. 1 ROM I (Fußn. 19) und Art. 1 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 11.07.2007 (ROM II), ABl. EU Nr. L 199/40.

Unter Hinweis auf die sog. Doppelfunktionalität der deutschen Gerichtsstandsvorschriften,[27] hat das OLG Düsseldorf die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für Nachprüfungsverfahren gegen öffentliche Auftraggeber i.S.d. § 98 GWB unmittelbar aus den § 97 ff. GWB gefolgert.[28] Diese Entscheidung erfolgte allerdings ohne Prüfung von vorrangigem Kollisionsrecht der EU. Ordnet man das Vergabeverfahren zutreffend dem Zivilrecht zu,[29] liegt es nahe, die internationale Zuständigkeit der Nachprüfungsinstanzen nach den Regeln der EuGVVO[30] zu bestimmen, wie es das OLG München in einem Fall aus dem Jahr 2011 getan hat.[31]

Die EuGVVO ist zum 10. Januar 2015 von der sog. Brüssel Ia-VO abgelöst worden.[32] Für den Rechtsschutz gegen Gesellschaften und juristische Personen sind nach der Brüssel Ia-VO grundsätzlich die Gerichte an deren satzungsmäßigen Sitz, deren Hauptverwaltung oder deren Hauptniederlassung zuständig (Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 63 Brüssel Ia-VO). Zusätzlich kommt aber eine Zuständigkeit nach Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO für delikts- oder deliktsähnliche Ansprüche in Betracht. Hierunter fallen neben Unterlassungs- und Wiederherstellungsansprüchen auch Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss.[33] Nach Art 7 Abs. 2 Brüssel Ia-VO sind (auch) die Gerichte an dem Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht, zuständig. Das kann u.U. – etwa bei einer diskriminierenden Vergabebekanntmachung – überall dort sein, wo von der Bekanntmachung Kenntnis genommen werden kann („Streueffekt"). Nach dem Grundprinzip *forum regit processum*, wendet das zuständige Gericht sodann sein eigenes Verfahrensrecht, die lex fori, an. Auch der Rechtsweg und die örtliche Zuständigkeit bestimmen sich nach der lex fori.[34]

Ein Problem liegt freilich darin, dass es sich bei den Nachprüfungsorganen in den Mitgliedstaaten nicht zwangsläufig um Gerichte handeln muss. Zwar stellt Art. 3 Brüssel Ia-VO bestimmte Behörden in den Mitgliedstaaten den Gerichten gleich. Nachprüfungsbehörden i.S.d. Rechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG werden jedoch nicht genannt. Es spricht allerdings für die Anwendbarkeit der Brüssel Ia-VO, dass der Europäische Gerichtshof die

27 Grundsätzlich verteilen die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit nicht nur die Rechtsprechungsaufgaben auf die einzelnen deutschen Gerichte nach örtlichen Gesichtspunkten, sondern legen sie mittelbar auch den Umfang der deutschen internationalen Zuständigkeit fest, vgl. *Reinhold Geimer*, in: Zöller, ZPO, 30. Aufl., IZPR Rdn. 37.

28 OLG Düsseldorf v. 17.12.2012 – VII-Verg 47/12, VergabeR 2013, S. 550, wobei das Gericht bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs von § 98 GWB nicht streng auf den Sitz des Auftraggebers abstellt.

29 Hierzu *Opitz*, in: FS Fridhelm Marx (Fußn. 5), S. 511; *Meinrad Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB/Teil 2, 5. Aufl. 2014, Vor §§ 97 ff. Rdn. 112 m. ausf. Nachw.

30 Verordnung Nr. 44/2001 des Rates v. 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EU Nr. L 12/1.

31 So OLG München v. 12.05.2011 - Verg 26/10, NZBau 2011, S. 630 = VergabeR 2011, S. 762; *Dreher* (Fußn. 28), Rdn. 216.

32 Die EuGVVO wird ab dem 10. Januar 2015 von der VO (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl.EU Nr. L 351/1, "Brüssel Ia-VO") ersetzt und aufgehoben.

33 EuGH v. 17.09.2002 – C-334/00, NJW 2002, S. 3159 (Tz. 23) zu Art. 5 EuGVVO.

34 Vgl. *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 30. Aufl., IZPR Rdn. 5.

deutschen Vergabekammern jedenfalls als Gerichte im Sinne von Art. 267 AEUV ansieht.[35] Pragmatisch und wegweisend hat das OLG München in der bereits erwähnten Entscheidung vom 12.05.2011 die Zuständigkeit der Vergabekammer Südbayern nach der EuGVVO bestimmt. Das allerdings ohne nähere Auseinandersetzung mit der Frage der Gerichtsqualität der Vergabekammer und der direkten oder analogen Anwendbarkeit der EuGVVO.

F. Fazit

Ob auf öffentliche Auftraggeber mit Sitz in Deutschland zwangsläufig deutsches Vergaberecht Anwendung findet, war schon bislang zweifelhaft. In Zukunft wird das jedenfalls nicht mehr der Fall sein. Die neuen EU-Vergaberichtlinien sehen bei der gelegentlichen gemeinsamen Beschaffung durch Auftraggeber unterschiedlicher Mitgliedstaaten und bei der Auftragsvergabe durch sog. „Gemeinsame Einrichtungen" eingeschränkte Rechtswahlmöglichkeiten vor. Auch vollziehen sich Beschaffungen über zentrale Beschaffungsstellen eines anderen Mitgliedstaats nach ausländischem Vergaberecht. Es ist bedauerlich, dass gerade die Frage des Vergaberechtsschutzes bei der gemeinsamen Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten, die die größte Rechtsunsicherheit aufwirft, nach den neuen EU-Vergaberichtlinien ungeregelt geblieben ist. Nach allgemeinen Grundsätzen spricht Einiges dafür, dass deutsche Nachprüfungsinstanzen für Überprüfung von Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber mit Sitz in Deutschland zuständig sind, und zwar ungeachtet des im Einzelfall angewendeten materiellen Vergaberechts.

[35] EuGH vom 18.09.2014, Rs. C‑549/13 „Bundesdruckerei GmbH". Vgl. auch EuGH, vom 13.12.2012, Rs. C-465/11 „Forposta" Rdnr. 17 f.; EuGH vom 18.06.2002, Rs. C‑92/00 „Hospital Ingenieure" Rdnr. 25 f.; EuGH vom 17.09.1997 Rs. C-54/96 „Dorsch Consult" Rdnr. 23.

Mehr Regeln (und Ausnahmen): Die neue Konzessionsvergaberichtlinie

von

RECHTSANWALT DR. ROLAND M. STEIN*

A. Einführung . . . 102

B. Anwendungsbereich der Richtlinie . . . 104

I. Persönlicher Anwendungsbereich . . . 104

1. Öffentlicher Auftraggeber . . . 105

2. Auftraggeber . . . 105

II. Sachlicher Anwendungsbereich . . . 106

1. Baukonzession . . . 107

2. Dienstleistungskonzession . . . 107

3. Abgrenzung der Baukonzession und Dienstleitungskonzession . . . 107

4. Abgrenzung der Konzession zum Auftrag: Risikoübertragung . . . 108

a. Art. 5 KVR . . . 108

b. Erwägungsgründe . . . 108

c. Vergleich zur bisherigen Rechtslage . . . 109

III. Schwellenwerte . . . 110

IV. Ausnahmen . . . 110

1. Sektorenspezifische Ausnahmen . . . 111

a. Art. 10 ff. KVR . . . 111

b. Strom- und Gaskonzessionen . . . 112

2. Für Auftraggeber geltende allgemeine Ausnahmen . . . 113

C. Inhouse-Vergabe und Interkommunale Zusammenarbeit . . . 113

I. Inhouse-Vergabe (vertikale Kooperation) . . . 114

II. Interkommunale Zusammenarbeit (horizontale Kooperation) . . . 114

D. Die Vergabe von Konzessionsverträgen . . . 115

* Der Autor ist Rechtsanwalt der Sozietät Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Berlin und dankt Herrn Dipl.-Jur. *Justus Bartelt* für die Unterstützung bei der Manuskripterstellung. Der Vortrag und dieses Manuskript gehen zurück auf einen kürzlich zum Thema veröffentlichten Beitrag (*Hans-Joachim Prieß/Roland M. Stein*, Die neue EU-Konzessionsvergaberichtlinie, VergabeR 2014, S. 499 ff.).

I. Arten der Vergabe . . . 115
II. Besonderheiten des Vergabeverfahrens . . . 116
1. Bekanntmachung . . . 116
2. Verfahrensgarantien . . . 117
3. Auswahl und qualitative Bewertung der Bewerber . . . 118
4. Zwingender Ausschluss . . . 118
a. Art. 38 Abs. 4 KVR . . . 119
b. Art. 38 Abs. 5 KVR . . . 119
c. Art. 38 Abs. 6 KVR . . . 119
5. Fakultativer Ausschluss . . . 120
6. Selbstreinigung . . . 121
7. Zuschlagskriterien . . . 122
III. Änderung von Verträgen . . . 122
1. Zulässige Änderungen . . . 123
2. Unzulässige (wesentliche) Änderungen . . . 124
IV. Kündigung . . . 124
E. Besonderheit: Beschränkung der Laufzeit . . . 125
F. Rechtsschutz im Konzessionsvergabeverfahren . . . 125
G. Fazit . . . 126

Am 28.3.2014 sind die neuen Vergaberichtlinien im Amtsblatt der EU publiziert worden. Neben einer Richtlinie zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch klassische öffentliche Auftraggeber und einer zur Auftragsvergabe durch Sektorenauftraggeber ist erstmals auch eine Richtlinie über die Vergabe von Konzessionsverträgen veröffentlicht worden. Die Vergaberichtlinien sind nunmehr am 17.4.2014 in Kraft getreten. Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit ausgewählten Reforminhalten der neuen Richtlinie über die Konzessionsvergabe, die innerhalb einer Umsetzungsfrist von 24 Monaten von den Mitgliedstaaten umgesetzt werden muss.

A. Einführung

Die neue Konzessionsvergaberichtlinie[1] (*KVR*) ist Teil der durch die „Strategie Europa 2020" angestoßenen Reform des europäischen Vergaberechts und ergänzt den europäischen Rahmen für die öffentliche Auftragsvergabe.[2] Das EU-Richtlinienpaket verfolgt das Ziel, ein effizienteres und wirtschaftlicheres europäisches Vergaberecht zu schaffen. Angesichts der aktuellen

1 Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe (ABl L 94 vom 28.03.2014, S. 1).

2 Hierzu eine hilfreiche Übersicht der aktuellen Richtlinientexte und der relevanten Dokumente zur Vergaberechtsreform auf http://www.forum-vergabe.de/informationen/modernisierung-des-

Haushaltslage in den meisten Mitgliedstaaten ist eine wirksame öffentliche Auftragsvergabe unerlässlich geworden. Die Regelungen sollen einen klaren Rechtsrahmen schaffen, der die erforderliche Rechtssicherheit gewährleistet, die öffentliche Auftraggeber und Bieter bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben benötigen. Daneben sollte speziell die KVR einen angemessenen, ausgewogenen und flexiblen Rahmen für die Konzessionsvergabe schaffen, um einen diskriminierungsfreien Marktzugang aller Wirtschaftsteilnehmer in der Union zu gewährleisten und so öffentliche Investitionen in die Infrastruktur und strategische Dienstleistungen für die Bürger zu fördern. Ob eine weitere Öffnung der internationalen Märkte und ein nachhaltiges Wachstum tatsächlich erreicht wird, ist zur Zeit aber nicht absehbar.

Im Rahmen der neu geschaffenen KVR wurde der letzte Stand der *EuGH*-Rechtsprechung weitgehend berücksichtigt und kodifiziert. Neben der Gewährleistung eines gleichberechtigten Zugangs aller Unternehmen zum Konzessionsmarkt soll die Konzessionsvergaberichtlinie darüber hinaus den Ausbau öffentlich-privater Partnerschaften fördern, bei denen Konzessionen, insbesondere bei Großprojekten, ein häufig eingesetztes Instrument darstellen. Denn Konzessionsverträge stellen nach Auffassung der Kommission ein wichtiges Hilfsmittel für den langfristigen strukturellen Ausbau von Infrastruktur und Dienstleistungen von strategischer Bedeutung dar. Sie tragen zur Entwicklung des Wettbewerbs im Binnenmarkt sowie zu mehr Effizienz und Innovationen bei und ermöglichen es, vom Fachwissen im privaten Sektor zu profitieren.

Die Richtlinie findet auch auf Dienstleistungskonzessionen Anwendung, die bislang nicht unter das Sekundärrecht fielen.[3] Deren Vergabe richtete sich bisher vielmehr ausschließlich nach dem Primärecht,[4] das eine Einhaltung der vergaberechtlichen Grundprinzipien der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz gewährleistet.[5] Zudem erfasst die neue Richtlinie den Bereich der Baukonzessionen, der bisher teilweise den Regelungen der allgemeinen Vergaberichtlinie (RL 2004/18/EG[6]) unterlag.

Sowohl über die grundsätzliche Notwendigkeit eines harmonisierten Instrumentariums zur Regelung der Konzessionsvergabe als auch über einige Bestimmungen wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens heftig diskutiert. Als prominenteste Beispiele seien der Wassersektor und die Rettungsdienste genannt, die nunmehr – insbesondere auf Druck der deutschen Kommunen – partiell aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen wurden. Ob

vergaberechts/ (letzter Abruf: 23.09.2014) und eine Übersicht der wesentlichen Aspekte der Reform http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/reform_proposals/index_de.htm (letzter Abruf 23.09.2014).

3 Vgl. Art. 17 RL 2004/18/EG.

4 Vgl. u.a. EuGH, Urt. v. 06.04.2006, Rs. C-410/04 – ANAV, VergabeR 2006, S. 488; EuGH, Urt. v. 13.10.2005, Rs. C-458/03 – Parking Brixen, VergabeR 2005, S. 737; EuGH, Urt. v. 30.05.2002, Rs. C-358/00 – Buchhändler-Vereinigung GmbH/Sauer, WuW/E Verg, S. 601; EuGH, Urt. v. 07. 12. 2000, Rs. C-324/98 – Telaustria, NZBau 2003, S. 50; vgl. i.Ü. auch *Carsten Jennert,* Der Begriff der Dienstleistungskonzession im Gemeinschaftsrecht – Zugleich ein Beitrag zum Entgeltlichkeitsbegriff des Dienstleistungsauftrags, NZBau 2005, S. 131 sowie *Jochen Bohne/Holger Heinbuch*, Die Dienstleistungskonzession als Privatisierungsmodell in der kommunalen Abwasserbeseitigung, NVwZ 2006, S. 489, 495.

5 Erwägungsgrund 4 KVR.

6 Art. 56 ff. Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134 vom 30.04.2004, S. 114).

dies aber, wie mitunter angenommen, tatsächlich ein großer Vorteil ist, kann bezweifelt werden. Schließlich müssen die primärrechtlichen Vorgaben dennoch eingehalten werden und es dürfte im Einzelfall zu Unklarheiten kommen, ob die klar umrissenen Ausnahmen (z.B. für die Inhouse-Vergabe) auch dafür gelten.[7]

Daneben wurden unter anderem der Regelungsumfang, das Mehr an Bürokratie und Kosten, die vermeintliche Existenzgefährdung von kommunalen Unternehmen sowie die Einschränkung der kommunalen Selbstverwaltung kritisiert.[8]

Zunächst werden im Folgenden der persönliche und sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie und seine sektorenspezifischen und allgemeinen Ausnahmen dargestellt (B.). Im Anschluss werden – allerdings nur kurz – die Inhouse-Vergabe und horizontale Kooperation als besondere Formen der staatlichen Zusammenarbeit angesprochen (C.); eine genauere Erörterung bleibt dem Beitrag von *Martin Schellenberg*, Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nach der Reform[9] vorbehalten. Schließlich widmet sich der Beitrag der Auswahl und dem Ausschluss von Bietern als Besonderheiten der Konzessionsvergabe (D.), der Beschränkung der Laufzeit von Konzessionen (E.) und dem vorgesehenen Rechtschutz im Konzessionsvergabeverfahren (F.), bevor am Ende ein Fazit gezogen wird (G.).

B. Anwendungsbereich der Richtlinie

Die Bestimmungen über den Anwendungsbereich befinden sich im Titel I, Kapitel I, Abschnitt I und umfassen insgesamt neun Artikel nebst Anhängen. Hinzu kommen verschiedene Ausschlussgründe in Abschnitt II (Art. 10 ff. KVR). Abschnitt I lässt sich in den persönlichen Anwendungsbereich (unter I.), den sachlichen Anwendungsbereich (unter II.) sowie die Schwellenwerte (unter III.) untergliedern. Dem schließen sich die – in der Praxis besonders wichtigen – Ausnahmeregelungen (unter IV.) an.

I. Persönlicher Anwendungsbereich

Die Richtlinie betrifft in persönlicher Hinsicht zwei Adressaten. Zum einen den öffentlichen Auftraggeber nach Art. 6 KVR sowie Auftraggeber nach Art. 7 KVR.

7 Vgl. hier *Hans-Joachim Prieß*, „Les jeux sont faits! Faites vos jeux!" – Editorial in NZBau 2014, S. 465 f. (Heft 8/2014).

8 *Andreas Neun/Olaf Otting*, Die Entwicklung des europäischen Vergaberechts in den Jahren 2012/2013, EuZW 2013, S. 529, 530 m.w.N; siehe auch *Hans-Joachim Prieß/Fridhelm Marx/Franz Josef Hölzl*, Kodifizierung des europäischen Rechtes zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nicht notwendig – Überlegungen am Beispiel der europäischen Regeln für die Trinkwasserversorgung, NVwZ 2011, S. 65; zum „Kodifikationsstreit" *Christian Braun*, Dienstleistungskonzessionen im europäischen Wandel, EuZW 2012, S. 451, 452.

9 s.o. S. 13.

1. Öffentlicher Auftraggeber

Als öffentliche Auftraggeber kommen sowohl der Zentralstaat als auch regionale oder lokale Gebietskörperschaften in Betracht (Art. 6 KVR). Daneben sind auch Einrichtungen des öffentlichen Rechts[10] und Verbände, die aus einer oder mehreren solcher Behörden oder einer oder mehreren solcher Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen, von dem Anwendungsbereich umfasst. Zu den öffentlichen Auftraggebern können auch öffentliche Unternehmen gehören.[11] Hier ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber den Bestimmungen der klassischen Richtlinie über die Auftragsvergabe (VKR).[12]

2. Auftraggeber

Weiterhin fallen Stellen in den Anwendungsbereich der Richtlinie, die einer der in Anhang II KVR genannten Tätigkeiten nachgehen und eine Konzession zum Zweck der Ausübung einer dieser Tätigkeiten vergeben (Art. 7 KVR, sog. Sektorenauftraggeber). Als Auftraggeber i.S. der Richtlinie kommen unter anderem der Staat, Gebietskörperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts in Betracht, Art. 7 Abs. 1 lit. a KVR. Daneben sind nach Art. 7 Abs. 1 lit. b KVR auch öffentliche Unternehmen erfasst, auf welche öffentliche Auftraggeber aufgrund der Eigentumsverhältnisse, der finanziellen Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden Bestimmungen direkt oder indirekt einen beherrschenden Einfluss ausüben können (Art. 7 Abs. 4 KVR). Ein solcher beherrschender Einfluss der öffentlichen Auftraggeber gilt als gegeben, wenn diese eine Mehrheitsbeteiligung am gekennzeichneten Unternehmenskapital halten oder über die Mehrheit der mit den Unternehmensanteilen verbundenen Stimmrechte verfügen oder diesen das Recht eingeräumt wird, Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans mehrheitlich zu bestellen (Art. 7 Abs. 4 UAbs. 2 KVR).

Der Gesetzgeber hat sich hier bewusst dagegen entschieden, Auftraggeber nach ihrer Rechtsstellung zu definieren.[13] Es wird unterstellt, dass Einrichtungen, die nach nationalem Recht für das Erbringen von Dienstleistungen im Zusammenhang mit einer der in Anhang II genannten Tätigkeiten zuständig sind, diese auch ausüben.

Die Tätigkeiten im Anhang II umfassen:

- die Bereitstellung und den Betrieb von festen Gas- und Wärmenetzen und die Einspeisung von Gas und Wärme in diese Netze;
- die Bereitstellung und den Betrieb von festen Stromnetzen und die Einspeisung von Strom in diese Netze;

10 Vgl. hierzu Erwägungsgrund 21 KVR.

11 Zur Auftraggebereigenschaft von Einrichtungen des öffentlichen Rechts vgl. z.B. EuGH, Urt. v. 13.01.2005, Rs. C-84/03 – Kommission/Spanien, NZBau 2005, S. 232 ff., Rdnr. 27 ff. oder EuGH, Urt. v. 12.09.2013, Rs. C-526/11 – Ärztekammer Westfalen-Lippe, NVwZ 2014, S. 59 ff., Rdnr. 16 ff. Vgl. auch *Klaus Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz (Hrsg.), GWB-Vergaberecht, 2014, § 98 Rdnr. 84 ff.

12 Siehe Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe vom 28.03.2014 (ABl. L 94 vom 28.03.2014, S. 65) (im Folgenden VKR).

13 Siehe Erwägungsgrund 24 KVR.

- die Bereitstellung und den Betrieb von Verkehrsnetzen;
- die Bereitstellung von Flughäfen, See- und Binnenhäfen oder anderen Terminaleinrichtungen;
- Postdienstleistungen und
- die Förderung von Gas, Öl, Kohle und anderen festen Brennstoffen.

Diese entsprechen den in den Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie[14] fallenden Tätigkeiten. Lediglich die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, der Einspeisung, der Fortleitung und der Abgabe von Trinkwasser wurde auf Druck der deutschen Kommunen (und systemwidrig) vom Anwendungsbereich der KVR ausgenommen (Art. 12 KVR).

Des Weiteren fallen auch solche Stellen in den Anwendungsbereich der Richtlinie, die auf der Grundlage besonderer oder ausschließlicher Rechte tätig sind, die ihnen zur Ausübung der in Anhang II genannten Tätigkeiten gewährt wurden. Sie sind jedoch ausnahmsweise dann nicht als Auftraggeber einzustufen, wenn diese Rechte mittels eines auf objektiven Kriterien beruhenden und insbesondere EU-Rechtsvorschriften entsprechenden und angemessen bekanntgegebenen Verfahrens gewährt wurden (Art. 7 Abs. 2 KVR). Hierzu gehören unter anderem Vergabeverfahren nach der neuen VKR, solche der neuen SKR und Verfahren nach Anhang III, wie zum Beispiel die Erteilung einer Genehmigung für den Betrieb von Erdgasanlagen nach der Richtlinie 2009/73/EG[15] oder öffentliche Dienstleistungsaufträge i.S. der VO (EG) Nr. 1370/2007[16].

II. Sachlicher Anwendungsbereich

In sachlicher Hinsicht umfasst die Richtlinie zwei Arten von Konzessionen. Die Richtlinie regelt zunächst die Vergabe öffentlicher Baukonzessionen, die – wie erwähnt – derzeit noch den Bestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG[17] unterfallen. Neu hingegen sind Bestimmungen zu Dienstleistungskonzessionen.

[14] Richtlinie 2014/25/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste ABl. L 94 vom 28.03.2014, S. 243 f. (im Folgenden SKR).

[15] Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.07.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG (Bl. 211 vom 14.08.2009, S. 94).

[16] Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. L 315 vom 3.12.2007, S. 1).

[17] Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134 vom 30.04.2004, S. 114).

1. Baukonzession

Die Baukonzession wird als ein entgeltlicher, schriftlich geschlossener Vertrag definiert, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragen, Art. 5 UAbs. 1 Nr. 1 lit. a KVR. Die Gegenleistung besteht – wie bisher – entweder allein in dem Recht zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung.

2. Dienstleistungskonzession

Die Dienstleistungskonzession wird als ein entgeltlicher, schriftlich geschlossener Vertrag definiert, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen bestehen (Art. 5 UAbs. 1 Nr. 1 lit. b KVR). Auch hier besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung.

Zusätzliche Begriffsklärungen enthalten die Erwägungsgründe 11 bis 20 KVR. Unklar bleibt an dieser Stelle jedoch – mangels Definition – die genaue Bedeutung des Begriffs der Betrauung.[18] Wahrscheinlich handelt es sich hierbei zwar lediglich um ein Synonym zum Begriff der Beauftragung[19] – insbesondere da es keinen sachlichen Grund für eine andere Bedeutung gibt. Im Hinblick auf die ungeklärte Begriffsbedeutung des Betrauens, auch über die KVR hinaus,[20] wäre eine einheitliche Begriffsverwendung bzw. eine Klarstellung jedoch wünschenswert gewesen.

3. Abgrenzung der Baukonzession und Dienstleitungskonzession

Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen der Baukonzession und der Dienstleistungskonzession bestimmt Art. 20 Abs. 1 KVR, dass Konzessionen, die sowohl Bau- als auch Dienstleistungen zum Gegenstand haben, gemäß den für diejenige Konzessionsart geltenden Bestimmungen vergeben werden, die den Hauptgegenstand des Konzessionsvertrags darstellt.

In Art. 20 Abs. 2 bis 5 KVR finden sich zudem weitere Abgrenzungsregeln. Dabei wird danach differenziert, ob die einzelnen Teile eines bestimmten Konzessionsvertrags objektiv trennbar sind oder nicht. Ist ein Vertrag objektiv trennbar, so sollen beispielsweise Verträge, die neben den von der KVR erfassten Elementen noch weitere Elemente zum Gegenstand haben, durch

18 Hierzu genauer *Matthias Knauff/Elisabeth Badenhausen*, Die neue Richtlinie über die Konzessionsvergabe, NZBau 2014, S. 395, 396 mit zugehöriger Fußn. 24.

19 Hierfür spricht jedenfalls ein Vergleich der englischen mit der deutschen Sprachfassung der KVR: Während in der englischen Fassung in Art. 5 UAbs. 1 Nr. 1 lit. a und b jeweils der Begriff „entrust" verwendet wird, spricht die deutsche Fassung in lit. a von „beauftragen" und nur in lit. b von „betrauen". Zudem wird im Erwägungsgrund 11 der englischen Fassung der Begriff „entrust" verwendet, wohingegen in der deutschen Fassung von „beauftragen" die Rede ist.

20 *Knauff/Badenhausen* (Fußn. 18), NZBau 2014, S. 396 m.w.N.

getrennte Verträge vergeben werden können (Abs. 3). Sind die einzelnen Teile allerdings objektiv nicht trennbar, so wird die anwendbare rechtliche Regelung anhand des Hauptgegenstandes dieses Vertrags bestimmt (Abs. 5).

4. Abgrenzung der Konzession zum Auftrag: Risikoübertragung

a. Art. 5 KVR

Baukonzession und Dienstleistungskonzession sind jeweils zum Bauauftrag einerseits und zum Dienstleistungsauftrag andererseits wie folgt abzugrenzen: Gemeinsames Abgrenzungskriterium ist der Übergang des Betriebsrisikos auf den Konzessionsnehmer (Art. 5 UAbs. 2 KVR). Handelt es sich bei der Vergabe um eine Bau- oder Dienstleistungskonzession, so geht das Betriebsrisiko für die Nutzung des entsprechenden Bauwerks bzw. für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer über, wobei es sich sowohl um ein Nachfrage- und/oder um ein Angebotsrisiko handeln kann (Art. 5 UAbs. 2 Satz 1 KVR).[21]

Hierbei gilt das Betriebsrisiko – in Anlehnung an die bisherige *EuGH*-Rechtsprechung[22] – als vom Konzessionsnehmer getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen, die Gegenstand der Konzession sind, wieder erwirtschaftet werden können (Art. 5 UAbs. 2 Satz 2 KVR). Der Teil des auf den Konzessionsnehmer übergegangenen Risikos beinhaltet auch, dass dieser den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 Satz 3 KVR).

Maßgeblich ist somit das sog. Verlustrisiko.[23] Risiken wie solche, die im Zusammenhang mit Missmanagement, vertraglichen Ausfällen des Wirtschaftsteilnehmers oder höherer Gewalt stehen, sind für die Einstufung als Konzession jedoch nicht ausschlaggebend, da sie jedem Vertrag innewohnen.[24]

b. Erwägungsgründe

In den Erwägungsgründen finden sich einige Erläuterungen zum Begriff der Konzession. So wird in Erwägungsgrund 18 noch einmal verdeutlicht, dass der Wirtschaftsteilnehmer im Falle einer Konzession nicht von jedem möglichen Verlust freigestellt werden darf. Zudem sollte hiernach klargestellt werden, dass bestimmte Vereinbarungen, die *ausschließlich* von einem (öffentlichen) Auftraggeber vergütet werden, als Konzessionen gelten, wenn die Erwirtschaftung der Investitionsaufwendungen und Kosten des Betreibers von der tatsächlichen Nachfrage abhängt. Dies wird allerdings in Art. 5 Nr. 1 KVR nicht ganz deutlich. Dort heißt es

21 Vgl. hierzu auch Erwägungsgründe 18 und 20 KVR.

22 EuGH, Urt. v. 10.03.2011, Rs. C-274/09 – Rettungsdienstleistungen Stadler, VergabeR 2011, S. 430; EuGH, Urt. v. 25.03.2010, Rs. C-451/08 – Müller, VergabeR 2010, S. 441; EuGH, Urt. v. 10.09.2009, Rs. C-206/08 – Eurawasser, VergabeR 2010, S. 48.

23 *Marc Opitz*, Die Zukunft der Dienstleistungskonzession, NVwZ 2014, S. 753, 756.

24 So Erwägungsgrund 20 KVR, der damit die Rechtsprechung des EuGH kodifiziert, vgl. EuGH, Urt. v. 10.11.2011, Rs. C-348/10 – Norma-A, NZBau 2012, S. 183, 185, Rdnr. 49.

lediglich, dass „die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht". Der Fall der ausschließlichen Vergütung durch den (öffentlichen) Auftraggeber ist somit nicht explizit erfasst. Ausweislich des Erwägungsgrundes müssen solche – in der Praxis wohl recht seltene – Konstellationen aber trotzdem vom Anwendungsbereich der KVR erfasst sein, auch wenn dies wohl in gewissem Widerspruch zur bisherigen *EuGH*-Rechtsprechung[25] steht.

Aus Erwägungsgrund 14 KVR ergibt sich weiterhin, dass Konzessionsverträge „wechselseitig bindende Verpflichtungen" enthalten. Der Konzessionsnehmer ist demnach nicht nur berechtigt, eine bestimmte Leistung auf dem Markt zu erbringen, sondern hierzu auch verpflichtet.[26] Insoweit besteht ein entscheidender Unterschied zu gewerberechtlichen Erlaubnissen.[27]

Weiterhin ließe sich aufgrund von Erwägungsgrund 16 KVR („Erwerb von Dienstleistungen […] für sich selbst oder für Endnutzer") und Art. 1 Abs. 1 KVR („Beschaffung im Wege von Konzessionen") vertreten, dass Empfänger der Dienstleistung der Konzessionsgeber selbst sein muss. Wie *Opitz*[28] zutreffend feststellt, erfordert der Wortlaut von Art. 5 UAbs. 1 Nr. 1 lit. b KVR allerdings keine Inanspruchnahme der Dienstleistung durch den Konzessionsgeber selbst. Dies würde auch Art. 5 UAbs. 2 KVR widersprechen, wonach der Konzessionsnehmer den „Unwägbarkeiten des Marktes" tatsächlich ausgesetzt sein muss. Der Konzessionsnehmer kann die Gegenleistung somit auch dafür erhalten, dass er – wie beim Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) – die Leistung an Dritte erbringt.[29]

c. Vergleich zur bisherigen Rechtslage

Die in der *EuGH*-Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen und Abgrenzungskriterien wurden somit teilweise übernommen und präzisiert.[30] Die neue Richtlinie stellt hinsichtlich der Übernahme des Betriebsrisikos konkretere Anforderungen als die bisherige *EuGH*-Rechtsprechung.[31] Nach dem *EuGH* konnte eine Dienstleistungskonzession bereits dann angenommen werden, wenn das vom öffentlichen Auftraggeber eingegangene Betriebsrisiko aufgrund der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung der Dienstleistung von vornherein zwar erheblich eingeschränkt war, der Auftragnehmer aber dieses eingeschränkte Risiko zumindest zu einem

25 Einen Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung des EuGH sieht jedenfalls *Richard Craven*, The EU's 2014 Concessions Directive, P.P.L.R. 2014, S. 188, 193. Vgl. jedoch auch *Ingeborg Diemon-Wies/Katharina Hesse*, Präzisierte Kriterien für die Abgrenzung von Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession, NZBau 2012, S. 341, 342.

26 *Opitz* (Fußn. 23), NVwZ 2014, S. 756 f. mit Verweis auf *Fritz Rittner/Meinrad Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, 2008, S. 174.

27 Näher *Opitz* (Fußn. 23), NVwZ 2014, S. 756 f.

28 *Opitz* (Fußn. 23), NVwZ 2014, S. 757; ähnlich *Erfried Schüttpelz*, Wegenutzungsverträge Strom und Gas aus der Sicht der Rechtsprechung, VergabeR 2013, S. 361, 362.

29 *Opitz* (Fußn. 23), NVwZ 2014, S. 757.

30 Vgl. insb. EuGH, Urt. v. 25.03.2010, Rs. C-451/08 – Müller, NZBau 2010, S. 341.

31 EuGH, Urt. v. 10. 9. 2009, Rs. C-206/08 – WAZV Gotha, VergabeR 2010, S. 48; Erwägungsgrund 19 KVR.

erheblichen Teil übernahm.[32] Nach der Richtlinie ist eine Beschränkung der Risikoübertragung auf bestimmte Ausnahmefälle begrenzt worden.[33] Dies ist beispielsweise in Branchen mit vorgeschriebenen Tarifen der Fall. Weiterhin sind solche Beschränkungen möglich, die einen (teilweisen) Ausgleich vorsehen, wenn die Konzession vorzeitig durch den Auftraggeber, aus Gründen, die dieser zu vertreten hat, gekündigt wird oder aufgrund höherer Gewalt beendet wird.[34]

Zur Höhe des vom Konzessionsnehmer zu übernehmenden Betriebsrisikos finden sich in der KVR keine konkreteren Ausführungen. Erwägungsgrund 18 bestimmt lediglich, dass eine Konzession stets die Übertragung eines „Betriebsrisikos wirtschaftlicher Art auf den Konzessionsnehmer" einschließe, auch „wenn ein Teil des Risikos bei den öffentlichen Auftraggebern oder Auftraggebern verbleibt". Hinweise darauf, dass der Konzessionsnehmer den „wesentlichen" oder „überwiegenden" Teil dieses Risikos übernehmen muss, sind nicht ersichtlich.[35] Das übernommene Risiko muss demnach lediglich substantiell sein, den Teil des Risikos des (öffentlichen) Auftraggebers aber nicht übersteigen.

III. Schwellenwerte

Nach Art. 8 Abs. 1 KVR gilt die Richtlinie für Bau- und Dienstleistungskonzessionen, deren Vertragswert mindestens 5.186.000 EUR beträgt. Der Schwellenwert wird alle zwei Jahre durch die Kommission angepasst und neu festgelegt.

IV. Ausnahmen

Die KVR sieht eine Reihe von Ausnahmen vor (Titel I, Kapitel I, Abschnitt II).[36] Diese können in sektorenspezifische (unter 1.) und allgemeine Ausnahmen (unter 2.) unterteilt werden. Liegt eine solche Ausnahme vor, kann die Konzession ohne Einhaltung der Vorgaben der KVR vergeben werden; die verfahrensrechtlichen Vorgaben des EU-Primärrechts aus den Grundfreiheiten und dem Beihilferecht sind aber dennoch einzuhalten.[37]

32 EuGH, Urt. v. 10.03.2011, Rs. C-274/09 – Rettungsdienstleistungen Stadler, VergabeR 2011, S. 430; EuGH, Urt. v. 25.03.2010, Rs. C-451/08 – Müller, VergabeR 2010, S. 441 Rdnr. 75; EuGH, Urt. v. 10. 9. 2009, Rs. C-206/08 – WAZV Gotha, VergabeR 2010, S. 48.

33 Zwar spricht die Verwendung des Wortes „beispielsweise" in Erwägungsgrund 19 KVR nicht zwingend dafür, dass *nur* derartige Ausnahmefälle erfasst sein sollen. Die Ausnahme für Branchen mit vorgeschriebenen Tarifen ist in der Praxis aber sicherlich der Regelfall.

34 Erwägungsgrund 19 KVR. A.A. wohl *Opitz* (Fußn. 23), NVwZ 2014, S. 756.

35 *Opitz* (Fußn. 23), NVwZ 2014, S. 756; vgl. zudem *Knauff/Badenhausen* (Fußn. 18), NZBau 2014, S. 396.

36 Kritisch hierzu *Braun* (Fußn. 8), EuZW 2012, S. 454.

37 *Hans-Joachim Prieß/Marc Gabriel*, M&A-Verfahrensrecht – EG-rechtliche Verfahrensvorgaben bei staatlichen Beteiligungsveräußerungen, NZBau 2007, S. 617 ff.; *Prieß* (Fußn. 7), NZBau 2014, S. 465 f.

1. Sektorenspezifische Ausnahmen

a. Art. 10 ff. KVR

Ein Teil der sektorenspezifischen Ausnahmen ist in Art. 10 KVR geregelt. Zunächst sind Dienstleistungskonzessionen vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen, die aufgrund eines ausschließlichen Rechts vergeben werden (Art. 10 Abs. 1 UAbs. 1 KVR). Dieses Recht muss aufgrund einer nationalen Rechts- oder Verwaltungsvorschrift an öffentliche Auftraggeber, Auftraggeber oder Verbände solcher Körperschaften gewährt worden sein. Dasselbe gilt für Dienstleistungskonzessionen im Rahmen von Tätigkeiten nach Anhang II, die aufgrund eines ausschließlichen Rechts an Wirtschaftsteilnehmer vergeben werden (Art. 10 Abs. 1 UAbs. 2 KVR).

Ebenfalls vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind nach Art. 10 KVR insbesondere Konzessionsvergaben aufgrund völkerrechtlicher Verpflichtungen, Konzessionen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit, Rechtsdienstleistungen im Rahmen von Schieds- und Gerichtsverfahren und Finanzdienstleistungen.[38] Dies entspricht den Ausnahmetatbeständen der VKR.[39] Bei manchen Ausnahmen ist jedoch fraglich, ob diese in der Praxis von großer Bedeutung sein werden. So sind beispielsweise juristische Dienstleistungen in Form von Dienstleistungskonzessionen nicht recht vorstellbar.

Weitere sektorenspezifische Ausnahmen umfassen den Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze (Art. 11 KVR) sowie Tätigkeiten, die unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt sind (Art. 16 KVR). Die Richtlinie gilt nach der letztgenannten Vorschrift nicht für von Auftraggebern vergebene Konzessionen, wenn im Rahmen des Verfahrens nach Art. 35 der neuen SKR auf Antrag eines Mitgliedstaates festgestellt wurde, dass diese Tätigkeit in dem Mitgliedstaat, in welchem sie durchgeführt wird, unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist. Die Ausnahme erfordert insofern stets eine ausdrückliche Feststellung der Kommission. Erfolgreich war in Deutschland bislang ein Freistellungsverfahren im Bereich der Erzeugung und des Großhandels von konventionellem Strom.[40]

Zudem ist die Anwendung der Richtlinie gem. Art. 12 KVR auch im Bereich der Trinkwasserversorgung ausgeschlossen. Diese Ausnahme war im Gesetzgebungsprozess sehr umstritten. Ausschlaggebend für den Ausschluss war neben dem Druck deutscher Kommunen letztlich insbesondere die (erste erfolgreiche) EU-Bürgerinitiative „Right2Water".[41]

38 Vergleichbare Ausschlüsse finden sich in der neuen VKR, dort insb. Art. 9, Art. 10 und Art. 15.

39 Vgl. insbesondere Art. 10 VKR.

40 Durchführungsbeschluss der Kommission v. 24.04.2012, 2012/218/EU; zu weiteren Freistellungsverfahren in anderen Mitgliedstaaten vgl. *Alfred Debus*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, 2013, § 3 SektVO Rdnr. 21.

41 Hierzu Erwägungsgrund 40 KVR sowie die Pressemitteilung des EU-Binnenmarktkommissars *Michel Barnier* v. 21.06.2013, abrufbar im Internet unter http://ec.europa.eu/deutschland/press/pr_releases/11496_de.htm (zuletzt abgerufen am 07.10.2014). Ausführlich zur Bürgerinitiative selbst *Satish Sule*, „Recht auf Wasser" – Zur ersten der Europäischen Kommission vorgelegten Europäischen Bürgerinitiative nach dem Lissabonner Vertrag, EuZW 2014, S. 725 ff. Vgl. zudem *Christian Sudbrock*, Wasserkonzessionen, In-House-Geschäfte und interkommunale Kooperationen

b. Strom- und Gaskonzessionen

Im Rahmen der sektorenspezifischen Ausnahmen stellt sich weiterhin die Frage, ob zukünftig auch die Vergabe kommunaler Strom- und Gaskonzessionen vom Anwendungsbereich der KVR erfasst ist. Bislang galt an dieser Stelle neben den Vorgaben aus dem EnWG (§§ 1, 46) lediglich das europäische Primärrecht.[42] Nunmehr dürften derartige Konzessionen aber in aller Regel Dienstleistungskonzessionen i.S.v. Art. 5 UAbs. 1 Nr. 1 lit. b KVR darstellen.[43] Die Strom- und Gaskonzessionen verschaffen primär ein Recht zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege zur Verlegung und Betrieb von Leitungen (§ 46 EnWG). An diese Betreiberstellung knüpfen das EnWG und das Verordnungsrecht (NAV, Strom-/GasNZV) aber ausdifferenzierte Leistungspflichten, namentlich die Pflicht zum sicheren Betrieb und bedarfsgerechten Ausbau des Leitungsnetzes, zur Gewährung diskriminierungsfreien Netzzugangs und Netzanschluss für Dritte. Teilweise werden diese Pflichten auch im Konzessionsvertrag festgehalten, so dass letztlich eine Lieferverpflichtung besteht und eine solche Konzession auch einen Beschaffungscharakter aufweist.[44] Der Unterschied zum Dienstleistungsauftrag besteht nur darin, dass der Konzessionär nicht durch den Konzessionsgeber, sondern weitgehend durch Dritte vergütet wird.[45]

Es erscheint daher gerechtfertigt, auch solche Konzessionen als Dienstleistungskonzessionen im Sinne der KVR zu behandeln. Schließlich handelt es sich nicht um ein bloßes Wegerecht ohne jegliche Lieferverpflichtungen, die nach Erwägungsgrund 16 KVR nicht vom Anwendungsbereich der KVR erfasst sein sollen.

nach den neuen EU-Vergaberichtlinien, KommJur 2014, S. 41, 42 f. Zu weiteren Ausnahmen der Richtlinie siehe *Knauff/Badenhausen* (Fußn. 18), NZBau 2014, S. 395, 397 f.

42 Vgl. Rdnr. 4 und 15 des Gemeinsamen Leitfadens von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers v. 15.12.2010. Vgl. hierzu auch *Bernd Holznagel*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Konzessionsvergabe, NordÖR 2014, S. 301, 303.

43 So auch *Holger Weiß*, Stand und Perspektiven des Rechts der Strom- und Gaskonzessionsvergabe, NVwZ 2014, S. 1415, 1419; a.A. *Andreas Schwab/Amelie Giesemann*, Mit mehr Regeln zu mehr Rechtssicherheit? Die Überarbeitung des europäischen Vergaberechts, VergabeR 2014, S. 351, 366 sowie *Andreas Graef/Julian Faasch*, Kartellvergaberecht als disziplinierender Faktor bei der Vergabe von Gas- und Stromkonzessionen, NZBau 2014, S. 548, 550. Vgl. zudem *Peter Becker/Heinz-Peter Dicks*, Vergabe von Wegenutzungsrechten nach § 46 EnWG – Rechtsrahmen für Konzessionsvergaben und für Partnerschaften mit kommunalen Netzbetreibern, ZNER 2014, S. 425, 425 und 429; *Bettina Tugendreich*, Strategische Partnerschaften im Zusammenhang mit der Vergabe von Wegenutzungsverträgen nach § 46 EnWG – Möglichkeiten und Grenzen im Lichte des Vergabe-, Energiewirtschafts- und Kartellrechts –, ZfBR 2014, S. 547, 552 f.; *Schüttpelz* (Fußn. 28), VergabeR 2013, S. 362.

44 Dabei ist es wie oben dargelegt nicht erforderlich, dass der Konzessionsgeber selbst Empfänger der Dienstleistung wird. Es reicht ebenfalls aus, wenn der Konzessionsnehmer die Gegenleistung dafür erhält, dass er die Leistung an Dritte erbringt.

45 *Weiß* (Fußn. 43), NVwZ 2014, S. 1419.

2. Für Auftraggeber geltende allgemeine Ausnahmen

Zu den allgemeinen – jedoch nicht für öffentliche Auftraggeber, sondern nur für Auftraggeber nach Art. 7 KVR geltenden – Ausnahmen gehört zunächst die Konzessionsvergabe an ein verbundenes Unternehmen (Art. 13 KVR, sog. Konzernprivileg). Ein verbundenes Unternehmen i.S. des Art. 13 KVR liegt zum einen im Falle einer Konsolidierung der Jahresabschlüsse des betroffenen Unternehmens mit denen des Auftraggebers gemäß den Bestimmungen der Richtlinie 2013/34/EU[46] vor. Zum anderen gelten solche Unternehmen als verbunden, die entweder unmittelbar oder mittelbar einem beherrschenden Einfluss des Auftraggebers unterliegen bzw. einen solchen Einfluss auf diesen ausüben, oder gemeinsam mit dem Auftraggeber dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens unterliegen.[47] Für das Vorliegen der Ausnahme müssen, unter Berücksichtigung aller Bau- bzw. Dienstleistungen, mindestens 80 % des insgesamt von dem verbundenen Unternehmen erzielten Umsatzes während der letzten drei Jahre aus der Erbringung von Dienst- bzw. Bauleistungen für den Auftraggeber oder andere mit ihm verbundene Unternehmen stammen (Art. 13 Abs. 4 KVR).

Daneben ist auch die Konzessionsvergabe an ein Gemeinschaftsunternehmen oder an einen Auftraggeber, der an einem Gemeinschaftsunternehmen beteiligt ist, vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen (Art. 14 KVR, sog. Joint Venture-Privileg/Joint-Inhouse-Vergabe). Ein Gemeinschaftsunternehmen ist hierbei ein Zusammenschluss aus mehreren Auftraggebern, der für eine Mindestdauer von drei Jahren zur Durchführung von in Anhang II der Richtlinie genannten Tätigkeiten errichtet wurde. Auch diese Ausnahme findet nur auf Auftraggeber Anwendung.

Weitere (Teil-)Ausnahmen bzw. Sonderregelungen gelten für soziale und andere besondere Dienstleistungen,[48] Konzessionen, die Verteidigungs- und Sicherheitsaspekte beinhalten,[49] sowie Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen.[50]

C. Inhouse-Vergabe und Interkommunale Zusammenarbeit

Die insbesondere in der deutschen Praxis wichtige Ausnahme für Konzessionsvergaben zwischen öffentlich-rechtlichen Körperschaften ist in Art. 17 KVR normiert. Während die Absätze 1 bis 3 die sog. Inhouse-Vergabe regeln (vertikale Kooperation), betrifft Absatz 4 die Verwaltungszusammenarbeit (horizontale Kooperation). Sofern alle jeweils genannten Voraussetzungen erfüllt sind, ist die Konzessionsvergabe ausschreibungsfrei.[51]

46 Richtlinie 2013/34/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26.06.2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen (ABl. L 182 v. 29.06.2013, S. 19).

47 Zum Begriff des „beherrschenden Einflusses“ siehe bereits zu Art. 7 KVR (B.I.1.).

48 Art. 19 KVR.

49 Art. 21, 23 KVR.

50 Art. 25 KVR.

51 *Sudbrock* (Fußn. 41), KommJur 2014, S. 42 f.

I. Inhouse-Vergabe (vertikale Kooperation)

Der *EuGH* war bisher in ständiger Rechtsprechung von einer Ausschreibungsfreiheit von Inhouse-Vergaben ausgegangen, ohne dass dies ausdrücklich in den Vergaberichtlinien geregelt gewesen wäre. Im Bereich der Dienstleistungskonzessionen ist seit der *ANAV*-Entscheidung des *EuGH* anerkannt, dass die primärrechtlichen Bestimmungen sowie die allgemeinen Grundsätze keine Anwendung finden, soweit die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe erfüllt sind. [52] Diese Rechtsprechung dürfte auch in Zukunft gelten.

Die Vorschriften zur Inhouse-Vergabe greifen mit einigen Ausnahmen die Rechtsprechung des *EuGH* auf und präzisieren diese.[53] So muss für die Annahme einer Inhouse-Vergabe zum einen der (öffentliche) Auftraggeber über die betreffende juristische Person eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausüben (sog. Beherrschungskriterium). Zudem darf die Marktausrichtung des Konzessionsnehmers eine bestimmte Grenze nicht überschreiten (sog. Wesentlichkeitskriterium) und es darf grds. keine direkte private Kapitalbeteiligung an der kontrollierten juristischen Person bestehen.

II. Interkommunale Zusammenarbeit (horizontale Kooperation)

Im Bereich der interkommunalen Zusammenarbeit wird schließlich die Verwaltungszusammenarbeit (sog. horizontale Kooperation) zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern oder Auftraggebern von dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen. Eine bestimmte Rechtsform der Zusammenarbeit ist nicht vorgeschrieben.[54]

Auch hier ist das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen erforderlich. So muss ein ausschließlich zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag eine Zusammenarbeit begründen oder erfüllen, mit dem Ziel, sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden (Art. 17 Abs. 4 lit. a KVR).[55] Zudem darf die Zusammenarbeit ausschließlich Erwägungen des öffentlichen Interesses unterliegen (lit. b) und die beteiligten (öffentlichen) Auftraggeber dürfen nicht mehr als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeit auf dem offenen Markt erbringen (lit. c).[56]

52 EuGH, Urt. v. 06.04.2006, Rs. C-410/04 – ANAV, Rdnr. 24, VergabeR 2006, S. 488.

53 Vgl. Erwägungsgrund 45 KVR; vgl. insb. EuGH, Urt. v. 13.06.2013, Rs. C-386/11 – Piepenbrock, VergabeR 2013, S. 686; EuGH, Urt. v. 19.12.2012, Rs. C-159/11 – Azienda Sanitaria, VergabeR 2013, S. 195; EuGH, Urt. v. 22.12.2010, Rs. C-215/09 – Oulun kaupunki, VergabeR 2011, S. 575; EuGH, Urt. v. 16.12.2010, Rs. C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, VergabeR 2009, S. 738; EuGH, Urt. v. 18.11.1999, Rs. C-107/98 – Teckal, NZBau 2000, S. 90.

54 EuGH, Urt. v. 09.06.2009, Rs. C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg, Slg. 2009, I-4747, VergabeR 2009, S. 738; siehe Erwägungsgrund 47 KVR.

55 Dies entspricht im Wesentlichen dem durch den *EuGH* in der Rechtssache Stadtreinigung Hamburg (EuGH, Urt. v. 09.06.2009, Rs. C-480/06) festgelegten Maßstab. Demgegenüber steht das in Erwägungsgrund 47 KVR statuierte Pflichtenprogramm im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung, vgl. EuGH, Urt. v. 13.06.2013, Rs. C-386/11 – Piepenbrock sowie EuGH, Urt. v. 19.12.2012, Rs. C-159/11 – Azienda Sanitaria.

56 Näheres von *Schellenberg* (Fußn. 9).

Näheres zu den Inhouseregeln nach der Reform enthält der Beitrag von *Martin Schellenberg* in diesem Tagungsband. Da die Regeln zu Inhouse-Vergabe und interkommunaler Kooperation der KVR zudem fast wortgleich denen der VKR entsprechen und insoweit keine wesentlichen Unterschiede bestehen,[57] kann an dieser Stelle auf eine ausführlichere Darstellung verzichtet werden.[58]

D. Die Vergabe von Konzessionsverträgen

Im Bereich der Konzessionsvergabe umfasst die neue Richtlinie eine ganze Reihe von interessanten Themenbereichen und Besonderheiten. Im Folgenden wird eine Auswahl dieser Neuerungen besprochen. Neben den verschiedenen Arten der Vergabe (unter I.) und ausgewählten Besonderheiten des Vergabeverfahrens (unter II.) werden die Auswirkungen von Vertragsänderungen (unter III.) sowie Kündigungsmöglichkeiten (unter IV.) dargestellt.

I. Arten der Vergabe

Die Richtlinie sieht keinen fest vorgeschriebenen Katalog an Vergabeverfahren für die Vergabe von Konzessionen vor. Bei der Wahl und der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens hat der Auftraggeber vielmehr einen weiten Ermessensspielraum (Art. 30 Abs. 1 KVR). Es bestehen keine inhaltlichen Vorgaben oder Voraussetzungen für die Auswahl der Verfahrensart. Somit kommen insbesondere das offene Verfahren, das nicht-offene Verfahren, das Verhandlungsverfahren, der wettbewerbliche Dialog oder eine Mischung dieser Verfahren in Betracht. Dies ist ein erheblicher Unterschied zu den anderen neuen Richtlinien, in welchen die einzelnen Verfahren und deren Auswahl detailliert geregelt sind.[59]

Allerdings besteht gemäß Art. 30 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 KVR eine Bindung an EU-rechtliche Grundsätze. So sind insbesondere das Gleichbehandlungs-, das Nichtdiskriminierungs- und das Transparenzgebot zu gewährleisten. Zudem soll auch der Wettbewerbsgrundsatz zu beachten sein.[60]

57 Vgl. Art. 12 VKR, Art. 28 SKR; *Hans-Joachim Prieß/Roland M. Stein*, Die neue EU-Sektorenrichtlinie, NZBau 2014, S. 323, 325; *Matthias Knauff*, Neues zur Inhouse-Vergabe, EuZW 2014, S. 486, 489.

58 Vgl. zu Inhouse-Vergabe und interkommunaler Zusammenarbeit aktuell z.B. auch *Sudbrock* (Fußn. 41), KommJur 2014, S. 43 ff.; *Andreas Neun/Olaf Otting*, Die EU-Vergaberechtsreform 2014, EuZW 2014, S. 446, 448; *Gerhard Dabringhausen*, Die europäische Neuregelung der Inhouse-Geschäfte – Fortschritt oder Flop?, VergabeR 2014, S. 512 ff.; *Knauff/Badenhausen* (Fußn. 18), NZBau 2014, S. 398 f.; *Knauff* (Fußn. 57), EuZW 2014, S. 486 ff. sowie *Wolfgang Jaeger*, Die neue Basisvergaberichtlinie der EU vom 26.2.2014 – ein Überblick, NZBau 2014, S. 260 ff.

59 Vgl. insofern Art. 26 ff. VKR sowie Art. 44 ff. SKR.

60 Obwohl dieser in Art. 3 KVR nicht genannt ist, vgl. *Knauff/Badenhausen* (Fußn. 18), NZBau 2014, S. 400.

Bei der Umsetzung müssen die Mitgliedstaaten gem. Art. 30 Abs. 3 KVR geeignete Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass Wirtschaftsteilnehmer bei der Durchführung von Konzessionsverträgen die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten.

II. Besonderheiten des Vergabeverfahrens

Das Vergabeverfahren im Bereich der Konzessionsvergabe weist einige Besonderheiten auf. Dazu gehören insbesondere die Vorgaben zur Bekanntmachung (unter 1.), zu Verfahrensgarantien (unter 2.), zur Auswahl und Bewertung der Bieter (unter 3.), zum zwingenden (unter 4.) und zum fakultativen Ausschluss von Bietern (unter 5.) sowie zur Selbstreinigung (unter 6.).

1. Bekanntmachung

Der Vergabe von Konzessionen muss eine Konzessionsbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vorausgehen, Art. 31 Abs. 1 KVR.[61] Eine Konzessionsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung ist nur dann ausnahmsweise zulässig, wenn von Beginn an feststeht, dass eine Veröffentlichung nicht zu mehr Wettbewerb führen würde. Das ist der Fall, wenn es objektiv und aufgrund ausdrücklich genannter Ausnahmefälle nur einen einzigen Wirtschaftsteilnehmer gibt, der den konkreten Konzessionsvertrag durchführen kann.

Hierunter fallen zunächst Konzessionen, die eine einzigartige Leistung beinhalten (Art. 31 Abs. 4 UAbs. 1 KVR lit. a). Eine Bekanntmachung entfällt auch bei Konzessionen, bei denen aus technischen Gründen kein Wettbewerb existiert (lit. b), ein ausschließliches Recht besteht (lit. c) oder ein Unterlassen der Veröffentlichung aufgrund des Schutzes von Patenten, Urheberrechten oder anderen Rechten des geistigen Eigentums unerlässlich erscheint (lit. d).

Eine Veröffentlichung ist ferner dann entbehrlich, wenn eine vorangegangene Ausschreibung einer vergleichbaren Konzession erfolglos geblieben ist (Art. 31 Abs. 5 KVR). Angesichts von Erwägungsgrund 51 KVR und allgemeiner europarechtlicher Erwägungen sollten diese Ausnahmen aber restriktiv ausgelegt werden. Art. 31 Abs. 4 und 5 KVR dürften weiterhin in gleicher Weise wirken wie die Gründe, bei denen im Anwendungsbereich der VKR bzw. SKR auf das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung bzw. ohne Aufruf zum Wettbewerb zurückgegriffen werden darf (Art. 32 VKR sowie Art. 50 SKR).

Die Bekanntmachung ist gemäß des jeweiligen Standardformulars zu erstellen und muss die in Anhang V genannten Angaben enthalten (Art. 33 Abs. 1 KVR).[62] Hier sind insgesamt 16 verschiedene Punkte aufgeführt, darunter eine Beschreibung der Konzession, Teilnahmebedingungen, Fristen zur Einreichung von Teilnahmeanträgen, Zuschlagskriterien und weitere vom Auftraggeber für sinnvoll erachtete Angaben.

[61] Die Regeln zur Bekanntgabe in der KVR entsprechend weitgehend denen der beiden anderen neuen Richtlinien, vgl. Art. 48 ff. VKR sowie Art. 69 ff. SKR.

[62] Vgl. auch Art. 37 Abs. 2 KVR.

Zudem muss die Bekanntmachung in einer oder mehreren vom öffentlichen Auftraggeber gewählten Amtssprachen veröffentlicht werden (Art. 33 Abs. 3 KVR). Ab Veröffentlichung ist ein elektronischer Zugang zu den Konzessionsunterlagen einzurichten. Diese Einrichtung ist ausnahmsweise entbehrlich, wenn sie aus Sicherheits- oder technischen Gründen nicht angeboten werden kann (Art. 34 KVR).

Bei Konzessionen zur Erbringung von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen muss der Auftraggeber seine Absicht durch Abgabe einer Vorinformation bekanntmachen (Art. 31 Abs. 3 KVR). Eine zusätzliche Einzelbekanntmachung ist nicht erforderlich. Das gilt insbesondere für Dienstleistungen im Bereich des Bildungs- und Gesundheitswesens, im juristischen Bereich und für Postdienste. Die Vorinformation muss neben den Teilnahmebedingungen unter anderem eine Beschreibung der Dienstleistung und Angaben zu ihrer Größenordnung oder zu ihrem Wert enthalten.[63]

Weiterhin müssen die (öffentlichen) Auftraggeber 48 Tage nach der Vergabe einer Konzession eine Zuschlagsbekanntmachung übermitteln, in der die Ergebnisse des Konzessionsvergabeverfahrens aufgeführt sind. Bei sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen können diese Bekanntmachungen jedoch vierteljährlich zusammengefasst werden.

Die Pflicht, eine Vorinformation und eine Zuschlagsbekanntmachung für jede im Anwendungsbereich der Richtlinie fallende Konzession zu veröffentlichen, soll sicherstellen, dass mögliche Bieter über Geschäftsmöglichkeiten informiert werden und dass alle interessierten Kreise Informationen über die Zahl und Art vergebener Konzessionen erhalten.[64]

Die bisherigen Anforderungen für Dienstleistungskonzessionen[65] werden somit erheblich verschärft.[66]

2. Verfahrensgarantien

Die Grundnorm des Verfahrensschutzes ist Art. 37 KVR. Nach ihr sollen verschiedene Verfahrensgarantien die Fairness und Transparenz des Verfahrens sicherstellen. Zu den wichtigsten Vorgaben gehört Abs. 1, wonach der Zuschlag nur auf ein Angebot erteilt werden darf, das den festgelegten Mindestanforderungen genügt (lit. a). Der Bieter muss darüber hinaus in wirtschaftlicher, finanzieller und technischer Hinsicht leistungsfähig sein (lit. b). Schließlich darf der erfolgreiche Bieter keinen Ausschlusstatbestand erfüllen (lit. c). Nur am Rande sei hier angemerkt, dass der Gesetzgeber mit diesen „Verfahrensgarantien" bedauerlicherweise von der bewährten Systematik der bisherigen VKR abweicht.

Der Auftraggeber hat ferner nach Art. 37 Abs. 4 bis Abs. 6 KVR eine Reihe von prozeduralen Vorgaben zu beachten. Den Teilnehmern ist der geplante Verfahrensablauf bekanntzugeben (Abs. 4). Zudem hat der Auftraggeber für eine angemessene Protokollierung der einzelnen Phasen des Verfahrens zu sorgen (Abs. 5). Verhandlungen sind ausdrücklich zugelassen; Konzessionsgegenstand, Zuschlagskriterien und Mindestanforderungen dürfen während der Ver-

63 Für die weiteren aufzuführenden Pflichtangaben siehe Anhang VI KVR.
64 So Erwägungsgrund 53 KVR.
65 Hierzu *Prieß/Marx/Hölzl* (Fußn. 8), NVwZ 2011, S. 68.
66 So auch *Knauff/Badenhausen* (Fußn. 18), NZBau 2014, S. 400.

handlungen jedoch nicht geändert werden (Abs. 6). Hierbei handelt es sich um drei ganz erhebliche Einschränkungen, die es insbesondere in komplexen Verfahren erforderlich machen, den bekannt gegebenen Beschaffungsgegenstand möglichst weit zu fassen und die Anzahl der Mindestanforderungen gering zu halten.

3. Auswahl und qualitative Bewertung der Bewerber

Die Voraussetzungen für die Auswahl und qualitative Bewertung der Bewerber sind in Art. 38 Abs. 1 bis 3 KVR kodifiziert. Zunächst (Abs. 1) muss die Bekanntmachung Teilnahmebedingungen hinsichtlich der wirtschaftlichen, finanziellen, technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit der Bewerber enthalten. Die Auswahlkriterien müssen in den Vergabeunterlagen aufgeführt sein und einen Bezug zum Verfahrensgegenstand aufweisen. Das vergaberechtliche Transparenzgebot – dem auch die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen unterliegt – erfordert, dass der Auftraggeber Wertungskriterien, deren Inhalt sich für die Bieter nicht von selbst versteht, mit den Vergabeunterlagen so konkretisiert, dass der Bieter die dahinterstehenden Wertungspräferenzen des Auftraggebers erkennen und sein Angebot danach einrichten kann.[67] Zudem muss auch bei der Vergabe von Konzessionen der Grundsatz der Produktneutralität gewahrt sein.[68]

Der Bewerber kann sich zur Erfüllung der Teilnahmebedingungen auf Leistungen anderer Unternehmen berufen (sog. Eignungsleihe, Art. 38 Abs. 2 KVR). Die rechtlichen Beziehungen zwischen den Unternehmen sind dabei unerheblich. Beruft sich ein Auftragnehmer auf Leistungen anderer Unternehmen, muss er dem Auftraggeber nachweisen, dass ihm während der gesamten Konzessionslaufzeit die hierzu erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen werden. Nehmen Bewerber die wirtschaftliche oder die finanzielle Leistungsfähigkeit eines anderen Unternehmens in Anspruch, kann der Auftraggeber – entgegen der bisherigen *EuGH*-Judikatur – eine gesamtschuldnerische Haftung beider Unternehmen verlangen.

4. Zwingender Ausschluss

Die Voraussetzungen eines Ausschlusses von Bewerbern aus dem Vergabeverfahren sind ebenfalls in Art. 38 KVR kodifiziert. Die Vorschrift regelt sowohl zwingende als auch fakultative Ausschlussgründe. In beiden Fällen ist das Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu beachten,[69] das im Falle des Ausschlusses aufgrund von Verstößen bei der Entrichtung von Steuer- oder Sozialabgaben in Art. 38 Abs. 6 UAbs. 2 KVR explizit erwähnt wird.

Die zwingenden Ausschlussgründe werden in Art. 38 Abs. 4 und Abs. 5 KVR geregelt. Ergänzend gilt Art. 38 Abs. 6 KVR:

67 OLG Dresden, Urt. v. 13.08.2013 - 16 W 439/13, BeckRS 2014, 01041.
68 Vgl. Art. 36 Abs. 2 KVR.
69 Ähnlich *Knauff/Badenhausen* (Fußn. 18), NZBau 2014, S. 400.

a. Art. 38 Abs. 4 KVR

Nach Art. 38 Abs. 4 UAbs. 1 KVR sind solche Wirtschaftsteilnehmer vom Konzessionsvergabeverfahren auszuschließen, die aus einem der dort genannten Gründe rechtskräftig verurteilt worden sind. Andere verfahrensbeendigende Handlungen sind dagegen nicht ausreichend. Zu den zwingenden Ausschlussgründen zählen neben der Verurteilung wegen Betrugs, Korruption und Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung, terroristischen Straftaten, Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung auch Kinderarbeit und andere Formen des Menschenhandels. Die Richtlinie schweigt darüber, ob das auch für Verurteilungen gilt, die außerhalb der EU ergangen sind.[70]

Die Verpflichtung zum Ausschluss besteht auch dann, wenn sich das Urteil gegen eine Person richtet, die Mitglied des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des betroffenen Wirtschaftsteilnehmers ist oder darin Vertretungs-, Beschluss- oder Kontrollbefugnisse inne hat (Art. 38 Abs. 4 UAbs. 2 KVR). Auch das Verhalten bestimmter Mitarbeiter ist somit im Rahmen der Ausschlussgründe zu berücksichtigen. Eine Besonderheit gilt weiterhin für Auftraggeber, die keine Auftraggeber nach Art. 7 Abs. 1 lit. a KVR sind, also z.B. öffentliche Unternehmen. Für diese sind die Ausschlussgründe nach UAbs. 1 nicht zwingend, sondern lediglich fakultativ ausgestaltet (Art. 38 Abs. 4 UAbs. 3 KVR).

b. Art. 38 Abs. 5 KVR

Besonderheiten gelten nach Art. 38 Abs. 5 KVR im Falle des Ausschlusses aufgrund von Verstößen bei der Entrichtung von Steuer- oder Sozialabgaben. Hiernach ist ein Bewerber vom Vergabeverfahren auszuschließen, wenn er seiner Verpflichtung zur Entrichtung von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen nicht nachgekommen ist und dies durch eine endgültige und bindende Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung festgestellt wurde.[71] Ein Ausschluss ist jedoch unzulässig, wenn der Bewerber die ausstehenden Verbindlichkeiten nunmehr beglichen hat oder sich verbindlich dazu verpflichtet hat, diese zu begleichen (Art. 38 Abs. 5 UAbs. 3 KVR). Diese Ausnahme stellt einen speziellen Selbstreinigungstatbestand dar.[72]

c. Art. 38 Abs. 6 KVR

Der Auftraggeber kann ausnahmsweise von einem Ausschluss absehen, wenn ein zwingender Ausschluss aus unabdingbaren Gründen des öffentlichen Interesses, wie beispielsweise der öffentlichen Gesundheit oder des Umweltschutzes unbillig erscheint (Art. 38 Abs. 6 UAbs. 1

70 Diese bereits im Rahmen der Richtlinie 2004/18/EG umstrittene Frage wird in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten unterschiedlich beurteilt. Zu im Rahmen der Ausschlussgründe relevanten Fragen der Selbstreinigung vgl. die unter „D. II. 6.“ folgenden Ausführungen sowie *Hermann Pünder/Hans-Joachim Prieß/Sue Arrowsmith* (Hrsg.), Self-Cleaning in Public Procurement Law, 2009.

71 Es steht den Mitgliedstaaten insoweit frei, diesen Ausschlussgrund bei der Richtlinienumsetzung entweder als fakultativen (wie bisher) oder als neuen zwingenden Ausschlussgrund zu kodifizieren.

72 Zur Selbstreinigung im Allgemeinen siehe unten unter „D. II. 6“.

KVR). Er kann zudem von einem Ausschluss absehen, wenn dieser eindeutig unverhältnismäßig erscheint (Art. 38 Abs. 6 UAbs. 2 KVR). Soweit in der gerichtlichen Entscheidung, durch welche ein Bewerber vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde, kein Ausschlusszeitraum festgelegt wurde, darf die Dauer eines zwingenden Ausschlusses fünf Jahre ab dem Tag der rechtskräftigen Verurteilung nicht überschreiten (Art. 38 Abs. 10 KVR).

5. Fakultativer Ausschluss

Die fakultativen Ausschlussgründe sind in Art. 38 Abs. 7 KVR geregelt. Neben der Zahlungsunfähigkeit, der Insolvenz, der schweren beruflichen Verfehlung und der schwerwiegenden Täuschung wurden insbesondere auch Interessenkonflikte, wettbewerbsverzerrende Vereinbarungen, erhebliche Mängel bei der Durchführung vergangener Konzessionen,[73] unzulässige Beeinflussungen und die mangelnde Vertrauenswürdigkeit bei Verteidigungs- und Sicherheitsaufträgen als fakultative Ausschlussgründe kodifiziert. Daneben kommen als Ausschlussgründe auch Kartellrechtsverstöße in Betracht (lit. e).[74]

Zwar ist an dieser Stelle keine rechtskräftige Verurteilung erforderlich. Für einen Ausschluss sind aber stets konkrete und belastbare Anhaltspunkte erforderlich, die sich aus zuverlässigen Quellen ergeben.[75] Ein bloßer Verdacht reicht nicht aus. Die Darlegungs- und Beweislast liegt insofern beim (öffentlichen) Auftraggeber.

Art. 38 Abs. 4, 5 und 7 KVR gleichen im Wesentlichen Art. 57 VKR.[76] Eine Art. 69 VKR entsprechende Regelung zu ungewöhnlich niedrigen Angeboten findet sich in der KVR hingegen nicht.[77]

Insbesondere der mögliche Ausschluss bei Vorliegen eines Interessenkonflikts ist bedenklich. Ein solcher Ausschlussgrund ist systemwidrig und sollte besonders restriktiv ausgelegt werden. Der Ausschluss sollte als *ultima ratio* lediglich dann Anwendung finden, wenn – entsprechend der deutschen Rechtsprechung[78] – ein etwaiger Informationsvorsprung nicht durch eine transparente Informationsweitergabe an die übrigen Teilnehmer ausgeräumt werden kann.

Bei der Umsetzung der einzelnen Ausschlussgründe haben die Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum. Ihnen steht es frei, die fakultativen Ausschlussgründe als zwingende zu kodifizieren.

73 Vgl. hierzu auch EuGH, Urt. v. 13.12.2012, Rs. C-456/11 – Forposta, EuZW 2013, S. 151 ff. m. Anm. *Thorsten Siegel*.

74 Hierzu ausführlich *Roland M. Stein/Pascal Friton/Anna Huttenlauch*, Kartellrechtsverstöße als Ausschlussgründe im Vergabeverfahren, WuW 2012, S. 38 ff.

75 Vgl. *Stein/Friton/Huttenlauch* (Fußn. 74), WuW 2012, S. 38, 42.

76 *Craven* (Fußn. 25), P.P.L.R. 2014, S. 188, 196.

77 Vgl. *Opitz* (Fußn. 23), NVwZ 2014, S. 758.

78 Vgl. VK Nordbayern, Beschl. v. 01.12.2010, 21. VK - 3194 - 38 / 10; VK Sachsen, Beschl. v. 26.06.2009, 1 / SVK / 024 - 09; VK Bund, Beschl. v. 21.11.2013, VK 2-102/13 – jeweils zur Projektantenproblematik.

6. Selbstreinigung

Auch im Bereich der Konzessionsvergabe wurde das Institut der Selbstreinigung eingeführt. Dieses ermöglicht es einem Unternehmen, trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes die Zuverlässigkeit erneut zu erlangen und so einen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren abzuwenden (Art. 38 Abs. 9 KVR). Eine Selbstreinigung setzt nach Art. 38 Abs. 9 UAbs. 2 KVR folgendes voraus: Zunächst muss das Unternehmen Entschädigungszahlungen für den durch das Fehlverhalten entstandenen Schaden nachweisen oder sich zur Zahlung verpflichten.[79] Anschließend muss das Unternehmen aktiv mit den Ermittlungsbehörden kooperieren und alle Tatsachen und Umstände umfassend aufklären.[80] Des Weiteren muss das Unternehmen konkrete Maßnahmen zu Vermeidung zukünftiger Verstöße einleiten. Letztere müssen aus technischen und organisatorischen Maßnahmen (wirksames Compliance-System) einerseits und personellen Maßnahmen andererseits bestehen, die geeignet sind, weiteres Fehlverhalten zu vermeiden.[81]

Nachdem die von dem Unternehmen gewählten Selbstreinigungsmaßnahmen feststehen, wird ihre Wirksamkeit überprüft. Werden die nachgewiesenen Maßnahmen für ausreichend befunden, wird das betroffene Unternehmen nicht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen. Werden diese für unzureichend erachtet, so ist die Ablehnung der Selbstreinigung zu begründen. Nicht festgelegt ist, ob die Vornahme dieser Prüfung/Bewertung den öffentlichen Auftraggebern oder anderen Behörden auf zentraler oder dezentraler Ebene übertragen wird – den Mitgliedstaaten verbleibt insoweit ein weiter Umsetzungsspielraum.[82]

Die Selbstreinigung findet jedoch keine Anwendung, wenn das Unternehmen durch eine rechtskräftige Entscheidung vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde. Diese Ausnahme

79 So bereits LG Berlin, Urt. v. 22.3.2006, 23 O 118/04, NZBau 2006, S. 397, 399; VK Niedersachsen, Beschl. v. 24.03.2011, VgK-04/2011, NZBau 2011, S. 574, Rdnr. 57, „Tragkraft-spritzenfahrzeuge“, m. Anm. *Tanja Turner*, IBR 2011, S. 540; VK Niedersachsen, Beschl. v. 14.02.2012 – VgK-05/2012; a.A. *Meinrad Dreher/Jens Hoffmann*, Die erfolgreiche Selbstreinigung zur Wiedererlangung der kartellvergaberechtlichen Zulässigkeit und die vergaberechtliche Compliance – Teil 2, NZBau 2014, S. 150, 153.

80 *Hans-Joachim Prieß/Hermann Pünder/Roland M. Stein*, in: Pünder/Prieß/Arrowsmith, (Fußn. 70), S. 51, 76 f.; *Stein/Friton/Huttenlauch* (Fußn. 74), WuW 2012, S. 48.

81 Vgl. Erwägungsgrund 71 KVR mit Hinweisen zu den konkret für sinnvoll erachteten Compliance Maßnahmen. Vgl. auch VK Niedersachsen, Beschl. v. 24.03.2011, VgK-04/2011, NZBau 2011, S. 574, Rdnr. 57, „Tragkraftspritzenfahrzeuge“, m. Anm. *Tanja Turner*, IBR 2011, S. 540; OLG Brandenburg, Beschl. v. 14.12.2007 - Verg W 21/07 m. Anm. *Hans-Joachim Prieß/Roland M. Stein*, Nicht nur sauber, sondern rein: Die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit durch Selbstreinigung, NZBau 2008, S. 230; VK Düsseldorf, Beschl. v. 13.03.2006 – VK-8/2006 Rdnr. 79; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.07.2005 – Verg 42/05; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 20.07.2004, 11 Verg 6/04, VergabeR 2004, S. 642, 645 – „Staatstheater Wiesbaden“; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.04.2003 – VII-Verg 43/02, NZBau 2003, S. 578, 580 – „Trienekens“; *Prieß/Pünder/Stein* (Fußn. 80), S. 51, 77.

82 Vgl. auch Erwägungsgrund 71 KVR; hierzu und allgemein zum Institut der Selbstreinigung *Hans-JoachimPrieß/Roland M. Stein*, Vergaberechtliche Compliance – Das Institut der Selbstreinigung, CB 2014, S. 72, 76.

findet jedoch nur innerhalb des jeweiligen Mitgliedstaates Anwendung.[83] Im Falle des Ausschlusses aufgrund von Verstößen bei der Entrichtung von Steuer- oder Sozialabgaben wird Art. 38 Abs. 9 KVR durch den spezielleren Selbstreinigungstatbestand nach Art. 38 Abs. 6 UAbs. 2 KVR verdrängt.

7. Zuschlagskriterien

Im Bereich der Zuschlagskriterien fällt zunächst auf, dass Art. 41 KVR im Gegensatz zu Art. 67 VKR und Art. 82 SKR keine detaillierte Beschreibung der einzelnen Zuschlagskriterien enthält.[84] Hier zeigt sich die beabsichtigte Flexibilität im Bereich der Konzessionen.

Eine bemerkenswerte Neu- bzw. Besonderheit enthält zudem Art. 41 Abs. 3 KVR: Nach dessen UAbs. 1 muss der (öffentliche) Auftraggeber die Zuschlagskriterien zunächst zwar in absteigender Reihenfolge ihrer Bedeutung angeben. Wird ihm jedoch ein Angebot unterbreitet, in dem eine innovative Lösung mit außergewöhnlich hoher funktioneller Leistungsfähigkeit vorgeschlagen wird, darf er gem. UAbs. 2 ausnahmsweise die Reihenfolge der Zuschlagskriterien ändern, wenn er ein solches Angebot bei aller Umsicht nicht vorhersehen konnte. Allerdings ist dann eine erneute Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. eine neue Konzessionsbekanntmachung erforderlich. Zudem darf die Änderung der Reihenfolge nicht zu einer Diskriminierung führen (UAbs. 3). Was letzteres genau bedeutet, wird hingegen nicht näher erläutert.[85] Letztendlich wird es wohl auf eine nachvollziehbare Abwägung der Interessen zwischen Auftraggeber und Bietern/Auftragnehmern ankommen.

III. Änderung von Verträgen

Die KVR enthält auch Vorgaben für die Änderung von Konzessionsverträgen.[86] In Art. 43 KVR wurde die relevante *EuGH*-Rechtsprechung[87] im Bereich der Änderung von Konzessionen kodifiziert und konkretisiert. Änderungen der Konzession während ihrer Laufzeit führen nicht automatisch zu einer Verpflichtung, die Konzession erneut auszuschreiben.

Die Vorschrift kann im Wesentlichen in zwei Abschnitte unterteilt werden. In den Absätzen 1 und 2 sind solche Änderungen dargestellt, die zulässig sind und daher keine Pflicht zur erneuten Ausschreibung begründen (unter 1.). In Art. 43 Abs. 4 KVR sind wesentliche Vertragsänderungen geregelt, die eine Neuausschreibung der Konzession zur Folge haben (unter 2.).

83 Diese Ausnahme von der Möglichkeit der Selbstreinigung ist auf das französische Recht zurückzuführen, wonach ein Ausschluss in Verbindung mit strafrechtlichen Sanktionen verhängt werden kann, auch wenn diese keinerlei vergaberechtliche Relevanz aufweisen. Vgl. hierzu Art. 131-39 - 5° des französischen Code Pénale.

84 *Craven* (Fußn. 25), P.P.L.R. 2014, S. 196.

85 *Opitz* (Fußn. 23), NVwZ 2014, S. 758.

86 Vgl. allgemein zu Vertragsänderungen nach den neuen Richtlinien *Annette Rosenkötter/Aline Fritz*, Vertragsänderungen nach den neuen Richtlinien, VergabeR 2014, S. 290 ff.

87 Vgl. insb. EuGH, Urt. v. 19.06.2008, Rs. C-454/06 – pressetext, NZBau 2008, S. 518 ff., m. Anm. *Stefan Pooth* sowie NJW 2008, S. 3341. Art. 43 KVR entspricht im Wesentlichen Art. 72 VKR und Art. 89 SKR, vgl. hierzu auch *Craven* (Fußn. 25), P.P.L.R. 2014, S. 196.

1. Zulässige Änderungen

Zunächst sind solche Änderungen unbedenklich, die in den Auftragsunterlagen ausdrücklich vorgesehen waren (Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a KVR). Das kann insbesondere in Form von Überprüfungsklauseln oder Optionen im Konzessionsvertrag geschehen. Diese müssen präzise und eindeutig formuliert werden und neben Informationen zu Umfang und Art der möglichen Änderung auch die Bedingungen ihrer Anwendung enthalten. Eine auf dieser Grundlage beruhende Vertragsänderung darf nicht den Gesamtcharakter der Konzession verändern.

Auch die Vergabe von zusätzlichen Leistungen kann ohne Wechsel des Auftragnehmers zulässig sein, wenn ein Wechsel aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unmöglich erscheint und mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den (öffentlichen) Auftraggeber verbunden wäre (Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b KVR). Das ist insbesondere der Fall, wenn im ursprünglichen Verfahren bereits Auftragsgegenstände geleistet worden sind und es jedem neuen Auftragnehmer unmöglich wäre, Leistungen zu erbringen, die mit der Eigenart der bereits geleisteten Gegenstände kompatibel wären. Handelt ein öffentlicher Auftraggeber, darf eine Preisänderung jedoch bei Tätigkeiten, die nicht in Anhang II KVR genannt sind, nicht mehr als 50 % des Werts der ursprünglichen Konzession betragen. Darin liegt ein Unterschied zur SKR, welche den identischen Fall gänzlich wertunabhängig regelt (Art. 89 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b SKR).

Eine Neuausschreibung ist ebenfalls dann entbehrlich, wenn eine Änderung aufgrund von besonderen Umständen erforderlich wird, die der öffentliche Auftraggeber trotz Einhaltung seiner Sorgfaltspflichten nicht vorhersehen konnte (Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c KVR). Auch eine solch unvorhersehbare Änderung darf allerdings nicht den Gesamtcharakter der Konzession berühren. Zudem darf eine Preisänderung nicht mehr als 50 % des Werts der ursprünglichen Konzession betragen, wenn keine Tätigkeit nach Anhang II KVR vorliegt. Änderungen nach Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b und c KVR sind im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen (UAbs. 2).

Ein Wechsel des Konzessionsnehmers ist ohne Neuvergabepflicht zulässig, wenn dieser auf Grundlage einer eindeutig formulierten Klausel oder Option in den Konzessionsunterlagen erfolgt (Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. d i KVR). Ein Wechsel ist ebenfalls zulässig, wenn dieser aufgrund einer Unternehmensumstrukturierung, -übernahme oder -insolvenz des Auftragnehmers erforderlich wird. Dies jedoch nur dann, wenn dieser nicht zu Umgehungszwecken erfolgt und keine weitere wesentliche Änderung des Vertrages zur Folge hat (lit. d ii). Wichtig ist insbesondere, dass der neue Auftragnehmer die gleiche Eignung aufweist. Trotz der Veränderungen muss der Bieter beispielsweise weiterhin leistungsfähig bleiben, also über die in fachlicher, technischer, personeller und wirtschaftlicher Hinsicht notwendigen Kapazitäten[88] zur Leistungserbringung verfügen. Schließlich (lit. d iii) ist ein Wechsel auch dann möglich, wenn der (öffentliche) Auftraggeber selbst die Verpflichtungen des Hauptkonzessionärs gegenüber seinen Unterauftragnehmern übernimmt, wenn diese Möglichkeit in den nationalen Rechtsvorschriften vorgesehen ist.

[88] Vgl. *Jan Ziekow*, in: Ziekow/Völlink (Fußn. 40), § 97 GWB Rdnr. 98.

Weiterhin ist eine Änderung möglich, wenn die Änderungen nicht wesentlich im Sinne von Art. 43 Abs. 4 KVR[89] sind (Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e KVR).

Ferner regelt Art. 43 Abs. 2 KVR als allgemeiner Auffangtatbestand noch einen weiteren unbedenklichen Fall einer Vertragsänderung. Hiernach sind *de minimis* Änderungen grundsätzlich unproblematisch, deren Wert weder den in Art. 8 Abs. 1 KVR genannten Schwellenwert, noch 10 %[90] des Werts der ursprünglichen Konzession[91] übersteigen.

2. Unzulässige (wesentliche) Änderungen

Der öffentliche Auftraggeber ist zur Durchführung eines erneuten Konzessionsvergabeverfahrens verpflichtet, wenn eine wesentliche Änderung der Bestimmungen vorgenommen wird, die dazu führt, dass sich die Konzession erheblich von der ursprünglich vergebenen Konzession unterscheidet (Art. 43 Abs. 4 KVR). Das umfasst in Anlehnung an die maßgebliche *EuGH*-Judikatur[92] zunächst wettbewerbsrelevante Änderungen. Eine wesentliche Änderung liegt danach vor, wenn bei hypothetischer Berücksichtigung der Änderung im ursprünglichen Verfahren die Zulassung anderer Bewerber oder die Annahme eines anderen Angebots möglich gewesen oder das Interesse weiterer Teilnehmer am Verfahren geweckt worden wäre (lit. a).

Als wesentlich gelten zudem solche Änderungen, die eine in der ursprünglichen Konzession nicht vorhergesehene Verschiebung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zugunsten des Auftragnehmers zur Folge haben (lit. b). Auch eine erhebliche Ausweitung des Konzessionsumfangs ist als wesentliche Änderung einzustufen und führt zu einer Neuvergabepflicht (lit. c). Schließlich ist eine wesentliche Änderung nach lit. d in solchen Fällen gegeben, in denen der Konzessionsnehmer durch einen neuen ersetzt wird und ein solcher Wechsel nicht von Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. d KVR gedeckt ist.

Letztlich stellt Art. 43 Abs. 5 KVR klar, dass ein neues Vergabeverfahren bei anderen als den in Art. 43 Abs. 1 und 2 KVR vorgesehenen Änderungen erforderlich ist.

IV. Kündigung

Neben der Änderung können Konzessionen in bestimmten Fällen auch durch den (öffentlichen) Auftraggeber gekündigt werden, Art. 44 KVR. Beispielsweise, wenn der Konzessionsnehmer im Zeitpunkt der Konzessionsvergabe vom Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen oder eine wesentliche Änderung der Konzession vorgenommen wurde.

89 Zu Abs. 4 näher sogleich.

90 Der Kommissionsvorschlag setzte die Wesentlichkeitsschwelle noch bei 5 % an, KOM (2011) 897 endg., Art. 42 Nr. 4.

91 Im Bereich von VKR (Art. 72 Abs. 2 UAbs. 1) und SKR (Art. 89 Abs. 2 UAbs. 1) gilt für Bauaufträge allerdings ein Wert von 15 %.

92 EuGH, Urt. v. 19.06.2008, Rs. C-454/06 – pressetext, NZBau 2008, S. 518 ff., Rdnr. 35; EuGH, Urt. v. 13.04.2010, Rs. C-91/08 – Wall AG, NZBau 2010, S. 382 ff., Rdnr. 37 ff.

E. Besonderheit: Beschränkung der Laufzeit

Nach Art. 18 Abs. 1 KVR ist die Laufzeit von Konzessionen beschränkt. Sie wird vom (öffentlichen) Auftraggeber je nach den geforderten Leistungen geschätzt. Zusätzlich bestimmt Abs. 2 UAbs. 1, dass die Laufzeit bei Konzessionen mit einer Laufzeit von über fünf Jahren nicht länger sein darf als der Zeitraum, innerhalb dessen der Konzessionsnehmer nach vernünftigem Ermessen die Investitionsaufwendungen zuzüglich einer Rendite wieder erwirtschaften kann. Im Rahmen dieser Laufzeitbeschränkung muss der (öffentliche) Auftraggeber allerdings stets bedenken, dass die Amortisierung von Aufwendungen bei Konzessionen gerade nicht garantiert wird.[93]

F. Rechtsschutz im Konzessionsvergabeverfahren

Durch die Richtlinie wird eine weitergehende – und für die Praxis sehr wichtige –Vereinheitlichung des vergaberechtlichen Rechtschutzes erreicht. Durch die Modifizierung der Rechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG[94] durch Art. 46 und 47 KVR wird der sachliche Anwendungsbereich des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens oberhalb der Schwelle des Art. 8 Abs. 1 KVR nunmehr auch auf die Dienstleistungskonzession ausgeweitet. Wie der deutsche Gesetzgeber dies umsetzen wird, ist bislang unklar. Ideal wäre jedoch, die zweistufige Ausgestaltung mit der Zuständigkeit von Vergabekammern und Oberlandesgerichten wie im Anwendungsbereich der bisherigen Richtlinien zu übernehmen. Unterhalb der Schwellenwerte verbleibt es bei den primärrechtlichen Garantien und den derzeit bestehenden mitgliedstaatlichen Rechtschutzmöglichkeiten.

93 *Opitz* (Fußn. 23), NVwZ 2014, S. 759. Die Laufzeitbeschränkung des Art. 18 KVR ist vergleichbar mit den Vorgaben zur zeitlichen Beschränkung von Rahmenvereinbarungen. Die entsprechenden Überlegungen dürften daher hierauf übertragbar sein, vgl. insofern *Eva-Maria Meister/Pascal Friton*, Die Rahmenvereinbarung: Das (nach wie vor) unbekannte Wesen?, in: Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung: 15 Jahre GWB-Vergaberecht, FS Fridhelm Marx, 2013, S. 129, 134 ff.

94 Richtlinie 89/665/EWG v. 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. EG L 395 v. 30. 12. 1989, S. 33 ff.); Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25.2.1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. EG L 76 vom 23.03.1992, S. 14 ff.); nunmehr: Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge (ABl. EU L 335 v. 20.12.2007, S. 31 ff).

G. Fazit

Ziel der Richtlinie war es, einen ausgewogenen und flexiblen Rechtsrahmen für die Konzessionsvergabe zu schaffen.[95] Diesem Ziel ist der EU-Gesetzgeber nahe gekommen. Verbleibende Lücken der Konzessionsvergaberichtlinie werden aller Voraussicht nach durch einen Rückgriff auf die klassische Vergaberichtlinie geschlossen werden, soweit das unter Wertungsgesichtspunkten vertretbar erscheint. Die Richtlinie ermöglicht es, die Gegebenheiten in den verschiedenen Mitgliedstaaten und Branchen ausreichend zu berücksichtigen und trägt den Besonderheiten von Konzessionen ausreichend Rechnung.

Weiterhin sollten die Bestimmungen einfach und eindeutig sein und keinen übermäßigen bürokratischen Aufwand verursachen.[96] Das ist nicht in allen Bereichen gelungen. So enthalten zum Beispiel die Regelungen über die Joint-Inhouse-Vergabe neue unbestimmte Rechtsbegriffe, die die Rechtsanwendung erschweren könnten.

Weiterhin enthalten insbesondere Art. 10, 11 und 12 KVR eine Vielzahl an Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Richtlinie. Auch wenn dafür jeweils sachliche Gründe vorliegen mögen, zeigt sich hier eine gewisse Inkonsequenz des europäischen Gesetzgebers, die unter Aspekten der Systemgerechtigkeit zweifelhaft erscheint.

Insbesondere die Vorschriften zu den Ausschlussgründen sind allerdings ein wichtiger Schritt auf dem Weg zur Harmonisierung des europäischen Vergaberechts. Daneben sind auch die Kodifizierungen einer maximalen Ausschlussdauer, der Selbstreinigungsmöglichkeit und die weitergehende Vereinheitlichung des vergaberechtlichen Rechtschutzes zu begrüßen.

[95] Vgl. Erwägungsgrund 1 KVR.
[96] Vgl. Erwägungsgrund 2 KVR.

Die neuen EU-Vergaberichtlinien – eine Außensicht: Vom Preis- zum Qualitätswettbewerb?

von

RECHTSANWALT MARC STEINER*

I. Vorbemerkung 127

II. Kulturwandel im Vergaberecht? 130

III. Wie ist mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten umzugehen? 130

IV. ILO-Kernarbeitsnormen als Thema des Vergaberechts 131

V. Mehreignung nach der EU-Richtlinie 2014/24/EU 133

VI. Der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots – eine der Schlüsselstellen des neuen EU-Vergaberechts 134

VII. Fazit 138

I. Vorbemerkung

Der Titel des Vortrags macht bereits klar, dass Sie es hier mit einem Referenten zu tun haben, der als Drittstaatenangehöriger nicht in gleicher Weise wie Sie von den Vergaberichtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU betroffen ist; dasselbe gilt selbstverständlich für die neue Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU. Das Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens[1] führt nicht zur Anwendbarkeit des EU-Vergaberechts.[2] Hingegen ist das WTO-Government Procurement Agreement (GPA) 1994[3] und in gleicher Weise das revidierte GPA 2012 gemeinsame Orientierungsrichtlinie für EU-Mitgliedstaaten wie auch die Schweiz.[4]

* Der Autor ist Richter am Bundesverwaltungsgericht in St. Gallen, Schweiz

1 Abkommen vom 21. Juni 1999, in Kraft getreten am 1. Juni 2002 (SR 0.172.052.68 = ABl. L114 vom 30. April 2002, S. 430 ff.)

2 *Giovanni Biaggini*, Das Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, in: Thürer/Weber/Portmann/Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz EU, Zürich 2007, S. 651 ff., insb. S. 719

3 GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422).

4 In Kraft getreten ist das revidierte GPA (ABl. L 68 vom 7. März 2014, S. 2 ff.) – wenn auch wegen der noch laufenden Vergaberechtsreform nicht für die Schweiz – am 7. April 2014; vgl. zum Gan-

Wenn Sie so wollen ist das beschriebene bilaterale Abkommen ein Teil der Ersatzlösung nach der Ablehnung des Schweizer Beitritts zum Europäischen Wirtschaftsraum EWR mit Volksabstimmung vom 6. Dezember 1992. Es gehört damit zu den sogenannten Bilateralen I, deren wichtigster Bestandteil ein Abkommen über die Personenfreizügigkeit ist. Kommt als Folge der Volksabstimmung zur sogenannten Masseneinwanderungsinitiative vom 9. Februar 2014 keine Einigung über die Anpassung des Freizügigkeitsabkommens zustande, teilt das Abkommen zum öffentlichen Beschaffungswesen ohne neuen anderweitigen Konsens der Vertragspartner das rechtliche Schicksal des Freizügigkeitsabkommens.[5] Das schweizerische Bundesverwaltungsgericht wiederum ist nach Ihrem Verständnis grob gesagt ein Mix zwischen Vergabekammer Bund und OLG Düsseldorf. Das ergibt sich aus der förderalen Zuständigkeitsordnung, wonach der Bund einerseits namentlich mit dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB)[6] und die Kantone andererseits mittels eines Konkordats[7] das Beschaffungsrecht separat regeln. Für die laufende Vergaberechtsreform ist indessen vorgesehen, eine Harmonisierung durch möglichst weitgehende Textgleichheit der einschlägigen Erlasse zu erreichen.[8] Es soll sozusagen ein Schritt in die Richtung des österreichischen Vorbilds gemacht werden. Für kantonale und kommunale Vergaben sind nach dem Gesagten die kantonalen Verwaltungsgerichte und auf Beschwerde hin das Bundesgericht in Lausanne zuständig, wogegen das Bundesverwaltungsgericht als "allgemeines Verwaltungsgericht des Bundes"[9] auf Beschwerde hin (nur) die Vergaben von Bundesbehörden und von dem Bundesrecht unterstellten Sektorenunternehmen (Schweizerische Bundesbahnen und die mit dem Bau unseres alpendurchquerenden NEAT-Eisenbahntunnels beauftragte Alptransit) beurteilt. Auch Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts können vor Bundesgericht angefochten werden.[10] Das ganze Vergaberecht ist nach schweizerischem Verständnis unbestrittenermassen (zumindest auch) öffentliches Recht. Diese Sichtweise beruht vergleichbar dem

zen *Hermann Pünder*, Völkerrechtliche Vorgaben für das öffentliche Beschaffungswesen, insbesondere im Government Procurement Agreement, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Auflage, Köln 2013

5 Die Schweiz soll keine "Rosinen picken"; vgl. zum Ganzen *Daniel Thürer/Carolin Hillemanns*, Allgemeine Prinzipien, in: Bilaterale Verträge I & II (Fußn. 2), S. 39 ff., insb. S. 40 f.

6 SR 172.056.1

7 Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. März 2001 (AS 2003 196; vgl. zur laufenden Revision http://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/e-ivoeb/, zuletzt besucht am 3. Februar 2015)

8 Demzufolge erfolgte bzw. erfolgt die Erarbeitung der Revisionstexte durch eine paritätisch aus Vertretern der Kantone und des Bundes zusammengesetzte Arbeitsgruppe (https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html, zuletzt besucht am 3. Februar 2015).

9 Vgl. zur Zwecksetzung des per 1. Januar 2007 eingesetzten Bundesverwaltungsgerichts Art. 1 Abs. 1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (SR 173.32). Zur Beschwerde in Vergabesachen vgl. Art. 27 Abs. 1 BöB und zu den anfechtbaren Verfügungen Art. 29 BöB.

10 Da das Bundesgericht Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur entgegennimmt, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ergibt sich eine gewisse Ähnlichkeit zu Ihrem Institut der Divergenzvorlage (vgl. zum Ganzen *Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner*, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1027 ff.).

französischen Recht auf der Zweistufentheorie.[11] Auf Umwegen gilt das bei Ihnen möglicherweise zumindest teilweise auch, denn ohne die Prozessmaximen des öffentlichen Verfahrensrechts könnten die Vergabekammern ihren Job nicht machen.[12] Und das anwendbare Verfahrensrecht kann jedenfalls als ein Element eines Lackmustests in Bezug auf die Rechtsnatur einer Regelung verstanden werden.

Dann habe ich Ihnen offen zu legen, dass das mit der Außensicht so ganz doch auch wieder nicht stimmt, damit Sie sehen, warum ich das Ihnen darzustellende Thema gewählt habe. Im Mai 2011 fand vor dem Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz eine öffentliche Anhörung zur Modernisierung der öffentlichen Auftragsvergabe statt. Auf Antrag von Heide Rühle als Mitglied dieses Ausschusses kam es zur wohl nicht alltäglichen Konstellation, dass ein Schweizer als Experte für die rechtlichen Rahmenbedingungen der nachhaltigen öffentlichen Beschaffung angehört wurde.[13] Die Ergebnisse dieser Anhörung sind in die Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 25. Oktober 2011 zu der Modernisierung im Bereich des öffentlichen Auftragswesens eingeflossen.[14] Das ist namentlich das Verdienst von Heide Rühle. Inwieweit auch die Expertenmeinung und das schweizerische Vergaberecht als Inspirationsquelle von Bedeutung waren ist nicht klar.[15] Jedenfalls wären konzeptuelle Ähnlichkeiten insofern nicht zufällig, als aus der hier vertretenen Sicht ein wertungsmässiger Zusammenhang besteht zwischen der Frage, wie das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln ist, einerseits und den rechtlichen Möglichkeiten der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten andererseits.[16]

11 *Galli/Moser/Lang/Steiner* (Fußn. 10), Rz. 1088 mit Hinweisen; die in Deutschland herrschende Sichtweise vertritt exemplarisch etwa *Fridhelm Marx*, wenn er festhält, es fehle jeder äusserlich greifbare Ansatzpunkt für ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis (*Fridhelm Marx*, Vergaberecht – was ist das?, in: Brinker/Scheuning/Stockmann (Hrsg.), Recht und Wettbewerb, FS Rainer Bechtold, München 2006, S. 305 ff., insb. S. 313 f.).

12 § 110 GWB; in der Lehre wird treffend auf die Parallele zum Kartellverwaltungsverfahren hingewiesen (*Marc Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, Handkommentar 2. Auflage, Baden-Baden 2015, Rz. 1 zu § 110 GWB). Das Nachprüfungsverfahren ersetzt somit – Effektivität immer vorausgesetzt – nach dem Verständnis des Gesetzgebers genau wie in der Schweiz bis zu einem gewissen Grade eine eigentliche Regulierungsbehörde.

13 Präsentation "Sustainability and Public Procurement – Legal Background" (http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201105/20110527ATT20402/20110527ATT20402EN.pdf, zuletzt besucht am 2. Februar 2015)

14 ABl. C 131 vom 8. Mai 2013, S. 25 ff.

15 *Carl Baudenbacher*, Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) II S. 427 ff., insb. S. 454 f. und S. 651

16 In diesem Sinne wurde die Expertenmeinung in der Monatsinfo 6/2011 des forum vergabe (S. 190) unter anderem mit den Worten wiedergegeben, es erscheine wichtig, der Vorgehensweise der Beschaffung nach dem Prinzip des wirtschaftlich günstigsten Angebots einen klaren Vorrang vor der Beschaffung allein nach dem niedrigsten Preis zu geben.

II. Kulturwandel im Vergaberecht?

Als Arbeitshypothese sei den nachfolgenden Ausführungen die Aussage vorangestellt, wonach das neue EU-Vergaberecht einen Kulturwandel[17] intendiert im Sinne einer Bewegung weg vom niedrigsten Preis hin zum besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Dies war jedenfalls das Ziel des Europäischen Parlaments, welches der "dictatorship" des "lowest price" ein Ende setzen wollte.[18] Der vorliegende Beitrag will diesem Trend nachspüren, wobei vor allem, aber nicht nur der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots untersucht wird.[19] Je liberaler die Regeln zu ungewöhnlich niedrigen Angeboten sind, desto mehr bedeutet das der Sache nach einen Fokus auf den Preis; je genauer nach den Gründen für ein ungewöhnlich niedriges Angebot gefragt wird, desto mehr liegt der Fokus bei der Qualität. Werden die ILO-Kernarbeitsnormen als Ausschlussgründe definiert, wird dadurch im Ergebnis eine Mindestqualität definiert, welche den reinen Preiswettbewerb einschränkt. Ist die Mehreignung als Zuschlagskriterium zugelassen (sog. Lianakis-Problem), bedeutet das der Sache nach einen Fokus auf die Qualität; wogegen die Lianakis-Rechtsprechung des EuGH tendenziell zu einer grösseren Bedeutung des Preises geführt hat. Aber der eigentliche Schlüssel ist der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots im Sinne der Frage nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Hier wird die Weiche gestellt in Bezug auf die Bedeutung von Qualitätswettbewerb einerseits und Preiswettbewerb andererseits. Dabei gilt es, die soeben beschriebenen vergaberechtlichen Fragen in einen grösseren Zusammenhang zu stellen. Im besten Fall sehen wir vor unseren Augen ein mehr oder weniger kohärentes Regulierungskonzept entstehen.

III. Wie ist mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten umzugehen?

Erwarten Sie zu diesem Thema keine tiefschürfenden Ausführungen! Hier geht es nur darum, den Konnex zwischen dem Konzept des wirtschaftlich günstigsten Angebots und der Regelung zum Vorgehen bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten aufzuzeigen. Das Government Procurement Agreement eröffnet diesbezüglich einen Regelungsspielraum für die Vertragsstaaten. Art. XIII Abs. 4 Bst. a GPA 1994 sieht vor, dass die Auftraggeberin, wenn sie ein Angebot erhält, das ungewöhnlich niedriger ist als andere eingereichte Offerten, beim Anbieter Erkundigungen einziehen und sicherstellen kann, dass er die Teilnahmebedingungen und die Auftragsmodalitäten erfüllen kann. Dabei ist diese Bestimmung (wie auch Art. XV Abs. 6 des GPA 2012) im Sinne einer Mindestvorgabe so zu verstehen, dass sie die Nachfrage beim Anbieter erlaubt, aber auch einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, welche die Vergabestelle zur

17 Vgl. Zum Begriff der Vergabekultur in diesem Zusammenhang etwa *Marc Steiner*, Podiumsdiskussion: Zugangsbeschränkungen für Waren oder Unternehmen aus Drittstaaten?, in: Sechzehnte forum vergabe Gespräche 2013, S. 151 ff., insb. S. 153

18 "The new criteria will put an end to the dictatorship of the lowest price and once again make quality the central issue." (*Marc Tarabella*; vgl. http://www.europarl.europa.eu/news/en/news room/content/20140110IPR32386/html/New-EU-procurement-rules-to-ensure-better-quality-and - value-for-money, zuletzt besucht am 2. Februar 2015).

19 Geregelt in Art. 67 der Richtlinie 2014/24/EU; vgl. dazu ausführlich den Abschnitt V

Nachfrage verpflichtet.[20] Dabei geht die Rechtsprechung etwa des OLG Düsseldorf davon aus, dass es mit der Wettbewerbszielsetzung in Einklang stehende Gründe gibt für die Abgabe eines nicht auskömmlichen Angebots wie etwa ein Markteintrittsdumping.[21] Die rechtpolitische Stellschraube wird an zwei Orten gedreht. Einerseits bei der Frage, ob und welche Aufgreifkriterien definiert werden (Preis um eine gewisse Prozentzahl niedriger als der Durchschnitt der Angebote oder um eine gewisse Prozentzahl niedriger als das zweitgünstigste Angebot). Solche Aufgreifschwellen waren im Kommissionsentwurf für die Richtlinie 2014/24/EU noch vorgesehen[22], wenn sie aus der Sicht der Bauindustrie auch zu lax waren, wurden aber im Art. 69 des Richtlinientexts nicht übernommen. Dann geht es darum, ob die Auftraggeberin nachfragen kann, wenn Anhaltspunkte für ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegen, oder ob sie das muss. In diesem Sinne lade ich Sie ein, im englischen Text des Kommissionsentwurfs wie auch im Richtlinientext nach den Worten "may" und "shall" (vor "require … to explain" oder "request … explanations") zu suchen, und dann wissen Sie etwa, wie der Text zustande gekommen sein muss. Nach Art. 69 der Richtlinie 2014/24/EU obliegt der Auftraggeberin eine Aufklärungspflicht im Falle ungewöhnlich niedriger Angebote.[23] Der Ausschluss ist aus Gründen der Kohärenz der Rechtsordnung dann zwingend, wenn die ungewöhnlich niedrigen Preis durch die Unterschreitung gewisser rechtlicher Mindeststandards erreicht werden.[24] Rechtsvergleichend erstaunlich ist, dass das schweizerische Vergaberecht zwar bei der Ermittlung des wirtschaftliche günstigsten Angebots klar qualitätsorientiert ist, aber im Rahmen der Regelung des Vorgehens bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten ultraliberal. Nach Art. 25 Abs. 4 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB)[25] kann die Vergabestelle für den Fall, dass sie mit einem ungewöhnlich niedrigen Angebot konfrontiert ist, bei der in Frage stehenden Anbieterin Erkundigungen einholen, muss es aber nicht.[26]

IV. ILO-Kernarbeitsnormen als Thema des Vergaberechts

Soweit in Erwägungsgrund 103 zur klassischen Richtlinie betreffend ungewöhnlich niedrige Angebote auf internationale arbeitsrechtliche Vorschriften verwiesen wird, sind damit jedenfalls "die internationalen Übereinkommen im Sozialrecht nach Artikel 18 Absatz 2" der Richtlinie 2014/24/EU gemäss deren Anhang X gemeint. Und schon sind wir beim nächsten Thema. Im genannten Anhang X werden unter anderem die ILO-Kernarbeitsnormen, insbesondere betreffend die schlimmsten Formen der Kinder- und Zwangsarbeit, aufgezählt. Die neuen EU-Richtlinien sind insoweit aus deutscher Sicht besonders spannend. Das OLG Düsseldorf hat

20 Urteil des schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts B-1332/2013 vom 12. Februar 2014 E. 3.3.3.2 mit Hinweisen unter anderem auf das Urteil des EuGH vom 29. März 2012 in der Rechtssache C-599/10 SAG ELV slovensko a.s.u.a. ./. Urad pre verejne obstaravanie, Rz. 27 ff., und *Gerhard Kunnert*, WTO-Vergaberecht, WTO-Vergaberecht, Baden-Baden 1998, S. 270

21 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. April 2014, VII – Verg 41/13

22 Art. 69 des Vorschlags KOM(2011) 896 endgültig vom 20. Dezember 2011

23 *Daniel Soudry/Lars Hettich* (Hrsg.), Das neue Vergaberecht – Eine systematische Darstellung der neuen EU-Vergaberichtlinien 2014, Köln 2014, S. 72 mit Hinweisen

24 Erwägungsgrund 103 zur Richtlinie 2014/24/EU

25 Verordnung vom 11. Dezember 1995 (SR.172.056.11), Art. 25 Abs. 4 VöB in der Fassung vom 18. November 2009

26 Wohl noch liberaler namentlich in Bezug auf Preisdifferenzen als Aufgreifkriterium – wenn auch nicht einstimmig – das schweizerische Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-1332/2013 vom 12. Februar 2014 insb. E. 3.3.7

nämlich mit Beschluss vom 25. Juni 2014[27] festgehalten, Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG betreffe die allgemeine Eignung des Bieters und zähle die Ausschlussgründe wegen "fehlender Unzuverlässigkeit" (recte: fehlender Zuverlässigkeit) abschliessend auf. Das ist korrekt und zugleich spannend, weil bereits in Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie mehr als nur eigentliche Eignungskriterien normiert sind. Als Eignung wird abgefragt, was die Auftraggeberin wissen muss, damit sie beispielsweise einem Architekten glaubt, dass er ihr ein schönes und zugleich funktionales Haus entwirft sowie dessen Erstellung in zweckdienlicher Weise beaufsichtigt. Dazu kann ein Architekturstudium dienen oder taugliche Referenzobjekte. Aber interessiert mich als Auftraggeber in diesem Zusammenhang, ob Steuern oder Sozialabgaben bezahlt sind? Wenn ich weiss, dass der Architekt solvent ist und er Bankgarantien liefert, ist die finanzielle Leistungsfähigkeit als Eignungskriterium sichergestellt. Aber was die öffentliche Hand eigentlich will ist zu verhindern, dass sie mit jemandem Geschäfte macht, der seinen Pflichten gegenüber dem Gemeinwesen nicht nachkommt, Hier geht es um die Sicherstellung der Mindestkohärenz der Rechtsordnung, die Vermeidung von Wertungswidersprüchen oder in klassisch deutscher Terminologie um einen "vergabefremden" Aspekt, der aus rein dogmatischer Sicht letztlich der Logik von Art. 45 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG folgt. Das OLG Düsseldorf stellt weiter fest, dass es sich bei der Vorgabe von ILO-Kernarbeitsnormen nach geltendem Richtlinienrecht um eine besondere Vertragsbestimmung (Bedingung für die Auftragsausführung) im Sinne von Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG bzw. § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB handelt. Nur gilt es zu beachten, dass das nach neuem Richtlinienrecht anders sein wird. In Artikel 57 Absatz 4 Buchstabe a der Richtlinie 2014/24/EU wird neu ein fakultativer Ausschlussgrund statuiert für den Fall, dass der öffentliche Auftraggeber auf geeignete Weise Verstösse gegen geltende Verpflichtungen gemäss Artikel 18 Abs. 2 der Richtlinie nachweisen kann.[28] Und dort heisst es wiederum, dass die Mitgliedstaaten geeignete Massnahmen treffen, um dafür zu sagen, dass die Wirtschaftsteilnehmer (unter anderem) die in Anhang X aufgeführten internationalen "sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften" einhalten. Und die Pointe, die jetzt kommt, ist klar: Anhang X enthält – wie oben festgehalten – im Wesentlichen die ILO-Kernarbeitsnormen. Insoweit ist der Erwägungsgrund 98 zur Richtlinie 2014/24/EU betreffend Bedingungen für die Auftragsausführung gemäss Art. 70 der Richtlinie in systematischer Auslegung so zu verstehen, dass dadurch die Statuierung eines fakultativen Ausschlussgrundes für die ILO-Kernarbeitsnormen neu nicht mehr ausgeschlossen wird. Das entspricht – was zugegebenermassen nicht relevant ist – auch der Logik des geltenden schweizerischen Vergaberechts (auf Bundesebene). Gemäss dem per 1. Januar 2010 in Kraft getretenen Art. 7 Abs. 2 VöB hat die Anbieterin zumindest die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen zu gewährleisten, wenn die Leistung im Ausland erbracht wird.[29] Die Vorwegnahme dieser Regelung auf Verordnungsebene ohne Abwarten der Revision des Beschaffungsgesetzes erfolgte mit der Begründung, dass die für die Totalrevision des Beschaffungsgesetztes vorgeschlagene Verankerung der Kernübereinkommen der ILO als Mindeststandards im Rahmen der Vernehmlassung auf einhellige Zustimmung gestossen sei.[30] Das sieht in Deutschland etwas anders aus. Der

27 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. Juni 2014, VII – Verg 39/13

28 *Soudry/Hettich* (Fußn. 23), S. 51

29 Vgl. zum schweizerischen Recht *Marc Steiner*, Sekundärziele im öffentlichen Beschaffungs-wesen: In welche Richtung schwingt das rechtspolitische Pendel? Ein Blick nach Europa und zurück in die Schweiz, in: European Law Reporter 2011, S. 380 ff., insb. S. 386

30 Erläuternder Bericht VöB(http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/17793.pdf, zuletzt besucht am 13. Februar 2015), S. 7; vgl. zum Ganzen *Marc Steiner*, Nachhaltige

Bundesverband der Deutschen Industrie argumentiert dahingehend, dass ILO-Kernarbeitsnormen entweder flächendeckend und damit auch für den privaten Konsum als Mindeststandard vorzusehen seien oder wenn dazu der politische Mut fehle, dann solle man die Akteure auch im Vergaberecht, welches den öffentlichen Konsum regelt, damit in Ruhe lassen. Das ist rechtspolitisch zwar nachvollziehbar, aber als Mitglied der deutschen FDP würde ich sagen, das sei nicht liberal gedacht. Vielmehr entspricht es mit Blick auf den Binnenmarkt liberaler Logik, dass der Staat die private Nachfrage weitgehend dem Markt überlässt und sich der Regulierung enhält, seinen eigenen consumer choice aber an den Nachhaltigkeitszielen der öffentlichen Hand ausrichtet; das ist auch Teil des Managements von eigenen Reputationsrisiken. Darum bietet das WTO Government Procurement Agreement, welches den consumer choice der öffentlichen Hand zum Gegenstand hat, im Sinne einer lex specialis mehr Spielraum für die Berücksichtigung von Herstellungsbedingungen im Vergleich zum WTO-Recht, welches auf nationale Gesetze anwendbar ist, welche invasiver die private Nachfrage etwa mittels Importbeschränkungen regulieren.[31] Nach dem eingangs zur Anhörung im Mai 2011 Gesagten wird es Sie auch nicht erstaunen, dass dem Binnenmarktausschuss das Schweizer Modell in diesem Rahmen empfohlen worden ist.[32] Die ILO-Kernarbeitsnormen werden so oder anders immer mehr Teil der vergaberechtlichen Realität sein. Im Rahmen der in der Schweiz laufenden Vergaberechtsreform ist sogar vorgesehen, im einschlägigen Konkordat, welches für alle Kantone gilt, ebenfalls einen entsprechenden Ausschlussgrund zu verankern. In Art. 13 Abs. 1 Satz 2 des Konkordatsentwurfs ist ausserdem ausdrücklich festgehalten, dass die Anbieter ihre Subunternehmer (vertraglich) verpflichten, diese Anforderungen einzuhalten. Demgegenüber verzichtet der Konkordatsentwurf auf die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der Zuschlagskriterien wie auch auf die Schaffung der im EU-Recht bekannten Kategorie der besonderen Vertragsbedingungen. Ob damit für die laufende Vergaberechtsreform das letzte Wort in Bezug auf die Berücksichtigung sozialer Aspekte gesprochen ist, bleibt abzuwarten.

V. Mehreignung nach der EU-Richtlinie 2014/24/EU

Die Frage, ob eine allfällige Mehreignung von Anbietern bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots berücksichtigt werden darf, ist nicht nur relevant mit Blick auf die dogmatische Differenzierung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien. Vielmehr setzt die Zulassung der Berücksichtigung der Mehreignung auch ein Signal, wonach sich die Beschaffung mehr am Qualitäts- als am Preiswettbewerb orientieren soll.[33] Ihnen ist die Lianakis-Rechtsprechung des EuGH[34] bekannt, wonach als Zuschlagskriterien grundsätzlich Aspekte ausge-

öffentliche Beschaffung – ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich 2014, S. 149 ff., insb. S. 152 ff.

31 Vgl. *Sue Arrowsmith/Peter Kunzlik* (Hrsg.), Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, Cambridge 2009, S. 21 ff., sowie *Steiner*, Nachhaltige öffentliche Beschaffung (Fußn. 30), S. 162

32 Präsentation (Fußn. 13), Folien 25 ff. "Besonders wichtig sei" aus der Sicht des Experten,"dass bei der öffentlichen Vergabe die Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) berücksichtigt werden" (Monatsinfo 6/2011 des forum vergabe, S. 190).

33 *Harald Freise*, Berücksichtigung von Eignungsmarkmalen bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots?, in: NZBau 2009, S. 225 ff., insb. S. 228

34 EuGH Slg. 2008, I-251 Emm. G. Lianakis AE u.a. Dimos Alexandroupolis u.a., Rz. 30

schlossen sind, die nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen, sondern die im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des betreffenden Auftrags zusammenhängen. Diese Rechtsprechung wird durch Art. 67 Abs. 2 Bst. b der neuen EU-Richtlinie 2014/24/EU ausdrücklich korrigiert. Im erläuternden Erwägungsgrund 94 heisst es dazu, dass es öffentlichen Auftraggebern gestattet sein soll, die Organisation, Qualifikation und Erfahrung der Mitarbeiter, die für die Ausführung des betreffenden Auftrags eingesetzt werden, als Zuschlagskriterien zugrunde zu legen, wenn die Qualität des eingesetzten Personals für das Niveau der Auftragsausführung relevant ist. Damit wird der Grundsatz der strikten Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien insoweit aufgegeben.[35] Das erscheint auch nach schweizerischem Recht insbesondere bei komplexen Dienstleistungen naheliegend in Bezug auf das für die Auftragsausführung zur Verfügung stehende Schlüsselpersonal.[36] Mit der Regeste des Bundesgerichtsentscheids BGE 139 II 489 kann nun für das schweizerische Recht als sicher gelten, dass es nicht grundsätzlich unzulässig ist, eine gewisse Mindestanforderung als Eignungskriterium zu verlangen und eine darüber hinausgehende Erfüllung als Zuschlagskriterium zu gewichten. Zumindest dort, wo es auf fachliche Eignung oder Erfahrung ankommt, ist die Berücksichtigung einer Mehreignung im Rahmen des Zuschlags nach der Rechtsauffassung unseres höchsten Gerichts zulässig. Das ist das Ende einer langen Entwicklung der Judikatur, wobei sich die Rechtsprechung ursprünglich am deutschen BGH[37] orientiert hat, der schon früh eher einer Lianakis-Doktrin avant la lettre zugeneigt war, dann aber für die Schweiz das vorweg genommen hat, was heute in der Richtlinie 2014/24/EU verankert ist.[38] Darum lautet für unseren Zusammenhang das Fazit wie folgt: Die neue Regelung auf europäischer Ebene ist ein klares Signal zugunsten des Qualitätswettbewerbs.

VI. Der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots – eine der Schlüsselstellen des neuen EU-Vergaberechts

Einer der Kernbereiche der neuen Richtlinie 2014/24/EU ist die Definition des wirtschaftlich günstigsten Angebots im Sinne von Art. 67 derselben. Zur Darstellung dieses Gegenstands muss etwas ausgeholt werden, denn die Formulierung dieser Bestimmung ist – wie für Kompromisse nicht untypisch – etwas "verklausuliert".[39] Auch hier gilt es zunächst, die einschlägige Regelung des Government Procurement Agreement in Erinnerung zu rufen. Das GPA 1994 kennt in Art. XIII Abs. 4 Bst. b bekanntlich die freie Wahl zwischen niedrigstem Preis und vorteilhaftestem Angebot unter Berücksichtigung mehrerer Bewertungskriterien.[40] Dasselbe gilt für Art. XV Abs. 5 des GPA 2012. *Pünder* geht in diesem Zusammenhang richtigerweise davon aus, dass die Möglichkeit der Vergabe des Zuschlags an das "most advantageous

35 *Soudry/Hettich* (Fußn. 23), S. 51

36 *Martin Beyeler*, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008, Rz. 173.

37 Etwa das Urteil X ZR 100/99 = NZBau 2002, 107; schon früh kritisch namentlich mit Blick auf die Zielsetzung des Qualitätswettbewerbs etwa *Meinrad Dreher*, in: Dreher/Stockmann, Kartellvergaberecht (= Auszug aus Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB-Kommentar, 4. Auflage, München 2007), München 2008, Rz. 239 zu § 97 GWB

38 Vgl. zum Ganzen *Marc Steiner*, Die Berücksichtigung der Mehreignung aus beschaffungsrechtlicher Sicht – ein Beitrag aus der Schweiz, in: European Law Reporter 2010, S. 189 ff.

39 *Soudry/Hettich* (Fußn. 23), S. 62

40 *Kunnert* (Fußn. 20), S. 275

tender" dafür spricht, dass nicht nur ökonomische Wertungsaspekte zulässig sind.[41] Dies entspricht für das europäische Recht wiederum der Argumentationslogik des EuGH-Urteils in Sachen Concordia Bus Finland.[42] Das muss insbesondere für den Umweltbereich gelten, nachdem im GPA 2012 Umweltmerkmale in Art. X Abs. 9 ausdrücklich als mögliches Bewertungskriterium vorgesehen sind. Das GPA kann aber nach der hier vertretenen Auffassung noch aus einem anderen Grund nicht zum rigiden Bollwerk gegen die Berücksichtigung jeder Art vergabefremder Aspekte stilisiert werden. Entscheidend ist insoweit das Argument der intendierten Regelungsintensität. Kunnert hält dazu treffend fest, dass der Kodex 1994 nicht auf eine umfassende Regelung des Beschaffungsverfahrens abzielt. Vielmehr konzentriert er sich darauf, den Spielraum der jeweiligen nationalen Vergabegesetzgeber bzw. Vergabestellen soweit einzuengen, wie dies für den Abbau traditioneller nationaler Protektionsismen auf dem Feld des öffentlichen Beschaffungswesens notwendig erscheint.[43] Das GPA will im Sinne von Mindeststandards Transparenz schaffen und Diskriminierungen vermeiden.[44] Eine andere Lesart – also die Oktroyierung eines bestimmten wirtschaftspolitischen Modells im Sinne eines "purity principle", welches etwa den "strategic use" im Sinne der Richtlinie 2014/24/EU rundweg in jeder Form ausschliessen würde – würde im Übrigen auch dem erklärten Ziel, weitere WTO-Mitgliedstaaten zum GPA-Beitritt zu ermuntern, zuwiderlaufen.[45] Erst vor diesem Hintergrund wird auch klar, warum die Richtlinie 2014/24/EU gegenüber der Richtlinie 2004/18/EG einen Paradigmenwechsel darstellt. Die Richtlinie 2004/18/EG entspricht präzise dem Regulierungsmodell des GPA 1994, indem wahlweise entweder der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot oder ausschliesslich das Kriterium des niedrigsten Preises vorgesehen ist. Ganz anders die Richtlinie 2014/24/EU; und auch hier ist wieder die Vorgeschichte interessant. Das Parlament hat mit Entschließung vom 25. Oktober 2011 zur Modernisierung im Bereich des öffentlichen Auftragswesens[46] die Ansicht vertreten, dass der Kriterium des niedrigsten Preises nicht mehr das ausschlaggebende Kriterium bei der öffentlichen Auftragsvergabe sein sollte, damit das volle Potential der öffentlichen Auftragsvergabe ausgeschöpft werden kann, und dass dieses Kriterium allgemein durch das Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots in Bezug auf die wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Vorzüge – unter Einbezug der gesamten Lebenszykluskosten – ersetzt werden sollte. Zugleich wird in dieser Entschließung unterstrichen, dass dies den niedrigsten Preis als ausschlaggebendes Kriterium im Falle von in höchstem Masse standardisierten Waren oder Dienstleistungen nicht ausschließen soll.[47] Mit dem letzten Satz dieser Ziffer 13 der Entschließung setzt sich das Parlament von NGO-Positionen ab, welche das Kriterium des niedrigsten Preises ganz aus dem Vergaberecht verbannt

41 *Pünder* (Fußn. 4), S. 88

42 Rechtssache C-513/99; Urteil vom 17. September 2002, insb. Rdnr. 55

43 *Kunnert* (Fußn. 20), S. 354

44 *Peter Trepte*, The Agreement on Government Procurement, in: Macrory/Appleton/Plummer (Hrsg.), The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis, Band I, New York 2005, S. 1123 ff., insb. S. 1148

45 Vgl. zum Ganzen *Marc Steiner*, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung, Arbeitspapier erstellt im Auftrag der Interessengemeinschaft Ökologische Beschaffung Schweiz (IGÖB), 2. Fassung, Bern 2010, S. 20

46 ABl. C 131 vom 8. Mai 2013, S. 25 ff.; vgl. zur Entstehungsgeschichte bezüglich der Position des Europäischen Parlaments *Marc Steiner*, Is there a Swiss Approach towards Sustainable Public Procurement, in: EPPPL 2013, S. 73 ff., insb S. 75 f.

47 Vgl. dazu auch das Grünbuch der Kommission über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens vom 27. Januar 2011 (KOM[2011] 15 endgültig), S. 42

wissen wollten.[48] Das Bekenntnis zu einer Mehrzahl von Zuschlagskriterien als Regel und damit zum Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots im Unterschied zur bloßen Frage nach dem günstigsten Preis bringt als solches bereits die Orientierung am Preis-Leistungs-Verhältnis unter Berücksichtigung des Qualitätswettbewerbs mit sich.[49] Dabei entspricht das Konzept des Europäischen Parlaments präzise der Rechtslage in der Schweiz. Gemäß Art. 21 Abs. 1 BöB erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag, welches wiederum anhand von verschiedenen Zuschlagskriterien ermittelt wird. Die Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses (bzw. "Kosten-Leistungs-verhältnisses") der Angebote durch die Würdigung aller Zuschlagskriterien ist "der eigentliche Sinn und Zweck des Beschaffungsverfahrens".[50] Art. 21 Abs. 1 BöB bringt in diesem Sinne eine klare Wahl zum Ausdruck.[51] Dies erkennt man deutlich am Wortlaut von Art. 21 Abs. 3 BöB in der im Schweizer Parlament beschlossenen Fassung. Nach dieser Bestimmung kann der Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter auch nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen. Aufgrund des Wortlauts, aber auch angesichts der Entstehungsgeschichte der geltenden Fassung von Art. 21 Abs. 3 BöB[52] ist ohne weiteres der Umkehrschluss zulässig, dass der schweizerische Gesetzgeber ein derartiges Vorgehen bei *nicht* weitgehend standardisierten Gütern und namentlich bei Dienstleistungen als nicht sachgerecht erachtet.[53] Die Beschaffung nach dem Konzept des wirtschaftlich günstigsten Angebots soll demnach nach geltendem Schweizer Recht die Regel sein, wogegen die Beschaffung nach dem niedrigsten Preis eher die Ausnahme ist.[54] Davon ist das Konzept des § 97 Abs. 5 GWB im Übrigen nach der hier vertretenen Auffassung nicht sehr weit entfernt.[55] Und auch zum deutschen Recht wird präzisierend ausgeführt, dass es der öffentlichen Auftraggeberin "in geeigneten Fällen" (sic!) – z.B. bei der Nachfrage nach homogenen Massengütern – möglich sein muss, ausschließlich den Preis als Kriterium für die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots anzugeben.[56] So weit wie das Europäische Parlament und die Schweiz wollte aber die Kommission im Rahmen ihres Entwurfs für die Richtlinie 2014/24/EU nicht gehen. Indessen hat sie bereits im Grünbuch festgehalten, dass der Qualitätswettbewerb begünstigt

48 Vgl. dazu auch *Grünbuch* (Fußn. 47), S. 42, insb. Frage 70.1.1; eher auf der NGO-Linie der Tarabella-Bericht vom 11. Januar 2013, S. 150 f.

49 Vgl. dazu mutatis mutandis *Joachim Braun/Jürgen Kappenmann*, Die Bestimmung des wirtschaftlichesten Bieters nach den Zuschlagskriterien der Richtlinie 2004/18/EG, in: NZBau 2006, S. 544 ff., insb. S. 545.

50 Erläuternder Bericht zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 30. Mai 2008 (http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1606/Bericht.pdf, zuletzt besucht am 13. Februar 2015, S. 54 zu Art. 39 Abs. 3 VE BöB; vgl. zum deutschen Recht *Marc Opitz*, Der Wirtschaftlichkeitsbegriff des Kartellvergaberechts, in: NZBau 2001, S. 12 ff., S. 13 mit Hinweisen).

51 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-743/2007 vom 16. Dezember 2011, E. 2.2.3.3; *René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini/Felix Uhlmann*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Basel 2011, S. 372 f.

52 Vgl. dazu ausführlich *Steiner*, Nachhaltige öffentliche Beschaffung (Fußn. 30), S. 166 f.

53 *Robert Wolf*, Der Angebotspreis, in: Baurecht 2004, Sonderheft Vergabetagung 2004, S. 12 ff., insb. S. 17; *Steiner* (Fußn. 29), S. 3 mit Fußn. 17; Erläuternder Bericht Totalrevision (Fußn. 50), S. 54 zu Art. 39 Abs. 2 VE BöB.

54 Dies ist auch anlässlich der Anhörung vor dem Binnenmarktausschuss im Mai 2011 so vorgetragen worden (Monatsinfo forum vergabe 6/2011, S. 190; vgl. Fußn. 16 hiervor).

55 Vgl. dazu etwa *Michael Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Fußn. 12), Rz. 180 zu § 97 GWB, oder *Soudry/Hettich* (Fußn. 23), S. 64

56 *Meinrad Dreher* (Fußn. 37), Rz. 219 zu § 97 GWB; *Soudry/Hettich* (Fußn. 23), S. 64

werden kann, indem der Schwerpunkt vom niedrigsten Anfangspreis auf die niedrigsten Lebenszykluskosten verlagert wird.[57] Art. 67 Abs. 2 der Richtlinie ist insoweit ein Kompromiss, was sogleich näher auszuführen sein wird. Für das Verständnis wichtig ist die Klarstellung, dass nun das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht mehr eine von zwei Alternativen ist wie nach der Richtlinie 2004/18/EG, sondern zum Oberbegriff wird.[58] Zur Ermittlung desselben werden gemäß Art. 67 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU im Ergebnis drei Varianten angeboten: Der Zuschlag nach dem niedrigsten Preis, der Zuschlag nach den niedrigsten Kosten (etwa nach der Lebenszykluskostenrechnung gemäss Art. 68 der Richtlinie) oder der Zuschlag nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zugleich enthält der Erwägungsgrund 92 ein Entgegenkommen an das Parlament, wenn dort – und dies im Unterschied zur Entwurf der Kommission – festgehalten wird, dass öffentliche Auftraggeber zur Wahl von Zuschlagskriterien ermutigt werden sollten, mit denen sie qualitativ hochwertige Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen erhalten können, die ihren Bedürfnissen optimal entsprechen. In dieselbe Richtung bewegt sich das europäische Vergaberecht, wenn in Artikel 67 Abs. 2 der neuen klassischen Richtlinie gesagt wird, die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass die öffentlichen Auftraggeber nicht den Preis oder die Kosten allein als einziges Zuschlagskriterium verwenden dürfen.[59] Das ist angesichts der Sintesi-Rechtsprechung des EuGH besonders wichtig. Mit diesem Entscheid ist festgehalten worden, dass eine generelle Beschränkung des nationalen Gesetzgebers auf den niedrigsten Preis als Zuschlagskriterium unzulässig ist.[60] Das Ermessen der Auftraggeberin soll insoweit nicht über Gebühr eingeschränkt werden. Neu sagt die Richtlinie 2014/24/EU ausdrücklich, dass das Gegenteil, nämlich die Verpflichtung durch nationales Gesetz auf den Zuschlag nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis, zulässig ist. In gleicher Weise kann der Zuschlag nach dem niedrigsten Preis oder den niedrigsten Kosten auf bestimmte Kategorien von öffentlichen Auftraggeberinnen oder bestimmte Arten von Aufträgen beschränkt werden. Umgekehrt soll das beste Preis-Leistungs-Verhältnis nicht nur anhand "kostenfremder" Kriterien ermittelt werden.[61] Vielmehr soll das beste Preis-Leistungs-Verhältnis stets eine Preis- oder Kostenkomponente enthalten.[62] Es bleibt abzuwarten, inwieweit der deutsche Gesetzgeber von diesem Regelungsspielraum im Sinne eines Bekenntnisses zum Qualitätswettbewerb Gebrauch macht.[63] Zusammenfassend sind wir jetzt in gewisser Weise dort, wo Dreher immer schon hinwollte, wenn er zu § 97 GWB festgehalten hat, dass man – ganz im Sinne der Kommission – eigentlich vom besten Kosten-Leistungs-Verhältnis und nicht vom besten Preis-Leistungs-Verhältnis sprechen sollte.[64] Folgerichtig gehen Soudry/Hettich für das neue EU-Vergaberecht zutreffend vom Primat des wirtschaftlich günstigsten Angebots aus, womit aber nach der neuen Terminologie eigentlich der Primat des besten Preis-Leistungs-

57 *Grünbuch* (Fußn. 47), S. 5

58 Dies erhellt aus dem Erwägungsgrund 89 der Richtlinie 2014/24/EU; *Soudry/Hettich* (Fußn. 23), S. 62

59 Vgl. dazu auch den Erwägungsgrund 90 der Richtlinie 2014/24/EU

60 Rechtssache C-247/02, Urteil des EuGH vom 7. Oktober 2004, Rdnr. 38 ff.

61 Erwägungsgrund 92 der Richtlinie 2014/24/EU; *Soudry/Hettich* (Fußn. 23), S. 63

62 Erwägungsgrund 90 der Richtlinie 2014/24/EU

63 *Soudry/Hettich* (Fußn. 23), S. 64

64 *Meinrad Dreher* (Fußn. 37), Rdnr. 214 zu § 97 GWB mit Fußn. 446; vgl. dazu auch *Marc Opitz*, Der Wirtschaftlichkeitsbegriff des Kartellvergaberechts, NZBau 2001, S. 12, und für das schweizerische Vergaberecht *Steiner*, Nachhaltige öffentliche Beschaffung (Fußn. 30), S. 165 f.

Verhältnisses gemeint ist.[65] Oder im Umkehrschluss: Abweichend von der bisherigen Regelung der Richtlinie 2004/18/EG misst der EU-Gesetzgeber dem reinen Preiswettbewerb zukünftig nur eine nachrangige Bedeutung bei.[66]

VII. Fazit

Wir erinnern uns an die anfangs im Abschnitt II formulierte Arbeitshypothese, wonach das neue EU-Vergaberecht einen Kulturwandel intendiert im Sinne einer Bewegung weg vom niedrigsten Preis hin zum besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Das gilt wie gesehen sowohl für die ILO Kernarbeitsnormen, die Frage der Mehreignung als auch die Frage nach ungewöhnlich niedrigen Angeboten, vor allem aber für den neuen Art. 67 der Richtlinie 2014/24/EU betreffend die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Die Neudefinition desselben ist zugleich methodische Voraussetzung für die Integration von Nachhaltigkeitsaspekten ins Vergaberecht. Die Internalisierung von externen Umweltkosten, wie sie Art. 68 Abs. 1 Bst. b der Richtlinie 2014/24/EU erlaubt, passt mit der Frage allein nach dem niedrigsten Preis zusammen wie die sprichwörtliche Faust aufs Auge. Es braucht also für den "strategic use" des öffentlichen Beschaffungswesens im Sinne der Strategie "Europa 2020"[67] einen neuen Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots, den das EU-Vergaberecht nun definiert bzw. bereitstellt. Damit geht die Richtlinie zwar nicht ganz so weit, wie es das Parlment gerne gesehen hätte, aber die Beschreibung der dargestellten Rechtsänderung als Paradigmenwechsel ist aus gesamteuropäischer Sicht keineswegs übertrieben. Denken Sie immer daran, dass es nicht überall in Europa § 97 Abs. 5 GWB mit Art. 67 der Richtlinie 2014/24/EU zu vergleichen gilt! (Immerhin darf festgestellt werden, dass die Schweiz insoweit nahezu perfekt EU-kompatibel wäre.) Zu dieser Entwicklung wiederum passt eine gewisse ideologische Entkrampfung in Bezug auf die Berücksichtigung namentlich ökologischer Aspekte, wie sie etwa aus der Darstellung von Brackmann sichtbar wird.[68] In diesem Sinne hat auch Fridhelm Marx anlässlich der forum vergabe Gespräche 2013 geraten, die Fundamentalopposition gegen "vergabefremde" Aspekte aufzugeben und sich vielmehr zu überlegen, ob und inwieweit gewisse Gesichtspunkte in welchen vergaberechtlichen Kategorien sinnvoll umsetzbar seien. Wenn damit zugleich erreicht werden könne, dass der vergaberechtliche Flickenteppich durch die Landesvergabegesetze in Deutschland verkleinert werde, sei es umso besser.[69] Aber die grösste Freude bereitet die Lektüre eines Aufsatzes von Schäfer, der angesichts früher vom BDI vertretener Positionen zu Green Public Procurement besonders bemerkenswert erscheint. Schäfer hält fest, dass diesbezüglich auch der Umstand eine Rolle spiele, dass die europäische und vor allem die deutsche Industrie nach hohen Aufwendungen zur Einhaltung stetig verschärfter EU-Umweltvorschriften inzwischen Produkte und Dienstleistungen anbietet, die im Vergleich zu Wettbewerbern aus anderen Weltregionen umwelttechnisch oft überlegen sind, was diesen Angeboten Wettbe-

65 *Soudry/Hettich* (Fußn. 23), S. 62

66 *Soudry/Hettich* (Fußn. 23), S. 64

67 Siehe dazu namentlich den Erwägungsgrund 95 der Richtlinie 2014/24/EU

68 *Roswitha Brackmann*, Nachhaltige Beschaffung in der Vergabepraxis, in: VergabeR 2014, S. 310 ff.; vgl. zum Ganzen neuerdings die Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts vom 7. Januar 2015 (Beschluss des Bundeskabinetts)

69 Forum vergabe: Sechzehnte forum vergabe Gespräche 2013, S. 186 in Verbindung mit der Abbildung S. 188

werbsvorteile einbringen kann und Umweltkriterien auf dem globalen Markt einen neuen Stellenwerkt beilegt.[70] Das zeigt, was "Europa 2020" eigentlich meint: Ökoinnovation ist nicht nur Umwelt-, sondern auch Industriepolitik. Auch in diesem Sinne würde ich mir wünschen, den Mund nicht zu voll genommen zu haben, wenn zu Beginn des Vortrags der Hoffnung Ausdruck verliehen worden ist, dass am Schluss vor unser Augen das Bild einer mehr oder weniger kohärenten Regulierung entsteht.

70 *Peter W. Schäfer*, Green Public Procurement im Rahmen der EU-Umwelt- und Nachhaltigkeitspolitik, in: Prieß/Lau/Kratzenberg (Hrsg.), Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung, FS Fridhelm Marx, München 2013, S. 657 ff., insb. S. 660

Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts
Beschluss des Bundeskabinetts vom 7. Januar 2015

vorgelegt von

DR. THOMAS SOLBACH*

I. *Ziele der Modernisierung des EU-Vergaberechts* 142
II. *Leitlinien der Umsetzung in das deutsche Recht* 142
III. *Neue Struktur des Vergaberechts* 142
IV. *Inhaltliche Schwerpunkte der Vergaberechtsmodernisierung* 143
1. Vergabeverfahren vereinfachen und flexibler gestalten 143
2. Nachhaltige und innovative Beschaffung stärken 144
3. Regeln zur Eignungsprüfung vereinfachen 144
4. Arbeits- und sozialrechtliche Verpflichtungen beachten (insbesondere Tariftreue und Mindestlohn) 145
5. Freiräume für die öffentliche Hand erhalten 145
6. Vergabe von sozialen Dienstleistungen erleichtern 146
7. Mittelstandsfreundliche Vergabe gewährleisten 146
8. Den Belangen von Menschen mit Behinderungen Rechnung tragen 146
9. Wirtschaftskriminalität wirksam bekämpfen. 146
10. Elektronische Kommunikation für das Vergabeverfahren nutzen 147
11. Verlässliche Datengrundlage für öffentliche Auftragsvergabe schaffen 147
V. *Zeitplan der Umsetzung* 147

Der Europäische Gesetzgeber hat mit dem Paket zur Modernisierung des europäischen Vergaberechts ein vollständig überarbeitetes Regelwerk für die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen vorgelegt. Das Modernisierungspaket umfasst drei Richtlinien:

- die Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe,
- die Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Sektoren) und
- die neue Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen.

* *Thomas Solbach* ist Referatsleiter IB6 im Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie.

Diese Richtlinien sind bis zum 18. April 2016 in deutsches Recht umzusetzen.

I. Ziele der Modernisierung des EU-Vergaberechts

Die EU-Vergaberechtsmodernisierung zielt darauf ab, das Regelwerk für die Vergaben entsprechend den aktuellen Bedürfnissen des fortschreitenden Binnenmarktes weiter zu entwickeln und innerhalb der Europäischen Union stärker zu vereinheitlichen. Die Vergabeverfahren sollen effizienter, einfacher und flexibler gestaltet und die Teilnahme kleiner und mittlerer Unternehmen an öffentlichen Vergabeverfahren erleichtert werden. Gleichzeitig ermöglicht es der neue Rechtsrahmen den Vergabestellen, die öffentliche Auftragsvergabe stärker zur Unterstützung strategischer Ziele zu nutzen. Dazu gehören vor allem soziale, ökologische und innovative Aspekte. Weiterhin regeln die neuen EU-Richtlinien grundlegende Ausnahmen vom Vergaberecht. Dies bietet gerade Kommunen mehr Rechtssicherheit bei der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge.

II. Leitlinien der Umsetzung in das deutsche Recht

Wir wollen die Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien in das deutsche Recht nutzen, um ein anwenderfreundliches und modernes Vergaberecht zu schaffen, das rechtssichere Vergaben im Wettbewerb und die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Haushaltsmittel ermöglicht. Ausgehend vom Koalitionsvertrag orientieren wir uns dabei insbesondere an folgenden Leitlinien:

- Struktur und Inhalt des deutschen Vergaberechts müssen einfach und anwenderfreundlich sein.
- Eine wirtschaftliche Beschaffung wird durch Wettbewerb, Transparenz und Nichtdiskriminierung sichergestellt.
- Soziale, ökologische und innovative Aspekte sollen im Einklang mit dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz gestärkt werden.
- Kommunale Handlungsspielräume sollen erhalten bleiben.
- Der bürokratische Aufwand für Auftraggeber und Auftragnehmer soll so gering wie möglich gehalten werden.
- Öffentliche Aufträge im Inland und im EU-Ausland sollen für deutsche Unternehmen gleichermaßen attraktiver werden. Europa- und bundesweit soll das Vergabeverfahren daher möglichst einheitlich sein.
- Kleine und mittlere Unternehmen dürfen im Wettbewerb um öffentliche Aufträge nicht benachteiligt werden.
- Ein weitgehend digitalisierter Beschaffungsprozess wird angestrebt.
- Wirtschaftsdelikten muss wirksam entgegengewirkt werden.
- Die EU-Richtlinien werden „eins zu eins“ in das deutsche Recht umgesetzt.

III. Neue Struktur des Vergaberechts

Die Umsetzung des Modernisierungspakets bietet die Chance, die komplexe Struktur des deutschen Vergaberechts zu reformieren. Bislang sind vergleichbare Sachverhalte in vielen Fällen

mehrfach und ohne ersichtlichen Grund unterschiedlich geregelt. Dies erschwert die Anwendung des Vergaberechts in der Praxis.

- Wir wollen die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien dazu nutzen, im Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte die Struktur des deutschen Vergaberechts zu vereinfachen und anwenderfreundlich zu gestalten. Die wesentlichen gesetzlichen Vorgaben bleiben im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verankert. Wir werden insbesondere die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts, den Anwendungsbereich, die Vergabearten, die neuen Vorgaben der Richtlinien für die Kündigung und die Änderungen von Aufträgen und Konzessionen während der Laufzeit, die Gründe für den Ausschluss von einem Vergabeverfahren und die grundsätzlichen Anforderungen an Eignung und Zuschlag im GWB regeln. Dabei werden wir das GWB grundlegend überarbeiten und übersichtlicher strukturieren.
- Die Vergabeverordnung (VgV), die Sektorenverordnung (SektVO), die Verordnung über die Vergabe in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) und die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) regeln die Einzelheiten des Vergabeverfahrens.
- Das Vergabeverfahren für Liefer- und Dienstleistungen sowie für freiberufliche Leistungen werden wir in der VgV zusammenführen.
- Die spezifischen Vergabevorschriften zur Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen (bislang Kapitel 3 der VOF) und die Vorschriften zu Wettbewerben (Auslobungsverfahren) im Bereich der Raumplanung, des Städtebaus und des Bauwesens (bislang Kapitel 2 der VOF) werden künftig als neuer Abschnitt in der VgV hervorgehoben. Dieser Abschnitt wird vom BMUB erarbeitet und steht abweichend von der sonstigen Federführung des BMWi unter gemeinsamer Federführung von BMWi und BMUB.
- Bauspezifische Vergabeverfahren werden weiterhin in der VOB/A durch den Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen geregelt. Damit tragen wir den Besonderheiten der Bauleistungen bei öffentlichen Aufträgen Rechnung.
- Die Konzessions-Richtlinie werden wir in einer eigenständigen Rechtsverordnung über die Konzessionsvergabe umsetzen. Dabei werden die spezifischen Belange der Baukonzession berücksichtigt.
- Wir werden die Expertise der Wirtschaftsverbände und öffentlichen Auftraggeber in diesem Prozess intensiv nutzen. Dabei kommt den Vergabe- und Vertragsausschüssen eine wichtige Rolle zu.
- Nach Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien wird zeitnah der Anpassungsbedarf für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte geprüft.

IV. Inhaltliche Schwerpunkte der Vergaberechtsmodernisierung

1. Vergabeverfahren vereinfachen und flexibler gestalten

Vergaberechtliche Anforderungen an die Bieter dürfen nicht über das notwendige Maß hinausgehen. Kostenintensive Verfahren belasten Unternehmen und wirken sich für Auftraggeber negativ auf das Preis-Leistungs-Verhältnis der Beschaffung aus. Wir werden daher einfachere, schnellere und effizientere Verfahren ermöglichen. Wir werden die Handlungsspielräume des

neuen europäischen Rechtsrahmens nutzen, um das Vergabeverfahren flexibler zu gestalten. Die Möglichkeit zur Verhandlung mit den Bietern werden wir entsprechend den neuen Vorgaben der Richtlinien ausweiten. Vorbehaltlich des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und des Wettbewerbs werden öffentliche Auftraggeber zudem zwischen offenem und nichtoffenem Verfahren frei wählen können.

2. Nachhaltige und innovative Beschaffung stärken

Das deutsche Vergaberecht ermöglicht es Auftraggebern bereits heute, durch entsprechende Vorgaben öffentliche Gelder sozial und ökologisch verantwortungsvoll zu verwenden. Im Hinblick auf die vielfältigen landesgesetzlichen Vorgaben ist es aber für Unternehmen häufig schwierig nachzuweisen, dass sie die Anforderungen erfüllen.

Unter Beachtung des Ziels der wirtschaftlichen Beschaffung sollen, wo möglich, soziale, ökologische und innovative Aspekte bei der öffentlichen Beschaffung stärker Berücksichtigung finden. Daher wollen wir auf Bundesebene Nachhaltigkeit und Innovationen bei der Beschaffung in Deutschland beispielgebend stärken und weiterentwickeln. Dies kommt auch Unternehmen zu Gute, die ihrer Verantwortung bis hinein in die Produktions- und Lieferkette nachkommen.

Auftraggeber sollen bei der Beschreibung der Leistung und bei der Festlegung von Zuschlagskriterien – anders als bisher – unter bestimmten Voraussetzungen pauschal auf Gütezeichen (Labels) verweisen können.

Auftraggeber müssen bei der Auftragsvergabe auch in Zukunft den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilen. Dabei können jedoch neben dem Preis und den Kosten, einschließlich der Lebenszykluskosten, soziale, ökologische und innovative Aspekte unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes stärker in die Bewertung einfließen. Der öffentliche Auftraggeber kann hierbei konkrete Vorgaben zu den umweltbezogenen und sozialen Eigenschaften der zu beschaffenden Leistungen machen. Bedingung ist wie bisher, dass eine Verbindung zum Auftragsgegenstand besteht. Diese Verbindung zum Auftragsgegenstand ist entsprechend der EU-Vergaberichtlinien unter anderem auch anzunehmen, wenn sich die Anforderung auf ein Stadium des Produktionsprozesses bezieht. Bei der Beschaffung von sicherheitsrelevanten Produkten und Dienstleistungen muss es möglich sein, besondere Anforderungen an den Bieter zu stellen.

3. Regeln zur Eignungsprüfung vereinfachen

Öffentliche Aufträge dürfen nur an geeignete Unternehmen vergeben werden. Der Nachweis und die Prüfung dieser Vorgaben verursachen in der Praxis zum Teil hohen bürokratischen Aufwand. Nachweispflichten dürfen die Unternehmen jedoch nicht über das erforderliche Maß belasten. Zudem müssen auch der Kontrollaufwand für den Auftraggeber beherrschbar und das Vergabeverfahren praktikabel bleiben.

Mit der Einführung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung wird die Pflicht, umfangreiche Nachweise und Bescheinigungen bereits in einem frühen Stadium des Verfahrens vorzulegen, durch die Abgabe einfacher Erklärungen der Bieter ersetzt. Damit entlasten wir die Bieter und senken die Hemmschwelle zur Teilnahme an Vergabeverfahren.

Künftig werden ausschließlich Bieter, die für den Zuschlag in Betracht kommen, die erforderlichen Bescheinigungen einreichen müssen.

Die Einführung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung muss so ausgestaltet sein, dass diese mit den bestehenden Systemen zur Präqualifizierung kompatibel ist. Daher werden wir darauf achten, dass die Einführung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung die bestehenden Systeme sinnvoll ergänzt.

4. Arbeits- und sozialrechtliche Verpflichtungen beachten (insbesondere Tariftreue und Mindestlohn)

Wir wollen sicherstellen, dass Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Verpflichtungen einhalten. Dazu können auch Aspekte der Gleichstellung gehören.

Auf Länderebene bestehen zudem bereits Vergabegesetze, die die Vergabe öffentlicher Aufträge von der Einhaltung allgemein verbindlicher Tarifverträge abhängig machen. Wir werden im GWB insbesondere festschreiben, dass bei der Ausführung von Aufträgen ein bundesweiter gesetzlicher Mindestlohn, Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz und für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge einzuhalten sind. Damit flankieren wir die Einhaltung dieser Verpflichtungen auch über das Vergaberecht.

5. Freiräume für die öffentliche Hand erhalten

Das Vergaberecht kommt weiterhin erst zum Zuge, wenn öffentliche Auftraggeber Leistungen von Unternehmen am Markt nachfragen. Entscheidet sich eine Kommune, eine Leistung selbst zu erbringen, findet das Vergaberecht keine Anwendung. Die neuen EU-Richtlinien definieren hierfür erstmals die genauen Voraussetzungen. Dadurch erhalten Kommunen ein hohes Maß an Rechtssicherheit, staatliche Aufgaben in Zusammenarbeit mit anderen Kommunen oder durch eigene Unternehmen erfüllen zu können.

Zentrale Leistungen der Daseinsvorsorge sollen dadurch auch weiterhin sowohl in öffentlicher als auch in privater Verantwortung verbraucherfreundlich und kostengünstig erbracht werden können. Wir werden die EU-Regelungen zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit deshalb „eins zu eins“ im GWB umsetzen. Ebenso werden wir weitere Ausnahmen vom EU-Vergaberecht, wie zum Beispiel für die Konzessionen im Bereich der Trinkwasserversorgung und für die Vergabe von Rettungsdiensten, in das GWB übernehmen.

6. Vergabe von sozialen Dienstleistungen erleichtern

Dienstleistungen im Gesundheits-, Sozial- und Bildungsbereich haben nur begrenzte Auswirkungen auf den Binnenmarkt.

Die EU-Richtlinien ermöglichen es daher den Mitgliedstaaten, für bestimmte – insbesondere soziale – Dienstleistungen vereinfachte Vergabeverfahren vorzusehen. Diesen Spielraum wollen wir für die Umsetzung nutzen und ein deutlich erleichtertes Vergabeverfahren für soziale Dienstleistungen einführen. Als eine Umsetzungsoption kommt in Frage, dass öffentliche Auftraggeber künftig zwischen den Verfahrensarten wählen können.

7. Mittelstandsfreundliche Vergabe gewährleisten

Ein wichtiges Ziel der EU-Vergabemodernisierung ist es, für kleine und mittlere Unternehmen den Zugang zu öffentlichen Aufträgen zu erleichtern. Bei der Ausgestaltung der Vergabeverfahren liegt es im Interesse unserer Wirtschaft, mittelständische Interessen besonders zu beachten. Hohe Auftragsvolumina und unangemessene Anforderungen an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit können kleine und mittlere Unternehmen im Vergabeverfahren überfordern. Wir wollen den im GWB verankerten Grundsatz beibehalten, wonach Aufträge verpflichtend in Lose aufzuteilen sind.

Kleinen und mittleren Unternehmen soll der Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erleichtert werden.

Soweit ein Mindestumsatz zum Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verlangt wird, werden wir dafür eine Höchstgrenze setzen.

Den Erfordernissen bei der Vergabe von freiberuflichen Dienstleistungen, wie etwa den bestehenden Honorarregeln und der Bedeutung qualitativer Kriterien bei der Bewertung von Angeboten, werden wir Rechnung tragen. Auch kleinere Büros und Neueinsteiger müssen eine reale Chance haben, Aufträge zu erhalten.

8. Den Belangen von Menschen mit Behinderungen Rechnung tragen

Bei jeder Beschaffung, die von Menschen genutzt wird, müssen – außer in ordnungsgemäß begründeten Fällen – die technischen Spezifikationen unter Berücksichtigung der Barrierefreiheit erstellt werden. Bei der Wertung der Angebote in einem Vergabeverfahren wird ein mögliches Kriterium „Design für Alle“ sein. Elektronische Mittel, die im Vergabeverfahren verwendet werden, sind möglichst so zu gestalten, dass niemand beim Zugang sowie bei der Nutzung beeinträchtigt wird. Darüber hinaus wird es Auftraggebern ermöglicht, öffentliche Aufträge nur an Werkstätten für behinderte Menschen zu vergeben.

9. Wirtschaftskriminalität wirksam bekämpfen

Wirtschaftsdelikte dürfen auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht ohne Folgen bleiben. Wer sich wegen Wirtschaftsdelikten strafbar gemacht hat, soll nicht von öffentlichen

Aufträgen profitieren. Um wieder an Vergabeverfahren teilnehmen zu dürfen, erhalten betroffene Unternehmen die Möglichkeit, durchgeführte Maßnahmen der Selbstreinigung nachzuweisen. Einzelheiten der Ausschlussgründe wie auch der Selbstreinigung sollen im Rahmen der Umsetzung für Auftragnehmer aller Bereiche im GWB geregelt werden.

Bislang ist es angesichts einer Vielzahl unterschiedlicher Regelungen auf Landesebene für öffentliche Auftraggeber schwierig nachzuprüfen, ob es bei einem Unternehmen zu Straftaten gekommen ist. Wir wollen deshalb im Zusammenhang

mit der Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien die Einführung eines zentralen bundesweiten Vergabeausschlussregisters und die Vereinheitlichung der inhaltlichen Regelungen prüfen. Damit wollen wir sicherstellen, dass öffentliche Auftraggeber bundesweit von Wirtschaftsdelikten erfahren und nach den gleichen Regeln vorgegangen wird.

10. Elektronische Kommunikation für das Vergabeverfahren nutzen

Die EU-Richtlinien sehen die verbindliche Einführung der elektronischen Kommunikation im Vergabeverfahren vor.

Das ist ein wesentlicher Beitrag zur Vereinfachung und zur Transparenz des Vergabeverfahrens. So müssen Angebote künftig grundsätzlich elektronisch eingereicht werden. Ausnahmen sind abschließend definiert. Insbesondere kommunale Vergabestellen und kleine und mittlere Unternehmen haben somit einen erheblichen Umstellungsaufwand zu bewältigen. Wir werden im Rahmen der Umsetzung darauf achten, dass alle Betroffenen ausreichend Zeit für die notwendigen technischen Anpassungen haben. Daher sollen die betroffenen Vergabestellen die längere Umsetzungsfrist für die Einführung der elektronischen Kommunikation voll ausschöpfen können. Im Übrigen werden die rechtlichen Vorgaben zur elektronischen Kommunikation und zum Datenaustausch mithilfe von elektronischen Mitteln für die verschiedenen Leistungsarten einheitlich ausgestaltet. Die Umstellung auf E-Vergabe für Bund, Länder und Kommunen wird eng durch den IT-Planungsrat begleitet.

11. Verlässliche Datengrundlage für öffentliche Auftragsvergabe schaffen

Verlässliche Daten zur öffentlichen Auftragsvergabe fehlen bislang in Deutschland. Das jährliche Gesamtvolumen der öffentlichen Beschaffung etwa ist nicht bekannt. Wir wollen – auch mit Blick auf die Vorgaben der neuen EU-Richtlinien – die Datenlage für Auftragsvergaben deutlich verbessern. Nur so können wir zum Beispiel auswerten, wie sich die Nutzung verschiedener Vergabearten und die Berücksichtigung sozialer und ökologischer Aspekte der Vergabepraxis gestalten.

V. Zeitplan der Umsetzung

- Kabinettbeschluss zur GWB-Novelle Frühjahr 2015
- Gesetzgebung Bundestag und Bundesrat Herbst 2015

- Kabinettbeschluss zu den Verordnungen Herbst 2015
- Bundesrat-Zustimmung Winter 2015/2016
- Inkrafttreten Umsetzung 18. April 2016

Zur Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien in Deutschland

von

RECHTSANWALT DR. PETER W. SCHÄFER*

A. Vorbemerkungen zu den zugrundeliegenden EU-Vergaberechtsreformen 2014 151

I. Reformen im Spannungsfeld widerstreitender Zielsetzungen. 151

1. Intensivierung des Binnenmarktes versus Beschränkungen des Geltungsbereichs der Richtlinien 151

2. Vereinfachung des Rechtsrahmens versus verstärkte Kodifizierung der EuGH-Rechtsprechung 153

3. Erleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen versus erweiterte Zulassung politischer Zielsetzungen 153

II. Reformen zwischen Kontinuität und Generalrevision 155

III. Reformen zwischen Zeitdruck und Komplexität. 156

1. Eng gesetzte Zeitvorgaben. 156

2. Komplexität und Grenzen der Beschleunigung. 156

3. Beispiele. 157

B. Zu besonders wesentlichen Reforminhalten 159

I. Zu den neuen Richtlinien für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Sektorenaufträgen 159

1. Besonders positiv zu beurteilende Reformergebnisse. 159

a. Im Grundsatz unveränderter Geltungsbereich und Schwellenwerte 159

b. Erleichterungen bezüglich vom Bieter zu erbringender Nachweise 160

c. Ausdrückliche Klarstellungen zur „Selbstreinigung“ 160

d. Stärkung des Prinzips des wirtschaftlich günstigsten Angebots 160

e. Deutlichere Bezugnahme auf die Lebenszykluskosten 161

2. Besonders negativ zu beurteilende Reformergebnisse 161

a. Erweiterte Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit 161

b. Vorschriften zur erweiterten Berücksichtigung allgemeiner politischer Vorgaben im Vergabewesen. 162

aa. Staatliche Maßnahmen bezüglich der Einhaltung umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlicher Pflichten der Wirtschaftsteilnehmer 162

* Der Autor ist Rechtsanwalt beim Bundesverband der Deutschen Industrie, Berlin.

bb. Verstärkte „strategische Vergabe“ bzw. Lockerung des Auftragsbezugs der Zuschlagskriterien . . . 163
c. Zwingende Einführung der elektronischen Vergabe . . . 164
d. Verkürzung der Mindestfristen für Teilnahmeanträge und Angebote . . . 166
e. Zulassung von Direktzahlungen des Auftraggebers an den Unterauftragnehmer . . 167
II. Zur Konzessionsrichtlinie . . . 167
1. Besonders positiv zu beurteilende Reformergebnisse . . . 167
a. Explizite Vorab-Bekanntmachungspflicht nun auch für Dienstleistungskonzessionen . . . 167
b. Anwendbarkeit der Rechtsmittelrichtlinien . . . 168
2. Besonders negativ zu beurteilende Reformergebnisse . . . 168
a. Zu weit gehende Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit . . . 168
b. Ausnahmen vom Geltungsbereich im Wassersektor . . . 168
c. Erstreckung des Geltungsbereichs auf Sektorenauftraggeber . . . 169
d. Stark gestiegener Gesamt-Regelungsumfang . . . 169
III. Fazit . . . 170
C. Zu wichtigen Gestaltungsspielräumen bei der nationalen Umsetzung . . . 170
I. Generelle Anmerkungen . . . 170
II. Zu wichtigen einzelnen Regelungen . . . 170
1. Zur zwingenden Einführung der eVergabe . . . 171
2. Zur öffentlich-öffentlichen Kooperation . . . 171
3. Zur Wahl der Verfahrensarten und zum Vorrang des offenen Verfahrens . . . 172
4. Zum Verhandlungsverfahren . . . 172
5. Zu Mindestfristen für Teilnahmeanträge und Angebote . . . 173
6. Zur „Innovationspartnerschaft“ . . . 173
7. Zu den Zuschlagskriterien bzw. zur erweiterten Zulassung allgemeiner politischer Vorgaben für den „spezifischen Herstellungsprozess“ . . . 173
D. Kurze Anmerkung zur Form der Umsetzung . . . 174
I. Die beabsichtige politische Entscheidung . . . 174
II. Einschätzung und Empfehlungen . . . 175
E. Zusammenfassung . . . 177

A. Vorbemerkungen zu den zugrundeliegenden EU-Vergaberechtsreformen 2014

I. Reformen im Spannungsfeld widerstreitender Zielsetzungen

Für eine realistische Beurteilung der Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung der neuen EU-Richtlinien für öffentliche Aufträge[1] und Konzessionen[2] erscheint es hilfreich, sich zunächst die komplexe Ausgangslage der Reform bzw. Neuschaffung dieser Richtlinien vor Augen zu führen. Dabei muss man sich von vornherein darüber im Klaren sein, dass in den neuen EU-Regelungen vielfältige und teils auch eindeutig widerstreitende Zielsetzungen zum Ausdruck kommen bzw. den Hintergrund für die Formulierung der mehr oder weniger leicht verständlichen Vorschriften bilden. Insofern sind vor allem folgende drei Aspekte hervorzuheben:

1. Intensivierung des Binnenmarktes versus Beschränkungen des Geltungsbereichs der Richtlinien

Bereits von Beginn an war die Reform durch einen offenen oder verdeckten Widerstreit zwischen den Zielsetzungen der Intensivierung des Binnenmarktes einerseits und partiellen Bestrebungen zur Beschränkung des Anwendungsbereichs der Richtlinien andererseits gekennzeichnet. So hatte bereits der ehemalige EU-Kommissar *Mario Monti* in dem von ihm verfassten „Monti-Bericht"[3], den er im Auftrag des damaligen Kommissionspräsidenten *José Manuel Barroso* erstellt hatte und der den Auftakt zu den folgenden großen Binnenmarkt- und Vergabereformen bildete[4], die wesentliche Bedeutung des Binnenmarktes und des Vergaberechts mit seinen Geboten der Nichtdiskriminierung ausdrücklich betont bekräftigt.

Im Monti-Bericht wird beispielsweise ausgeführt, es stehe außer Zweifel, dass das EU-Recht zum öffentlichen Auftragswesen weitgehend als Erfolg zu verbuchen sei und sich die Erwartung erfüllt habe, dass sich mit der Anwendung des Vergaberechts das Preis-Leistungsverhältnis verbessere bzw. die Behörden beim Einkaufspreis schätzungsweise fünf bis acht Prozent

1 Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, Abl. Nr. L 94, 65 vom 28.03.2014, sowie Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser- Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, Abl. Nr. L 94, 243 vom 28.03.2014. In nachfolgenden Fußnoten wird bei Bezugnahmen auf diese Richtlinien der Einfachheit halber beispielhaft nur auf die Regelungen der Richtlinie 2014/24/EU verwiesen.

2 Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe, Abl. Nr. L 94, 1 vom 28.03.2014.

3 *Mario Monti*, Eine neue Strategie für den Binnenmarkt – im Dienste der Wirtschaft und Gesellschaft Europas, Bericht an den Präsidenten der Europäischen Kommission vom 09.05.2010.

4 Einzelheiten dazu bei *Peter W. Schäfer*, EU-Vergaberecht 2010/11 – zwischen Konsolidierung, Fragmentierung und Kohärenz, Schriftfassung des Vortrags an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer vom 23.09.2010, Vergaberecht 2011, S. 275 ff., 280 f.

einsparten.[5] Andererseits wird in dem Bericht allerdings auch empfohlen, dass die Vergabe für nationale und lokale öffentliche Auftraggeber „einfacher, wirksamer und weniger belastend" gestaltet[6] und im Bereich sozialer Dienstleistungen eine „größere Flexibilität" vorgesehen werden sollte.[7] Beides läuft letztlich auf Einschränkungen der Transparenz- bzw. Ausschreibungspflichten in bestimmten Bereichen hinaus.

Derartige, schon vor dem Start der konkreten Überarbeitung der Vergaberichtlinien geäußerte gegenläufige Grundanliegen beherrschten in der Folge den gesamten Reformverlauf. Konkret äußerten sie sich einerseits in der Betonung der weiteren Notwendigkeit des EU-Vergaberechts und andererseits in vielfältigen Forderungen nach Einschränkungen des Geltungsbereichs der Richtlinien, die insbesondere seitens kommunaler Auftraggeber geltend gemacht wurden. Ferner spiegelten sich auch in der Diskussion über die Abschaffung der Unterscheidung in so genannte „A- und B-Dienstleistungen und der Schaffung des neuen „leichteren Regimes" für Ausschreibungen sozialer Dienstleistungen mit einem im Vergleich zu den allgemeinen Regeln deutlich höheren Schwellenwert.[8]

Der Zielkonflikt zwischen der Bekräftigung der Notwendigkeit der Ausschreibungspflicht einerseits und den Bestrebungen zur Einengung des Anwendungsbereichs der Richtlinien andererseits zeigte sich besonders deutlich in den kontroversen Diskussionen über die Ausnahmen der Regelungen zu „Inhouse-Vergaben" bzw. öffentlich- öffentlicher Zusammenarbeit, die schließlich zu einer erweiterten Zulässigkeit ausschreibungsfreier Vergaben der öffentlichen Hand in diesem Sektor geführt haben.[9]

Ein weiteres, besonders anschauliches Beispiel für derartige Zielkonflikte lässt sich im Bereich der Konzessionsrichtlinie aufzeigen: Diese Richtlinie ist geschaffen worden, um auch im Bereich der Konzessionsvergabe mehr Transparenz und Rechtssicherheit durch eine umfassendere Legislativregelung einzuführen und „hartnäckigen Verzerrungen des Binnenmarktes" entgegenzuwirken.[10] Völlig entgegen diesem Regelungsziel führten massive Interventionen der öffentlichen Wasserwirtschaft indessen dazu, dass weite Bereiche dieses Sektors vollständig aus dem Geltungsbereich der Konzessionsrichtlinie ausgeklammert wurden.[11]

Die Forderung nach der genannten Totalausnahme im Wassersektor wurde im Wesentlichen auf die Behauptung gestützt, die Richtlinie würde einen Zwang zur Privatisierung in der Wasserwirtschaft bewirken, was sich negativ auf die Qualität der Wasserversorgung der Bevölkerung auswirken könne. Parallel dazu wurde die EU-Bürgerinitiative "right to water"[12] initiiert, die ebenfalls eine Ausnahme für den Wassersektor in der Richtlinie forderte und als erste EU-Bürgerinitiative die nötige Unterschriftenzahl erreichte. Während die Notwendigkeit der Gewährleistung einer hohen Qualität der Wasserversorgung unbestreitbar besteht, ist die Behauptung der Wasserwirtschaft, dass die Richtlinie einen Privatisierungsdruck auslöse, nicht haltbar; denn die Richtlinie sieht lediglich Vorschriften für den Fall vor, dass eine Konzession

5 Monti-Bericht (Fußn. 3), Abschnitt 3.4, Seite 90 der deutschen Fassung.
6 Monti-Bericht (Fußn. 3), Abschnitt 3.4, Seite 92 der deutschen Fassung.
7 Monti-Bericht (Fußn 3), Abschnitt 3.4. Seite 91 der deutschen Fassung.
8 Vgl. z.B. Art. 74 ff. in Verbindung mit Art. 4 Buchst. d) Richtlinie 2014/24/EU.
9 Vgl. dazu Art. 12 Richtlinie 2014/24/EU; näher dazu unten unter B.I.2.a.
10 In diesem Sinne ausdrücklich Erwägungsgründe 1 ff., 4 Abs. 2 Richtlinie 2014/23/EU.
11 S. Art. 12 Richtlinie 2014/23/EU.
12 Vgl. die Internetseite der Initiative: http://www.right2water.eu/de (nach dem Stand vom 06.11.2014).

vergeben wird, enthält jedoch keinerlei Verpflichtung zur Privatisierung. Die Kommission hat den behaupteten Zwang zur Privatisierung daher zu Recht als unzutreffend abgewiesen, zugleich jedoch paradoxer Weise der Forderung nach einer Totalausnahme für diesen Sektor nachgegeben.[13]

2. Vereinfachung des Rechtsrahmens versus verstärkte Kodifizierung der EuGH-Rechtsprechung

Ein zweiter Grundkonflikt bei der Richtliniengestaltung ist in den widerstreitenden Zielsetzungen der Vereinfachung des Regelwerks einerseits und dem Bestreben nach mehr Kodifizierung des Richterrechts des EuGH andererseits zu erkennen. So zählt das Motiv der Vereinfachung („simplification") zu den meistgenannten Zielvorgaben für die Reform.[14] Andererseits hat vor allem das Europäische Parlament wiederholt noch bestehende Rechtsunsicherheiten betont[15] und für eine Kodifizierung des europäischen Richterrechts beispielsweise im Bereich der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit plädiert.

Im Bereich der Konzessionsrichtlinie sind eine Kodifizierung bzw. gesetzliche Klarstellungen insbesondere seitens der Kommission gefordert worden.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Reformen trotz der erwähnten Appelle zur Vereinfachung am Ende zu einer erheblichen quantitativen Ausdehnung der Vorschriften geführt haben. Ferner sind trotz des Bestrebens zur ausdrücklichen Klarstellung etlicher für wichtig befundener Punkte viele neue offene Fragen entstanden, die im Zuge der weiteren Diskussion und bei der Umsetzung der Klärung bedürfen.

3. Erleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen versus erweiterte Zulassung politischer Zielsetzungen

Nennenswertes Konfliktpotenzial ergibt sich schließlich aus zwei weiteren Hauptzielen der Richtlinie, nämlich dem Ziel der Erleichterung für KMU beim Zugang zu öffentlichen Aufträgen einerseits und der Forderung nach verstärkter Zulassung allgemeiner politischer Zielsetzungen bei der Auftragsvergabe andererseits.

Mit den Reformen werden in der Tat einzelne punktuelle Erleichterungen beim Zugang zu öffentlichen Aufträgen eingeführt. Dies gilt vor allem für Erleichterungen bezüglich der von den Bietern zu erbringenden Nachweise.[16]

13 S. die Pressemitteilung des ehemaligen Binnenmarktkommissars *Michel Barnier* vom 21.06.2013, vgl. die Internetveröffentlichung unter http://ec.europa.eu/deutschland/press/ pr_releases/11496_de.htm (nach dem Stand vom 06.11.2014).

14 Zum Ziel der Vereinfachung s. bereits oben bei Fußn. 6.; vgl. ferner auch die Entschließung (Initiativbericht) des Europäischen Parlaments unter dem Titel: Neue Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen, Dok. TA PROV (2010) 0173 vom 18.05.2010 (*Rühle*-Bericht), Rdnr. 19.

15 Vgl. z.B. *Rühle*-Bericht (Fußn. 14), Rdnr. 1

16 Näher dazu unten unter B.I.1.b.

Auf der anderen Seite führt die geforderte und bewirkte Ausweitung der Möglichkeit der Vorgabe allgemeiner politischer Ziele bei der Vergabe potenziell zur Erschwerung einer erfolgreichen Teilnahme von Bietern – und insbesondere KMU – an öffentlichen Aufträgen. Gefahren dürften insoweit vor allem davon ausgehen, dass die stets nötige Auftragsbezogenheit der Zuschlagskriterien durch die Reformen deutlich gelockert wurde.

Nach der Neufassung reicht es für die Auftragsbezogenheit nunmehr aus, dass sie nur noch „in irgendeiner Hinsicht" auf die konkret zu erbringenden Leistungen bezogen sein muss und dies nun auch Faktoren umfassen kann, die mit dem „spezifischen Produktionsprozess" oder einen „spezifischen Prozess in Bezug auf ein anderes Lebenszyklus-Stadium" zusammenhängen.[17] Damit werden im Rahmen der Zuschlagskriterien nun erstmals Vorgaben für den Produktions*prozess* für zulässig erklärt. Dies war nach der bisher wohl ganz überwiegenden Auffassung nicht zulässig. So galt aus guten Gründen, dass der Auftraggeber zwar selbstverständlich die Freiheit hat, die Qualität der ausgeschriebenen Leistung oder Bauleistung – ggf. einschließlich detaillierter Umwelteigenschaften – präzise vorzuschreiben, nicht jedoch im Rahmen der Zuschlagskriterien Einfluss auf den Produktionsprozess zu nehmen, der bisher als Angelegenheit der unternehmerischen Entscheidung galt, und zwar auch in Ansehung der im Unternehmen vorhandenen Expertise im Hinblick auf die Gewährleistung der gewünschten Produktqualität.

Zu der vorgenannten problematischen Änderung hat vor allem die Absicht beigetragen, politisch erwünschte Ziele wie Umweltaspekte und oder soziale Aspekte wie das Verbot von Kinderarbeit besser einbeziehen zu können. Beide Anliegen sind sehr respektable Ziele, die unbedingt Unterstützung verdienen. Allerdings ist der EU-Gesetzgeber dabei offenkundig etlichen Fehleinschätzungen unterlegen. Denn für die – durchaus sehr ernst zu nehmenden – Umweltaspekte lässt sich festhalten, dass diese bereits nach bisherigem Recht in weitest gehendem Umfang berücksichtigt werden konnten. Dies war nämlich bereits im Wege der Zuschlagskriterien und der technischer Spezifikationen möglich, die bereits bisher auch auf Umwelteigenschaften, Produktionsprozesse und -methoden bezogen sein konnten.[18] Die bedenkliche und zudem komplizierte Ausweitung der Zuschlagskriterien wäre insofern nicht nötig gewesen.

Soweit von der Politik durchgreifende Maßnahmen gegen die – zweifellos zu bekämpfende – Kinderarbeit gewünscht sind, erschiene eine allgemeine, von allen gleichermaßen zu beachtende gesetzliche Regelung oder eine Einigung auf einen einheitlichen Standard sinnvoller als komplizierte Sektorregelungen speziell für das öffentliche Auftragswesen. Dies gilt umso mehr, als die neue Regelung nun zu unterschiedlichsten Ausgestaltungen solcher Vorgaben durch öffentliche Auftraggeber führen kann. Die damit verbundenen Rechtsunsicherheiten dürften zu neuen Unklarheiten und Erschwernissen für die anbietende Wirtschaft führen. Solche Erschwernisse treffen naturgemäß vor allem kleine und mittlere Unternehmen. Sie laufen sowohl der allgemein betonten EU-Maxime der vorrangigen Betrachtung mittelständischer

17 Vgl. z.B. Art. 67 Abs. 3 Richtlinie 2014/24/EU.

18 Vgl. z.B. Art. 53 Abs.1 Buchst. a und Art 23 der Vorgänger-Richtlinie 2004/18/EU in Verbindung mit Anhang VI Nr. 1 Buchst. a zu dieser Richtlinie; ausführlich zur umweltorientierten Vergabe: *Peter W. Schäfer*, Green Public Procurement im Rahmen der EU-Umwelt- und Nachhaltigkeitspolitik, in: Prieß/Lau/Kratzenberg (Hrsg.), Wettbewerb, Transparenz, Gleichbehandlung, FS Fridhelm Marx, 2013, S. 657 ff., 662f.

Anliegen („Think small first“[19]) als auch der speziellen Zielsetzung des erleichterten Zugangs von KMU zu öffentlichen Aufträgen diametral zuwider.

II. Reformen zwischen Kontinuität und Generalrevision

Abgesehen von Differenzen der verschiedenen inhaltlichen Zielsetzungen waren die Reformen auch von einem Widerstreit zweier weiterer Gegenpole gekennzeichnet: zum einen vom Bedürfnis nach Kontinuität des Rechtsrahmens und zum anderen von etlichen Änderungsforderungen, die letztlich bis zur Generalrevision führten. So ist von der europäischen Wirtschaft wiederholt geltend gemacht worden, dass die 2004 nach langem Gesetzgebungsprozess verabschiedeten Vorgänger-Richtlinien[20] grundsätzlich eine vernünftige, wohlerwogene Rechtsgrundlage für das öffentliche Auftragswesen böten und in Streitfragen dabei letztlich tragbare, akzeptable Kompromisse zustande gekommen seien. Auch wurde betont, dass eine erneute Reform der Richtlinien, die 2009, d.h. nur drei Jahre nach Umsetzung der Richtlinien des Jahres 2004 initiiert wurde, dem Bedürfnis der Praxis nach Kontinuität des Rechtsrahmens entgegenwirken könne.

Bemerkenswert ist auch, dass nach der turnusmäßigen Evaluierung der Richtlinien von 2004 die Reformvorschläge der Kommission zunächst nur in Form von Änderungsrichtlinien vorgesehen waren. Im Zuge der verstärkten Demonstration weitreichender Binnenmarktreformen wurden die Reformen jedoch schließlich als „Neufassungen“ tituliert. Und das, obwohl zwar einige nennenswerte Änderungen – vor allem in den Bereichen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit und der Berücksichtigung politischer Aspekte – vorgenommen wurden, die grundlegende Konzeption des Regelwerks jedoch insgesamt nicht wesentlich verändert wurde. Letzteres ergibt sich aus einem Blick auf Geltungsbereich, Schwellenwerte, grundlegende Prinzipien, Unterscheidung in Vergaben von öffentlichen Auftraggebern und Sektorenauftraggebern, fortgeltende Beziehung zu den Rechtsmittelrichtlinien und vieles mehr.

So lässt sich festhalten, dass die neuen Richtlinien zwar keine „Revolution“ bedeuten, aber doch viele Änderungen in Details mit sich bringen. Damit wird nur kurz nach der langsam eingetretenen Routine bezüglich der letzten Reform aus dem Jahre 2004 nun im Grunde wieder ein recht umfassendes „Neu-Lernen“ für die Anwender, nun mit einem noch umfangreicheren Regelwerk, erforderlich.

Ungeachtet der Vor- oder Nachteile der Reform im Einzelnen ist dies eine Entwicklung, die bedenklich ist. Denn trotz der einen oder anderen Verbesserung wird so der oft geäußerte allgemeine Vorwurf zu großer Kompliziertheit des europäischen Regelwerks nicht entkräftet, sondern eher erhärtet. Und in den anlaufenden Diskussionen über das Verständnis der Neuregelungen zeigen sich auch dort, wo man Klarstellungen und Vereinfachung erreichen wollte, bereits etliche neue offene Fragen.

19 Diese Maxime wurde von der Kommission bereits 2008 in ihrem so genannten „Small Business Act“ aufgestellt, der das Gebot Think Small first! sogar in seinem Titel trägt (Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss sowie den Ausschuss der Regionen der EU vom 25.05.2008, Dok. KOM (2008) 394 endg.

20 Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG.

III. Reformen zwischen Zeitdruck und Komplexität

1. Eng gesetzte Zeitvorgaben

Mehr als vorangegangene Vergaberechtsreformen stand das Gesetzgebungsverfahren unter erheblichem, politisch angeordnetem Zeitdruck. Im Zentrum stand dabei offenbar das Bestreben der Leitung der Kommission, nach der tiergreifenden Vertrauenskrise der EU in den vergangenen Jahren sowie der Finanz- und Wirtschaftskrise Handlungs- und Reformfähigkeit der Union zu demonstrieren. Dies wird sowohl in dem bereits erwähnten Monti-Bericht[21] als auch in den „Binnenmarktakten I[22] und II"[23] deutlich, die den Hintergrund für die Reform der Binnenmarkt- und Vergaberichtlinien bildeten. Für die damit gesetzte umfangreiche Reformagenda der zweiten Amtszeit des ehemaligen Kommissionspräsidenten *José Manuel Barroso* wurde ein von Anfang „ehrgeiziger" Zeitplan mit übermäßig engen Zeitzielen vorgegeben. Dabei sollten offenbar schnellstmöglich öffentlichkeitswirksam Ergebnisse vorgelegt werden können. So steht einer Gesamtreformdauer von nahezu neun Jahren bei der vorangegangenen, 2004 verabschiedeten EU-Vergaberechtsreform eine vergleichsweise sehr kurze Zeitspanne von rund viereinhalb Jahren bei der jüngsten, 2014 abgeschlossen Reform gegenüber.

2. Komplexität und Grenzen der Beschleunigung

Zügigkeit bei Reformen ist grundsätzlich zweifellos zu begrüßen. Doch kann allzu großer Zeitdruck bei sehr komplexen und bedeutenden Materien wie dem Vergaberecht auch kontraproduktiv wirken. So hätte es manchen verklausulierten, auch nach mehrfachem Lesen nur schwer verständlichen neuen Regelungen gut getan, wenn für die endgültige Ausgestaltung mehr Zeit bewilligt worden wäre. Dies gilt insbesondere für einige im Gesetzbebungsverfahren besonders umstrittene Regelungen.

Kritisch wirkt sich insbesondere auch aus, dass im Rahmen des beschleunigten Gesetzgebungsverfahrens, das in nur einer Lesung im Europäischen Parlament abgeschlossen wurde, so genannte Trilog-Entscheidungen teils unter großem Zeitdruck herbeigeführt wurden. Der Nachteil beim Trilog-Verfahren ist, dass dabei gerade in sehr umstrittenen Regelungen Kompromissentscheidungen von einem recht kleinen Kreis politischer Entscheidungsträger getroffen werden, in dem nur noch wenige mit der Materie im Detail vertraute Abgeordnete mitwirken, während die sonst vollständig zur Mitwirkung berufenen Abgeordneten des Europäischen Parlaments ebenso wie die fachkundigen Kreise praktisch oft nur noch sehr geringen Einfluss auf diesen teils wenig transparenten (Vor-)Entscheidungsprozess haben.

21 S. oben bei Fußnote 5 ff.

22 Binnenmarktakte: Zwölf Hebel zur Förderung von Wachstum und Vertrauen – Gemeinsam für neues Wachstum", Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Dok. KOM (2011) 206 endg. vom 13.4.2011; zu dessen Vorbereitung *Peter W. Schäfer*, Vergaberecht 2011, S. 275 ff., 282 f.

23 Binnenmarktakte II: Gemeinsam für neues Wachstum", Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Dok. KOM (2012) 573 endg. vom 3.10.2012.

Hinzu kommt, dass bei den nachfolgenden abschließenden Entscheidungen der Institutionen angesichts der zuvor von ihren Vertretern geschlossenen Übereinkünfte praktisch oft kaum noch Bereitschaft zur Revision fachlich unangemessener Detailergebnisse besteht. Allgemein sind daher in jüngster Zeit zunehmend Stimmen seriöser Beobachter zu vernehmen, die vor einer übermäßigen Nutzung des Trilog-Verfahrens warnen, da diese die Transparenz des demokratischen europäischen Gesetzgebungsverfahrens und die Findung hinreichend ausgereifter Ergebnisse gefährden kann und daher nur in Fällen spezifischer Dringlichkeit zur Anwendung kommen sollte.[24]

In der jüngsten Vergaberechtsreform finden sich leider etliche Beispiele für nicht hinreichend ausgereifte Vorschriften, die in umstrittenen Materien teils kurzfristig in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht und offenkundig keiner hinreichenden Endkontrolle mehr unterzogen wurden.

3. Beispiele

Ein anschauliches Beispiel bildet die wichtige Reformvorschrift des Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie für öffentliche Aufträge. Darin wird bestimmt, dass die Mitgliedstaaten „geeignete Maßnahmen“ treffen, „um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind“. Diese Bestimmung wurde nach heftigem Ringen zwischen Anhängern extrem weitgehender konkreter Verpflichtungen zur Einhaltung der genannten Vorschriften einerseits und denjenigen, die vor einer Überfrachtung des Vergaberechts warnten, andererseits, als Kompromissformel eingebracht. Trotz noch unverzüglich geäußerter Bedenken und Warnungen vor Unklarheiten wurde diese problematische Regelung während des eiligen Abschlusses des Gesetzgebungsverfahrens nicht oder jedenfalls nicht mehr substanziell geändert.

Unmittelbar nachdem dieser Kompromiss bekannt wurde und bis jetzt konnte nicht sicher geklärt werden, wie diese Vorschrift zu verstehen ist: Verpflichtet sie die Mitgliedstaaten, im Bereich des Vergabewesens *konkrete* geeignete Überwachungsmaßnahmen zur Einhaltung des in Art. 18 Abs. 2 benannten umfangreichen Vorschriftenkatalogs durch die Wirtschaftsteilnehmer zu ergreifen? Oder handelt es sich nur um eine deklaratorische Vorschrift, zu deren Erfüllung allgemeine Überwachungsmechanismen insoweit genügen, dass Verstöße gegen die genannten Vorschiften in den Mitgliedstaaten sanktioniert werden und die Wirtschaftsteilnehmer damit zur Einhaltung der genannten Bedingungen angehalten werden?

Die – bisher wohl nicht feststehende – Antwort auf diese Frage ist von großer praktischer Relevanz: Im Falle der ersteren Deutung würden wohl erhebliche zusätzliche Kontrollerfordernisse und damit weitere Bürokratie im Vergabesektor anfallen. Zudem wäre in diesem Fall ein wohl deutlich erweiterter Anwendungsbereich für Vertragsverletzungsverfahren eröffnet.

[24] Vgl. insb. die – berechtigte – Kritik des politisch neutralen Europäischen Netzwerks Deutschland (EBD), das die Positionen vieler namhafter Organisationen mit europäischem Bezug bündelt, im EBD-Papier „Politische Forderungen 2014/15“ vom 31.07.2014, S. 3 und 4.

Im Falle der letzteren Annahme würde es sich dagegen um eine eher recht „zahnlose" Bekräftigung im Rechtsstaat ohnehin bestehender Kontrollobliegenheiten bezüglich der genannten Pflichten handeln. Bezüglich der *staatlichen Obliegenheit* zur Kontrolle der Einhaltung *tarifvertraglicher* Bestimmungen durch die Wirtschaftsteilnehmer könnten sich allerdings schwierige Sonderfragen ergeben.

Obwohl sich in der Politik offensichtlich niemand mehr traute, eine Klarstellung dieser problematischen Kompromissvorschrift zu fordern, zeigten unter anderem die abschließenden Verhandlungen im Rat, wieviel unterschwelliges Unbehagen bei dieser Regelung verblieb.[25] Undeutlich ist auch die Ausweitung des Anwendungsbereichs des Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU im Hinblick auf die Einhaltung der diversen genannten Vorschriften durch Unterauftragnehmer.[26] Diese sind in ihrem Handeln ohnehin an Recht und Gesetz sowie die vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Hauptauftragnehmer gebunden und bei Zuwiderhandlungen Sanktionen unterworfen. Etwaige weiter gehende staatliche Maßnahmen führen allenfalls zu weiterer Aufblähung der Bürokratie und unangemessener Überfrachtung und Verunsicherung im Vergabewesen.

Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der genannten Reformvorschrift des Art. 18 Abs. 2 würde den Rahmen dieser Darstellung sprengen. Doch allein die dazu fortbestehenden Unsicherheiten zeigen, wie nachteilig solche pauschal und unpräzise formulierten Vorschriften wirken.

Leider finden sich in der Neuregelung auch etliche weitere Vorschriften, nach deren Wortlaut nennenswerte Unsicherheiten bezüglich ihrer Auslegung verbleiben. Dies gilt beispielsweise auch für die stellenweise unklar formulierten Ausnahmen von der künftig zwingenden Anwendung der elektronischen Vergabe.[27] Diese hätten zumindest einer besseren Endredaktion bedurft, zumal sie für die Reichweite der zwingenden eVergabe wesentlich und damit für die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens erheblich sind.[28]

Unabhängig davon, für welche Interpretation man bei den beispielhaft erwähnten Vorschriften votiert: Gerade in Zeiten widerholt betonter Appelle zu „better regulation"[29] und Bürokratieabbau[30] bilden die genannten Reformvorschriften Beispiele dafür, wie moderne EU-Reformen

25 Symptomatisch dafür aus der Perspektive der Mitgliedstaaten eine im Rat noch erklärte Protokollerklärung Österreichs, vgl. dazu Monatsinfo des forum vergabe. Aus dem Lager der Anbieterschaft haben Vertreter der europäischen Industrie die kurzfristig präsentierte Kompromissregelung noch unverzüglich kritisiert. Der letztlich allein maßgebliche Gesetzeswortlaut wurde jedoch substanziell nicht mehr verändert.

26 S. Art. 71 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU.

27 Vgl. z.B. Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 2 und 4 Richtlinie 2014/24/EU.

28 Näheres dazu bei *Peter W. Schäfer*, Perspektiven der eVergabe, in: Tagungsband zum 15. Düsseldorfer Vergaberechtstag, S. 88 ff. 97f.

29 Vgl. insbesondere die bereits 2005 veröffentlichte die Mitteilung der Kommission zur besseren Rechtssetzung („better regulation") für Wachstum und Arbeitsplätze in der Europäischen Union (Mitteilung an des Rat und das Europäische Parlament vom 16.03.2005, Dok. KOM (2005) 97 endg.) sowie etliche Folgeaktivitäten; vgl. jüngst auch die weiter verstärkte Betonung von „better regulation" im Zuständigkeitsbereich des neuen EU-Vizepräsidenten *Frans Timmermans* in der Kommission unter Jean-Claude Juncker.

30 So z.B. u.a. auch im Monti-Bericht, dazu kurz zusammenfassend *Peter W. Schäfer*, EU-Vergaberecht 2010/11 – zwischen Konsolidierung, Fragmentierung und Kohärenz | VergabeR 2011, S. 275 ff., 281.

nicht gestaltet werden sollten. Denn es dient weder dem EU-Bürger und Steuerzahler noch der öffentlichen Hand oder der Wirtschaft, wenn der Gesetzgeber Reformen schafft, bei denen komplexe, politisch widerstreitende Ziele verfolgt werden, dabei jedoch nicht die Zeit für ausgereifte Kompromiss-Regelungen eingeräumt wird und in der Folge die Praxis die Last verbleibender Unklarheiten tragen muss oder neue gerichtliche Klärungen erforderlich werden.

B. Zu besonders wesentlichen Reforminhalten

I. Zu den neuen Richtlinien für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Sektorenaufträgen

1. Besonders positiv zu beurteilende Reformergebnisse

a. Im Grundsatz unveränderter Geltungsbereich und Schwellenwerte

Im Sinne der auch weiterhin nötigen Transparenz bei der öffentlichen Vergabe ist positiv zu beurteilen ist, dass bei der Neufassung der *Geltungsbereich der Richtlinien und die Schwellenwerte*, ab denen diese Anwendung finden, im Grundsatz – abgesehen von einigen Sonderfällen – beibehalten wurden.[31] Im gleichen Sinne zur begrüßen ist ferner die mit der Neuregelung erfolgte Aufgabe der bisher bestehenden Differenzierung der Vorschriften für Dienstleistungsvergaben in die sogenannten „A-Dienstleistungen und „privilegierte“ B-Dienstleistungen, für die nur sehr stark eingeschränkte Vergabevorschriften galten.[32]

Dass der Bereich der Dienstleistungen im Sozialwesen ein sehr stark abgeschwächtes „Sonderregime“ mit deutlich erhöhten Schwellenwerten und überdies nur sehr begrenzten Transparenzvorschriften erhält,[33] erscheint systematisch allerdings kaum vertretbar. Soweit hier insoweit Bedenken geäußert werden, soll damit keinesfalls die bedeutende Rolle dieser Dienste geschmälert werden. Allerdings erscheint das zur Begründung der Ausnahmeforderungen wesentlich vorgebrachte Argument der mangelnden Beschreibbarkeit der Leistung bei Sozialdienstleistungen kaum hinreichend überzeugend; denn auch sehr spezielle, soziale Aspekte einer Dienstleistungsvergabe können objektiv formuliert werden und so transparent zu gewünschten Ergebnissen führen. Die Einräumung der sehr weitgehenden Ausnahmen für diesen Sektor dürfte wohl auf den großen politischen Einfluss der großen sozialen Trägerorganisationen zurückgehen. Sie war bei der Kompromissbildung offenbar im Gegenzug zur Aufhebung der Unterscheidung in A- und B-Dienstleistungen erforderlich.

31 Vgl. z.B. Art. 1 ff. und Art. 4 ff. der Richtlinie 2014/24/EU.

32 Vgl. dazu Art. 20 und 21 in Verbindung mit Anhang II, Teile A und B der Vorgänger-Richtlinie 2004/18/EG; vgl. in der Neuregelung allerdings die Sonderregelung für soziale und besondere Dienstleistungen in Art. 74 ff. Richtlinie 2014/24/EU und den Ausnahmekatalog des Art. 10 Richtlinie 2014/24/EU.

33 Vgl. Art. 4 Buchst. d in Verbindung mit Anhang XIV und Art. 74 ff. Richtlinie 2014/24/EU.

b. Erleichterungen bezüglich vom Bieter zu erbringender Nachweise

Ausdrücklich positiv zu beurteilen sind einige punktuelle Erleichterungen für KMU bezüglich der *Anforderungen an Nachweise*, die von den Bietern im Vergabeverfahren gefordert werden können. Zu begrüßen ist dabei die stärkere Betonung des Gebots der *Angemessenheit* der geforderten Nachweise zur Leistungsfähigkeit. Dies gilt zunächst für das nun ausdrücklich normierte Gebot des Bezugs geforderter Nachweise zum Auftragsgegenstand und der *Verhältnismäßigkeit* in Bezug darauf.[34] Begrüßenswert ist ebenso, dass Forderungen nach Angabe des Mindestjahresumsatzes eines Bieters künftig im Regelfall das Zweifache des Auftragswertes nicht übersteigen dürfen.[35]

Auch die neue *„Einheitliche europäische Eigenerklärung"*[36] mag prinzipiell einem vereinfachten Vorgehen dienen, da sie prinzipiell zu einer Entlastung bezüglich der Erbringung sonst nötiger zahlreicher Einzelnachweise führen kann. Allerdings wird die Neuregelung deutlich dadurch relativiert, dass der Auftraggeber Bieter und Bewerber weiterhin jederzeit während des Verfahrens auffordern kann, sämtlich oder einen Teil der Unterlagen beizubringen. Voraussetzung dafür ist, das dies zu einer angemessenen Verfahrensdurchführung notwendig ist.[37] Im Übrigen dürften vor allem noch etliche Fragen im Verhältnis zur Nutzung bereits bestehender nationaler Präqualifikationssystemen zu klären sein.

c. Ausdrückliche Klarstellungen zur „Selbstreinigung"

Positiv zu beurteilen ist ferner eine erstmals ausdrücklich in die Richtlinien aufgenommene Regelung zur *„Selbstreinigung"* von Bietern.[38] Danach wird nun legislativ ausdrücklich die Möglichkeit einer fortbestehenden bzw. erneuten Zulassung eines Bieters trotz eines Vorliegens von Ausschlussgründen wegen fehlerhaften Vorverhaltens anerkannt, falls der Bieter substanzielle, in den Richtlinien näher bezeichnete Nachweise für eine nachhaltige Selbstreinigung erbringt.[39] Damit werden bislang im Binnenmarkt bestehende Rechtsunsicherheiten bezüglich der Selbstreinigung beseitigt. Bislang war diese in einzelnen Mitgliedstaaten gesetzlich, in anderen nur durch Rechtsprechung und in wieder anderen gar nicht geregelt.

d. Stärkung des Prinzips des wirtschaftlich günstigsten Angebots

Grundsätzlich positiv zu bewerten ist ferner die mit der Neufassung der Richtlinien verfolgte *Stärkung des Prinzips der Zuschlagserteilung nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot* (sog. „MEAT"-Prinzip, das für „Most Economically Advantageous Tender")[40] steht. Allerdings ist der Wortlaut der Neuregelung sehr kompliziert ausgefallen. Ferner ist aufgrund einer

34 Vgl. z.B. Art. 58 Abs. 1 Satz 4 Richtlinie 2014/24/EU.
35 Vgl. z.B. Art. 58 Abs. 3 Unterabs. 2 Richtlinie 2014/24/EU.
36 Vgl. z.B. Art. 59 Richtlinie 2014/24/EU.
37 Vgl. z.B. Art. 59 Abs. 4 Richtlinie 2014/24/EU.
38 Ausführlich dazu *Hermann Pünder/Hans-Joachim Prieß/Sue Arrowsmith* (Hrsg.), Self-Cleaning in Public Procurement Law, 2010.
39 Vgl. z.B. Art. 57 Abs. 6 Richtlinie 2014/24/EU.
40 Vgl. z.B. Art. 67 Abs. 1 und 2 Richtlinie 2014/24/EU.

Sonderbestimmung, die den Mitgliedstaaten nähere nationale Festlegungen erlaubt[41], wohl nicht völlig auszuschließen, dass die prinzipiell angestrebte Neuregelung dennoch relativiert und die Vorgehensweisen EU-weit recht inhomogen ausfallen könnten.

e. Deutlichere Bezugnahme auf die Lebenszykluskosten

Ebenfalls positiv zu bewerten ist die stärkere Betonung der Bezugnahme der Zuschlagsentscheidung auf die *Lebenszykluskosten* der zu beschaffenden Produkte oder einer Leistungen.[42] Eine solche Bezugnahme war allerdings auch bereits nach den bisher geltenden Richtlinien möglich.

2. Besonders negativ zu beurteilende Reformergebnisse

a. Erweiterte Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit

Angesichts des fortgeltenden Erfahrungsgrundsatzes, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge möglichst transparent erfolgen sollte, ist die mit der Reform bewirkte starke Ausweitung der Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht in Fällen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit[43] eindeutig negativ zu bewerten. Wenn dies hier kritisch angemerkt wird, so soll damit nicht generell aberkannt werden, dass öffentliche Stellen berechtigt sein müssen, in geeigneten Fällen Leistungen selbst und insoweit ohne Ausschreibung erbringen zu können, statt sie im Wege der Ausschreibung an anbietendes Unternehmen zu vergeben.

Allerdings verstärken sich die Gefahren der potenziellen Wettbewerbsverzerrung und Intransparenz, wenn eine Vergabe von Leistungen einer öffentlichen Stelle ohne Ausschreibung an eine andere öffentliche Stelle ergeht, die Aufträge teils auch für dritte, nicht öffentliche Stellen ausführt. Denn damit können die beauftragte öffentliche Stelle bevorzugt und zugleich mögliche private Wettbewerber unangemessen benachteiligt werden.

Nachdem der Europäische Gerichtshof seit seiner Entscheidung „Teckal“[44] etliche Entscheidungen zu diesem Themenkreis – darunter auch die wichtige Entscheidung „Stadtreinigung Hamburg“[45] – getroffen hatte, wurde seitens des Europäischen Parlaments zunächst auf die positiven Wirkungen des letzteren Urteils verwiesen[46] und dabei teils eine *Kodifizierung* dieses Richterrechts gefordert. Zu berücksichtigten ist dabei, dass der EuGH in der Entscheidung

41 Vgl. z.B. Art. 67 Abs. 2 Unterabs. 3 Richtlinie 2014/24/EU.
42 Vgl. z.B. Art. 67 Abs. 2 und Art. 68 Richtlinie 2014/24/EU.
43 Vgl. dazu z.B. Art. 12 Richtlinie 2014/24/EU.
44 EuGH, Urt. vom 18.11.1999 - Rechtssache C-107/98.
45 EuGH, Urt. vom 09.06. 2009 - Rechtssache C-480/06.
46 So z.B. im Rühle-Bericht (Initiativbericht) des Europäischen Parlaments (Fußn. 14), vgl. *Schäfer* (Fußn. 30), S. 284.

"Stadtreinigung Hamburg" die Voraussetzungen für die Zulässigkeit ausschreibungsfreier öffentlich-öffentlicher Vergaben gegenüber früheren Entscheidungen bereits deutlich erweitert hatte.

Ungeachtet dessen gehen die Ergebnisse der Reform nun teils noch über die bisherigen, vernünftigen Grenzziehungen hinaus. So sind nach der Reform Direktvergaben ohne Ausschreibung künftig bereits dann zulässig, wenn die Stelle, an die der Auftrag vergeben werden soll, zu mehr als *80 Prozent* für die beauftragende öffentliche Stelle oder andere von der beauftragenden Stelle kontrollierte Stellen tätig ist.[47] Dieses Ergebnis weicht deutlich vom Vorschlag der Kommission ab, die einen Prozentsatz von 90 Prozent als Grenzlinie vorgeschlagen hatte, was eher im Einklang mit der bisherigen Praxis erschien. Auch ansonsten geht die Neuregelung in einigen Details über die bisherige EuGH-Rechtsprechung hinaus.

Die Folge ist eine erhebliche Ausweitung der Zulässigkeit ausschreibungsfreier Vergaben an Stellen, die – abgesehen von etwaigen „Quersubventionierungen" im öffentlichen Sektor – künftig nun auch in erweitertem Maße durch Direktvergaben ohne Transparenz gegenüber privaten Anbietern begünstigt werden können. Spiegelbildlich entstehen damit entsprechende Nachteile für die privaten Wettbewerber und somit kritische strukturelle Wettbewerbsverzerrungen zu Ungunsten der anbietenden Privatwirtschaft insgesamt. Das wirkt sich generell schädlich auf den fairen Wettbewerb aus und kann dabei vor allem KMU sehr empfindlich treffen.

b. Vorschriften zur erweiterten Berücksichtigung allgemeiner politischer Vorgaben im Vergabewesen

aa. Staatliche Maßnahmen bezüglich der Einhaltung umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlicher Pflichten der Wirtschaftsteilnehmer

In der bereits erwähnten Reformvorschrift des Art. 18 Abs. 2 der neugefassten Richtlinie für öffentliche Aufträge wird formuliert, dass die Mitgliedstaaten „geeignete Maßnahmen" treffen müssen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge diverse umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten. Dass diese Vorschrift erhebliche Unklarheiten verursacht, ist eingangs bereits dargelegt worden.[48] Diese reichen von der Annahme einer möglichen Erforderlichkeit spezifischer Kontrollmaßnahmen bis hin zur Einstufung als nur deklaratorischer Regelung ohne nennenswerten Handlungsbedarf. Derart vage Vorschriften bilden ein Beispiel für nicht ausgereifte Kompromissregelungen, die mehr verunsichern, als die vorgebliche Klarstellung und Vereinfachung bewirken.

47 Vgl. Art. 12 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. b Richtlinien 2014/24/EU.
48 S. oben Abschnitt A. III. 3.

bb. Verstärkte „strategische Vergabe“ bzw. Lockerung des Auftragsbezugs der Zuschlagskriterien

Im Bereich der verstärkten Bezugnahme auf allgemeine politische Vorgaben ist ferner die erweiterte Zulässigkeit politischer Vorgaben bei der Auftragsvergabe (*„strategische Vergabe“*) bzw. die *Lockerung des strikten Auftragsbezugs* der Zuschlagskriterien zu kritisieren: Nach den Reformen ist nun vorgesehen, dass als Zuschlagskriterien neben den bereits bisher zulässigen Qualitäts- und Umweltaspekten[49] nun auch soziale und diverse weitere Aspekte im Rahmen der Zuschlagskriterien berücksichtigt werden können.[50] Ferner wurde das Erfordernis des bislang stets betonten Auftragsbezugs der Zuschlagskriterien[51] erheblich gelockert. Danach reicht es nun aus, wenn die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand *„in irgendeiner Hinsicht“* in Verbindung stehen. Dies kann auch Faktoren im Zusammenhang mit dem so genannten *„spezifischen Herstellungsprozess“* der nachgefragten Leistung oder sogar einen „spezifischen Prozess“ in Bezug auf ein anderes Lebenszyklus-Stadium bezüglich des Auftragsgegenstands einschließen.[52]

Zwar ist die Erforderlichkeit der Auftragsbezogenheit formal beibehalten worden. Der Begriff der Auftragsbezogenheit wird nun aber kraft Gesetzes wie erwähnt erheblich weiter gefasst. So wird die Vorgabe weiterer, auch von den zentralen Produkt- oder Leistungseigenschaften entfernteren Aspekten nun deutlich erleichtert, wenn nicht geradezu dazu eingeladen wird. Dies kann die Gefahr begründen, dass bei zunehmend „politisch“ geprägten Beschaffungen eher sekundäre Eigenschaften von Beschaffungsgegenständen so stark betont werden, dass essenzielle, primäre Eigenschaften wie Qualität und Funktionsfähigkeit möglicherweise faktisch in den Hintergrund gedrängt werden könnten.

Dass *Umwelteigenschaften* mit konkretem Produktbezug bereits bisher zu den Zuschlagskriterien zählten, erscheint im Übrigen sinnvoll; denn selbst-verständlich ist es angemessen, dass der Auftraggeber – unter Umständen auch sehr weitreichende – Umweltanforderungen an zu beschaffende Produkte stellen kann. Dies gilt beispielsweise für objektiv messbare, hohe Anforderungen an Emissionen für den öffentlichen Fuhrpark oder Schadstoffreiheit bei biologischen Lebensmitteln für Küchen öffentlicher Einrichtungen. Derartige Anforderungen können allerdings bereits seit den EU-Vergaberechtsreformen des Jahres 2004 in weitestgehendem Umfang berücksichtigt werden,[53] was in der jüngsten, hastigen Brüsseler Reformdiskussion teils verkannt wurde.

Die nun bewirkte weite Ausdehnung der Auftragsbezogenheit mag auch unter dem Eindruck der starken allgemeinpolitischen Forderungen nach Geboten zu *Fair-Trade* und dem *Verbot von Kinderarbeit* in der Lieferantenkette erfolgt sein. Diese Forderungen sind zweifellos be-

49 Vgl. z.B. Art. 53 Abs. 1 Buchst. a der Vorgänger-Richtlinie 2004/18/EG.

50 Vgl. z.B. Art. 67 Abs. 2 Buchst. a Richtlinie 2014/24/EU.

51 Zur Notwendigkeit der Auftragsbezogenheit (partiell) explizit Erwägungsgrund 46 Abs. 3 Satz 3 der Vorgängerrichtlinie; vgl. ferner z.B. *Jan Ziekow/Uwe-Carsten Völlink*, Vergaberecht, § 97 GWB Rdnr. 118.

52 Vgl. z.B. Art. 67 Abs. 3 Buchst. a und b der Richtlinie 2014/24/EU.

53 S. dazu ausführlich *Peter W. Schäfer,* Green Public Procurement im Rahmen der EU-Umwelt- und Nachhaltigkeitspolitik, in: Prieß/Lau/Kratzenberg (Hrsg.), FS Fridhelm Marx, 2013, S. 657 ff., 662f.

rechtigt und verdienen Anerkennung. Doch wäre es letztlich konsequenter und wohl auch wirkungsvoller, insoweit *für alle Bereiche gleichermaßen* klare *gesetzliche* Vorschriften zu schaffen, als im Sonderbereich des Vergabewesens nun eine Vielzahl komplizierter und zudem schwer überprüfbarer Vorgaben zu propagieren. Überdies wurde dabei offenbar kaum berücksichtigt, dass Produktionsprozesse und -methoden bereits seit der Reform des Jahres 2004 im Rahmen der technischen Spezifikationen – und damit systematisch wohl besser zugeordnet – Berücksichtigung finden können.[54]

Ein problematisches Ergebnis der jüngsten Reform ist somit, dass im Rahmen der Zuschlagskriterien nun recht weitgehende Vorgaben für den *Produktionsprozess* erlaubt werden. Bisher galt dagegen im Wesentlichen – abgesehen von der erwähnten Bestimmung zu technischen Spezifikationen – die sinnvolle Grenzziehung, dass die genaue Beschreibung des Auftrags*gegenstands* Angelegenheit des Auftraggebers war, die Gestaltung des Produktionsprozesses dagegen – im Rahmen der geltenden Gesetze – als Sache des Unternehmers galt. Dieser Grundsatz hat insbesondere deshalb Berechtigung, weil so am besten sichergestellt werden kann, dass das anbietende Unternehmen aufgrund seines Fertigungs-Know-Hows Gewähr für die von ihm offerierte Produktqualität bzw. Fehlerfreiheit übernehmen kann, was zugleich auch im Interesse des Auftraggebers ist.

Klar ist, dass die diesbezüglichen Reformen trotz der genannten Bedenken umgesetzt werden müssen. Mit Blick auf die Aus- und Fortbildung im Zuge der Umsetzung empfiehlt es sich, auf die genannten Zusammenhänge aufmerksam zu machen. Dabei sollte eine überlegte und maßvolle Anwendung der neuen Regelung angeraten werden. Damit kann der Gefahr entgegengewirkt werden, dass die *primären* Ziele der öffentlichen Bedarfsdeckung durch gut intendierte, doch möglicherweise nicht vollends durchdachte Ausnutzung der neuen Möglichkeiten in Mitleidenschaft gezogen werden könnten.

c. Zwingende Einführung der elektronischen Vergabe

Es steht außer Zweifel, dass die elektronischen Vergabe („eVergabe“) zu den besonders wichtigen Themenfeldern des gegenwärtigen Vergabewesens zählt. Auch viele Jahre nach ihrer Einführung ist die „erwünschte „kritische Masse“ der Anwendungen in Deutschland und in vielen anderen Mitgliedstaaten der EU nicht erreicht.[55] Als Reaktion darauf die eVergabe nun für öffentliche Aufträge und Sektorenaufträge – von Ausnahmen abgesehen – *zwingend* einzuführen[56], ohne zuvor durchgreifende Maßnahmen zur Überwindung der strukturellen Gründe für die Akzeptanzkrise zu ergreifen, ist indessen nicht sinnvoll.[57]

54 Vgl. z.B. Art. 23 Abs. 3 Buchst. a in Verbindung mit Anhang VI der Vorgänger-Richtlinie 2004/18/EU.

55 Näher dazu *Peter W. Schäfer*, Perspektiven der eVergabe, in: Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Tagungsband des zum 15. Düsseldorfer Vergaberechtstag am 5. Juni 2014, S. 88, 92 ff.

56 Vgl. z.B. Art. 22 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 90 Abs. 1 und 2 Richtlinie 2014/24/EU.

57 Vgl. *Schäfer*, Perspektiven der eVergabe (Fußn. 55), S. 88, 95 ff., 110.

Während mittlerweile zahlreiche eVergabe-Plattformen existieren und der „Download" von Dokumenten verbreitet ist, lässt die Nutzung der „voll-elektronischen" Vergabe unter Einschluss der elektronischen Angebotsabgabe oft weiter zu wünschen übrig. Sie dürfte im bundesweiten Durchschnitt höchstens ca. 20 Prozent aller Vergaben ausmachen.

Insbesondere fehlt es oft an der nötigen Akzeptanz bei den Bietern bzw. ist diese nach anfänglich großem Interesse verloren gegangen. Wesentlicher Grund dafür ist, dass mittlerweile zahlreiche divergierende eVergabe-Lösungen existieren und es zu einem *„Flickenteppich eVergabe"* gekommen ist. National und EU-weit fehlt an Interoperabilität in essenziellen Punkten. Dies gilt vor allem für die „Bieter-Tools" zur Angebotsabgabe.[58]

Ferner besteht nach wie vor mangelnde Klarheit hinsichtlich der Nutzung relevanter Sicherheitsmechanismen wie der elektronischen Signatur.[59] Zwar sind die EU-Vorschriften zu elektronischen Signaturen kürzlich reformiert worden[60] und wird damit teils eine größere grenzüberscheitende Nutzung und Interoperabilität angestrebt. Doch ist die praktische Aufnahme dieser recht komplizierten Neuregelungen, die zudem mit langen Übergangsfristen verbunden sind, noch völlig offen.[61]

Zweifellos kann die eVergabe bei sachgerechter „Anwendung Effizienzgewinne für alle Beteiligten bewirken. Dementsprechend hat die deutsche Industrie die eVergabe grundsätzlich sehr begrüßt. So hat der Bundesverband der Deutschen Industrie maßgeblich dazu beigetragen, dass die eVergabe bereits vor Jahren zügig in das deutsche Vergaberecht eingeführt wurde. Doch ist bei realistischer Betrachtung zu konstatieren, dass die eVergabe derzeit wegen der divergierenden Vorgaben und Inkompatibilitäten für Unternehmen paradoxerweise sogar zu Mehraufwand gegenüber der herkömmlichen Papierversendung führen kann. Das erklärt die eingetretene Zurückhaltung der Wirtschaftseilnehmer.

Aus den genannten Gründen hat die anbietende Industrie national und EU-weit die e-Vergabe zwar grundsätzlich begrüßt, ihre *zwingende* Einführung vor Schaffung verbesserter, interoperabler Rahmenbedingungen jedoch überwiegend kritisch gesehen.[62] Dennoch hat sich der EU-Gesetzgeber für die zwingende Einführung entschieden. Begründet hat er das offiziell mit der

58 Dies wurde bereits im so genannten „Stufenplan eVergabe" von 2007 (S.4) erkannt, den das BMWi gemeinsam mit Industrieverbänden entwickelt hatte, dessen Zeitziele für die Einführung der voll-elektronischen Vergabe jedoch ebenso wie die weiterer Programme nicht erreicht wurden.

59 Vgl. dazu u.a. bereits *Peter W. Schäfer*, Die Regelungen zur elektronischen Vergabe im EU-Legislativpaket, in: Taeger/Wiebe (Hrsg.), Informatik – Wirtschaft – Recht, FS Wolfgang Kilian, 2004, S. 761 ff, 766.

60 S. die neue EU-Verordnung 910/2014 über die elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transkationen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG ("eIDAS-Verordnung"), die am 18.09.2014 in Kraft getreten ist. Näher dazu: *Alexander Roßnagel*, Neue Regelungen für sichere elektronische Signaturen, NJW 2015, S. 3686 ff.

61 In der Einschätzung offenbar ebenfalls abwartend und teils skeptisch *Roßnagel* (Fußn. 60), S. 3686, 3692.

62 Vgl. z.B. die branchenübergreifende Stellungnahme des BDI vom 31.05.2012 zu den Vorschlägen der Kommission zur Neufassung der EU-Vergaberichtlinien, zu Art. 19 des Vorschlags für die neue Richtlinie für öffentliche Aufträge, S. 10ff. Auch die gesamteuropäische Industrie votierte überwiegend ähnlich.

eher lapidaren, apodiktischen Einschätzung, die elektronische Kommunikation werde die Teilnahme der Wirtschaft an Ausschreibungen im gesamten Binnenmarkt „stark verbessern".[63]

Die von der Kommission häufig angeführte Erfahrung einzelner, kleiner Mitgliedstaaten Portugal, das über positive Erfahrungen mit der zwingenden Einführung der eVergabe berichtet, ist nicht ohne Weiteres für die gesamte EU verallgemeinerungsfähig. Dies ergibt sich nicht nur aus einem Blick auf das recht kleine Vergabevolumen Portugals, sondern auch auf die Situation der großen Flächenstaaten mit teils äußerst vielfältigen, mächtigen und divergierenden regionalen und lokalen Strukturen.

Angesichts der geschilderten Situation sollten bei der nationalen Umsetzung auf jeden Fall die *Optionen zur Aufschiebung* der zwingenden eVergabe bis zum Jahr 2017 bzw. 2018[64] ausgeschöpft werden, die als Kompromisse angesichts kontroverser Diskussionen in den neuen Richtlinien vorgesehen sind. Die damit gewonnene Zeit sollte dazu genutzt werden, flächendeckende, technikneutrale Vorgaben für die Interoperabilität der diversen eVergabe-Lösungen einzuführen. Hierzu sollte das Projekt „XVergabe"[65] unter Beteiligung von Auftraggebern und Wirtschaft intensiviert werden. Ferner sollte mehr Klarheit hinsichtlich der praktischen Nutzung elektronischer Signaturen und anderer relevanter IT-Sicherheitsinstrumente geschaffen werden.

Wie bereits erwähnt, sind die *Ausnahmeregelungen* zur zwingenden Anwendung der eVergabe kompliziert formuliert.[66] Insoweit wäre es wünschenswert, wenn im Zuge der Umsetzung mehr Klarheit über den Bedeutungsgehalt der einzelnen Fallgruppen erzielt werden könnte.

d. Verkürzung der Mindestfristen für Teilnahmeanträge und Angebote

Aus Sicht der Vergabepraxis kritisch ist auch die erhebliche Verkürzung der Mindestfristen für und Angebote und Teilnahmeanträge zu bewerten. Beispielsweise wurden die Fristen für Angebote im offenen Verfahren von 52 auf 35 Tage reduziert, wobei diese Mindestfristen unter Umständen noch deutlich weiter gekürzt werden können.[67]

Die Fristkürzungen wurden in der Brüsseler Reformdiskussion im Wesentlichen damit begründet, dass die bisherigen Fristen angesichts des zunehmenden Einsatzes elektronischer Kommunikationsmittel und damit ersparter Postlaufzeiten deutlich reduziert werden könnten. Dabei wird jedoch nicht berücksichtigt, dass sich bereits die geltenden Mindestfristen nach industrieweiten Erfahrungen häufig als zu knapp erweisen.

Auch das von der Kommission angeführte Argument, die Richtlinie setze nur Mindestfristen, ist wenig hilfreich; denn es wird branchenübergreifend berichtet, dass die Mindestfristen der

63 Vgl. z.B. Erwägungsgrund 52, Sätze 1 bis 3 zur Richtlinie 2014/24/EU.
64 Vgl. z.B. Art. 90 Abs. 2 Unterabs. 1 und 2 Richtlinie 2014/24/EU.
65 Kurzinformation dazu auf folgender Website des Beschaffungsamtes des Bundesministeriums des Innern: www.bescha.bund.de/DE/ElektronischerEinkauf/eVergabe/node/htmlEinkauf/html (nach dem Stand vom 10.03.2015).
66 S. oben unter A. III. 3.
67 Vgl. z.B. insb. Art. 25 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und 4 Richtlinie 2014/24/EU.

Richtlinien von Auftraggebern oft wie Regelfristen betrachtet werden. Auch ist zu berücksichtigen, dass nach den Erfahrungen der Praxis die Vergabeunterlagen nicht selten Klärungsbedarf oder gar Unstimmigkeiten aufweisen, so dass die ohnehin stets zeitaufwändige Erstellung eines soliden Angebots etliche Zeit in Anspruch nimmt. [68] Allzu enge Fristen wirken sich daher letztlich auch kontraproduktiv für den Auftraggeber aus.

e. Zulassung von Direktzahlungen des Auftraggebers an den Unterauftragnehmer

Kritikbedürftig ist schließlich auch die Neuregelung, nach der Mitgliedstaaten vorsehen können, dass der Auftraggeber fällige Zahlungen auf Wunsch des Unterauftragnehmers direkt an diesen vornehmen kann, falls die Art des Auftrags dies erlaubt.[69] Diese Regelung verfolgt das – gut gemeinte – Ziel, dem Unterauftragnehmer gegebenenfalls schneller zur Zahlung zu verhelfen. Das mag vordergründig als „mittelstandsfreundlich" angepriesen werden. Es läuft jedoch wohlerwogenen und bewährten Prinzipien des Vertragsrechts und der allgemeinen Wirtschaftspraxis zuwider. Danach hat sich im Sinne einer korrekten Abwicklung der einzelnen Vertragsverhältnisse jeder Wirtschaftsteilnehmer grundsätzlich an seinen unmittelbaren Vertragspartner zu halten.

Die Kritik an der Neuregelung, die im Gesetzgebungsverfahren von etlichen Seiten deutlich gemacht wurde,[70] verliert auch nicht dadurch an Gewicht, dass der Hauptauftraggeber gegebenenfalls Einwände erheben kann. Denn insgesamt bringt die Vorschrift keine nennenswerten Vorteile, führt aber zu Mehraufwand und gesteigerter Streitanfälligkeit. Dies gilt vor allem angesichts nicht seltener Fälle, in denen kontrovers beurteilt wird, ob die Leistung korrekt erbracht ist.

II. Zur Konzessionsrichtlinie

1. Besonders positiv zu beurteilende Reformergebnisse

a. Explizite Vorab-Bekanntmachungspflicht nun auch für Dienstleistungskonzessionen

Die Absicht zur Vergabe einer Konzession den Schwellenwerten war auch bereits nach bisherigem EU-Recht bekanntzumachen. Dies galt nicht nur für *Bau*konzessionen aufgrund der vergaberechtlichen Konzessionsvorschriften in der bisherigen Richtlinie für öffentliche Aufträge.[71] Es galt vielmehr auch für Dienstleistungskonzessionen entsprechend der gefestigten

68 Vgl. z.B. die Stellungnahme des BDI zu den Vorschlägen der Kommission zur Neufassung der EU-Vergaberichtlinien vom 31.05.2012, S. 15.

69 S. Art. 71 Abs. 3 Richtlinie 2014/24/EU.

70 Vgl. z.B. die Stellungnahme des BDI zu den Vorschlägen der Kommission zur Neufassung der EU-Vergaberichtlinien vom 31.05.2012, S. 25.

71 S. Art. 58 der Richtlinie 2004/18/EU.

Rechtsprechung des EuGH auf der Basis primärrechtlicher Transparenzpflichten.[72] Danach ist es bei binnenmarktrelevanten Dienstleistungskonzessionen bereits bisher geboten, diese nicht ohne Vorab-Transparenz zu vergeben, sondern es muss EU-weit „Zugang zu angemessenen Informationen über die beabsichtigte Konzession" geschaffen werden.

Angesichts des Vorstehenden waren die Einschätzungen über die Notwendigkeit einer Konzessionsrichtlinie lange Zeit geteilt. Vor allem von jüngeren Mitgliedstaaten und Teilen der Anwaltschaft ist deutliches Interesse signalisiert worden. Dagegen sahen angesichts der gefestigten EuGH-Rechtsprechung in Deutschland nicht nur Vertreter der öffentlichen Seite, sondern auch nennenswerte Teile der Wirtschaft jedenfalls kein dringliches Bedürfnis für die Richtlinie.

Nachdem die Richtlinie nunmehr vorliegt, lässt sich die explizite legislative Pflicht zur Vorab-Bekanntmachung bei Dienstleistungskonzessionen allerdings im Interesse der wünschenswerten Transparenz und Rechtsklarheit sicher als Positivum begrüßen.

b. Anwendbarkeit der Rechtsmittelrichtlinien

Nachdrücklich zu begrüßen ist ferner, dass alle Konzessionen – einschließlich Dienstleistungskonzessionen – nun in den Geltungsbereich des effektiven EU-Vergaberechtsschutzes nach den EU-Rechtsmittelrichtlinien fallen.[73]

2. Besonders negativ zu beurteilende Reformergebnisse

a. Zu weit gehende Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit

Zu den auch in der Konzessionsrichtlinie vorgesehenen, kritisch weit reichenden Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit[74] gilt das oben zur Reform der Richtlinien für öffentliche Aufträge Ausgeführte grundsätzlich entsprechend.[75]

b. Ausnahmen vom Geltungsbereich im Wassersektor

Einen weiteren gravierenden Kritikpunkt der Neuregelung bildet die Tatsache, dass bedeutende Teile des Wassersektors wie erwähnt aus dem Geltungsbereich der Konzessionsrichtli-

72 Vgl. insb. die EuGH-Entscheidungen Coname, Urt. vom 21.07. 2005, Rechtssache C-231/03, s. insb. Nr. 16 und 28, sowie Parking Brixen, Urt. vom 13.10.2005, Rechtssache C-458/03, s. insb. Nr. 49 und 53.

73 Vgl. Art. 46 und 47 Richtlinie 2014/23/EU in Verbindung mit den EU-Rechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG.

74 S. Art. 17 Richtlinie 23/2014/EU.

75 S. oben Abschnitt B.I.2.a.

nie herausgenommen wurden, obwohl die dafür angeführten Begründungen dies nicht rechtfertigen.[76] So entbehrt insbesondere die parallel mittels der EU-Bürgerinitiative „right to water" propagierte Behauptung, die Konzessionsrichtlinie zwinge die öffentliche Hand zur Privatisierung, jeder fachlichen Grundlage. Das sah die Kommission auch so, hat sich dann jedoch dem politischen Druck der öffentlichen Wasserwirtschaft und der parallelen Kampagne gebeugt. Das ist bedauerlich. Denn damit hat die Schaffung der Konzessionsrichtlinie, die gerade mehr Transparenz durch konkrete sekundärrechtliche Regelungen bewirken sollte, letztlich zum ungerechtfertigten Wegfall eines wesentlichen Sektors eben aus den Richtlinien geführt. Dies ist ein empfindlicher Rückschlag für die Bemühungen um Binnenmarktöffnung und Wettbewerbsoffenheit auf der Ebene des EU-Sekundärrechts.

Wichtig erscheint allerding, dass die Herausnahme des Wassersektors aus der Konzessionsrichtlinie wohl nicht bedeutet, dass die nach EU-*Primär*recht und der diesbezüglichen gefestigten Rechtsprechung des EuGH zu beachtenden, rudimentären Vorab-Bekanntmachungspflichten für Konzessionen in dem beschriebenen Sinne[77] damit nicht mehr gelten würden.

c. Erstreckung des Geltungsbereichs auf Sektorenauftraggeber

Eher negativ zu beurteilen ist ferner, dass der Geltungsbereich der EU-Konzessionsvorschriften nun entgegen dem bisherigen Recht auf den Sektorenbereich erstreckt worden ist. Dies wird von vielen Sektorenauftraggebern nicht ohne Grund kritisiert.

Maßnahmen zur Steigerung der Transparenz in Märkten, die aufgrund ihrer Befindlichkeit strukturell anfällig für wettbewerbsferne oder gar -verzerrende Tendenzen sind, sind grundsätzlich zu begrüßen. Die bisherige Beschränkung der EU-Konzessionsvorschriften auf *klassische* öffentliche Auftraggeber war jedoch verbreiteten Überzeugung begründet, dass die Sektorenauftraggeber durch ihre in der Regel größere Wirtschaftsnähe und diesbezügliche Erfahrungen keiner gesetzlichen Vorschriften zu Konzessionen bedürfen. Da sich an dieser Tatsache nichts Grundlegendes geändert hat, bestand für die nun erfolgte generelle Einbeziehung der Sektorenauftraggeber jedenfalls kein dringendes Bedürfnis.

d. Stark gestiegener Gesamt-Regelungsumfang

Trotz der anfänglich angekündigten Beschränkung der Konzessionsrichtlinie auf wesentliche Vorschriften ist die Richtlinie nun mit insgesamt ca. 100 Seiten Text im Vergleich zu den schlanken Vorläufervorschriften in den Vergaberichtlinien sehr umfangreich. Viele Regelungen hätten vermieden werden können, wenn die Vorschriften wie die bisherigen Regelungen für Baukonzessionen im Kontext der Richtlinie für öffentliche Aufträge verblieben wären. Denn ein erheblicher Teil dieser Vorschiften resultiert daraus, dass durch Herauslösung der Konzessionsregelungen aus den Vergaberichtlinien viele allgemeine Vorschriften für öffentliche Aufträge in der nun separaten Konzessionsrichtlinie entsprechend „dupliziert" werden mussten.

76 Vgl. Art. 12 Richtlinie 2014/23/EU; dazu und zum Folgenden bereits Abschnitt A.I.1.
77 S. oben unter B.II.1.a.

III. Fazit

Ein Gesamtfazit fällt nicht leicht. Denn die Reformen umfassen einerseits eine Reihe von punktuellen Verbesserungen. Andererseits enthalten sie aber auch etliche problematische Neuregelungen. Darunter sind einige gravierende Rückschritte bezüglich Binnenmarktöffnung und Transparenz. Auch führen manche als Verbesserungen gedachte Neuerungen teils zu neuen Unsicherheiten und stellenweise auch zur Gefahr der Schaffung unnötigen neuen bürokratischen Aufwands. Wie beispielhaft aufgezeigt, sind schließlich in zahlreichen neuen Regelungen Zeichen in Wahrheit nicht ausgereifter Kompromisse zu erkennen. So mag die Reform je nach Standpunkt zu bestimmten Verbesserungen führen. Angesichts einer weiteren Aufblähung der Vorschriften und etlicher neuer Unklarheiten wurde das Kernziel der Vereinfachung jedoch nicht durchgängig erreicht.

C. Zu wichtigen Gestaltungsspielräumen bei der nationalen Umsetzung

I. Generelle Anmerkungen

Die Vorschriften der EU-Richtlinien für öffentliche Aufträge, Sektorenaufträge und Konzessionen bedürfen nun der Umsetzung im nationalen Recht. Dabei steht außer Zweifel, dass dies auch für Regelungen gilt, deren Umsetzung und/oder Auslegung möglicherweise Schwierigkeiten erwarten lassen. Auch hat die Bundesregierung verschiedentlich die Absicht erkennen lassen, prinzipiell eine Umsetzung "1 : 1", d.h. möglichst nah am Wortlaut der Brüsseler Richtlinien anzustreben.

Ungeachtet dessen ergeben sich an der einen oder anderen Stelle wichtige Weichenstellungen oder zumindest Potential für ein verbessertes Verständnis bzw. eine vernünftige Anwendung der Regelungen in der Praxis. Insoweit existieren etliche Gestaltungsspielräume, die genutzt werden sollten. Dies betrifft zunächst die Ausübung in den Richtlinien teils vorgesehener Optionen. Ferner gilt es auch für Möglichkeiten, im Rahmen der zulässigen Bandbreite der Umsetzung eine angemessene Formulierung zu finden. Auch soweit der reine Wortlaut nur wenig Spielraum zulässt, kommt in einigen Fällen zumindest in Betracht, in die Begründung zu den entsprechenden Gesetzentwürfen gewisse Hinweise aufzunehmen, die einer sinnvollen Anwendung der Vorschriften dienlich sein können, ohne die Umsetzung unvertretbar einzuengen oder sich von den Vorgaben der Richtlinien zu entfernen.

II. Zu wichtigen einzelnen Regelungen

Entsprechend dem Vorstehenden erscheinen aus einer Vielzahl von Regelungen insbesondere folgende Punkte bedeutsam, wobei die nachfolgenden Anregungen nicht als abschließender Katalog zu verstehen sind:

1. Zur zwingenden Einführung der eVergabe

Aus den bereits eingehend erläuterten Gründen[78] ist die Ausschöpfung der nach den Richtlinien für öffentliche Aufträge zulässigen Aufschub-Option zur Einführung der zwingenden eVergabe bis 2017/2018 dringend zu empfehlen. Die dadurch gewonnene Zeit sollte konsequent dazu genutzt werden, die bislang nicht hinreichende Interoperabilität der divergierenden eVergabe-Lösungen zumindest für besonders wesentliche Anwendungen zu erreichen, um so die flächendeckende eVergabe in Bund, Ländern und Kommunen nachhaltig voranzubringen.

Im Hinblick auf die nötige Akzeptanzsteigerung der eVergabe insgesamt sollte dabei an erster Stelle die Erreichung praktischer Interoperabilität bezüglich der technischen Mittel für die elektronische Angebotsabgabe (sog. „Bieter-Tools“) stehen, die zum anspruchsvollsten und sensibelsten Bereich der eVergabe mit Blick auf ihre technischen und rechtlichen Anforderungen zählen. Zu diesem Zweck sollte das erwähnte Projekt „XVergabe“[79] unter gemeinsamer Beteiligung von Bund, Ländern, Kommunen und Wirtschaft konsequent weiter vorangetrieben werden. Die damit avisierten technikneutralen Interoperabilitätsstandards sollten für die eVergabe in Deutschland flächendeckend eingeführt werden.

Wird die Standardisierung durch XVergabe konsequent vorangetrieben, kommt sie auch als Basis für eine entsprechende Standardisierung auf EU-Ebene in Betracht, wo es ebenfalls weitgehend an Interoperabilität fehlt. Eine diesbezügliche Initiative auf EU-Ebene, die auf einem deutschen Standard basiert, könnte durchaus Vorteile für deutsche Anwender bei Ausschreibungen im europäischen Raum haben.

2. Zur öffentlich-öffentlichen Kooperation

Wie bereits dargelegt[80], ist die mit den Reformen bewirkte Zulässigkeit von Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht im Bereich der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit durch die Reformen bedenklich weit ausgedehnt worden, was die Transparenz im Binnenmarkt bedenklich relativiert. Angesichts dessen sollte sichergestellt werden, dass es zu keinerlei weiteren Ausdehnung dieser Ausnahmen kommt.

In diesem Sinne erschiene es wünschenswert, wenn der Begriff „öffentlich-öffentliche Kooperation entsprechend der Formulierung des Erwägungsgrunds 33 der Richtlinie 2014/24/EU dahin gefasst würde, dass er so zu verstehen ist, dass die Durchführung dieser Zusammenarbeit *ausschließlich* von Erwägungen des öffentlichen Interesses bestimmt“ wird. Eine solche Ausgestaltung der Umsetzung unter Berücksichtigung des Wortlauts der Erwägungsgründe erscheint bei er Umsetzung zulässig. Sollte dies im Gesetzgebungsverfahren verneint werden, wäre in diesem wichtigen Punkt zumindest ein entsprechender

Unterbleiben dagegen jegliche derartige Hinweise, wäre in der Praxis eine nicht wünschenswerte, noch weitergehende Ausdehnung der Ausnahmen von der grundsätzlich nötigen Vorab-Transparenz im öffentlichen Auftragswesen zu befürchten.

78 S. oben Abschnitt B.I.2.c.
79 S. vorige Fußnote
80 S. dazu oben unter B.I.2.a.

3. Zur Wahl der Verfahrensarten und zum Vorrang des offenen Verfahrens

Insoweit stellt sich die Frage, ob der nach der bisherigen Umsetzung des EU-Vergaberechts in Deutschland geltende Vorrang des offenen Verfahrens[81] beibehalten werden soll. Für eine Beibehaltung spricht die bisher überwiegende Auffassung, dass das offene Verfahren die beste Gewähr für Transparenz, Wettbewerbsöffnung, KMU-Zugang und Korruptionsabwehr bietet.[82]

In der deutschen anbietenden Wirtschaft, die bislang tendenziell die die vorgenannte Ansicht vertreten hat, ist die Meinungsbildung zu dieser Frage noch nicht endgültig abgeschlossen. So wird inzwischen teils auch darauf verwiesen, dass, wenn in anderen EU-Mitgliedstaaten Wahlfreiheit hinsichtlich der Verfahren eingeräumt und dort dann verstärkt das nicht offene Verfahren genutzt werde, ausländische Anbieter einen Vorteil erhielten, wenn sie in Deutschland bei hier regelmäßig offenen Verfahren besser anbieten könnten als deutsche Anbieter bei Vergaben in häufig nicht offenen Verfahren in anderen EU-Mitgliedstaaten.

4. Zum Verhandlungsverfahren

Die mit der Reform eingeführten, ausführlicheren Mindestregelungen bzw. -garantien für den Ablauf eines Verhandlungsverfahrens[83] sind im Sinne der Transparenz und Gleichbehandlung der Bieter zu begrüßen. Denn so erhält das bisher kaum näher beschriebene Verfahren deutlichere Konturen.

Allerdings ist nicht klar, wie die neue Regelung zu verstehen ist, dass die Auftraggeber mit den Bietern verhandeln, „um den Inhalt der Angebote zu verbessern."[84] Vor allem sollte man sich darüber bewusst sein, dass dies Formulierung unter Umständen im Sinne einer unangemessenen „Preisdrückerei" missverstanden werden kann. Diese kann sich zum Nachteil nicht nur der Bieter, sondern auch der Auftraggeber auswirken, wenn sich solide Bieter mit hochwertigen Angeboten sich aus solchen Märkten zurückziehen, weil die Preise nicht mehr auskömmlich sind. Gelingt es nicht, die negativen Folgen übermäßiger Preisdrückerei beim Verhandlungsverfahren deutlich zu machen, sind strukturelle Verschlechterung der Anbieterstruktur bei Verhandlungsverfahren generell nicht auszuschließen. Auf diese Zusammenhänge sollte im Zuge der Umsetzung der neuen Richtlinien und der Aus- und Fortbildung auf jeden Fall aufmerksam gemacht werden.

81 Vgl. z.B. für Bauleistungen § 3 Abs. 2 VOB/A EG.

82 Vgl. dazu z. B. *Hans Joachim Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 3. Aufl. 2005, S. 247.

83 Vgl. z.B. Art. 29 Richtlinie 2014/24/EU.

84 S. Art. 29 Abs. 3 Satz 1 Richtlinie 2014/24/EU.

5. Zu Mindestfristen für Teilnahmeanträge und Angebote

Die Kürzung der Mindestfristen für Angebote und Teilnahmeanträge ist wie ausgeführt sehr kritisch zu beurteilen, da bereits die geltenden Fristen sehr knapp bemessen sind. [85] Aus diesem Grunde sollte im Zuge der Umsetzung unbedingt besonders darauf aufmerksam gemacht werden, dass es sich bei den betreffenden Fristen um *Mindestfristen* handelt, die nicht als Regelfristen missverstanden werden dürfen, und der Auftraggeber frei ist, längere Fristen zu bestimmen.

In diesem Zusammenhang sollte auch ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht werden, dass der Zeitaufwand zur Erstellung zuverlässiger Angebote nicht unterschätzt werden darf. In den Erläuterungen sowie in der Aus- und Fortbildung sollte deutlich gemacht werden, dass in einem durchdachten Beschaffungsprozess das Interesse des Auftraggebers keineswegs nur auf den möglichst schnellen Eingang von Angeboten begrenzt ist, sondern auch eine hinreichende Frist zur Ermöglichung solider Angebote gewährt werden sollte.

6. Zur „Innovationspartnerschaft"

Das neue Verfahren der "Innovationspartnerschaft",[86] das im EU-Gesetzgebungsverfahren insbesondere auf britische Initiative in die Neuregelung aufgenommen wurde, mag bei sachgemäßer Anwendung durchaus Anreize zur Durchführung innovativer Projekte vermitteln.

Allerdings darf keineswegs übersehen werden, dass die dabei erforderliche Einstufung einer Leistung als „innovative" Leistung, die nicht bereits am Markt beschafft werden kann,[87] ein sehr hohes Maß an Marktüberblick verlangt. Auch kann eine fehlerhafte Entscheidung zugunsten eines nur *vermeintlich* innovativen Projekts zugleich eine Diskriminierung tatsächlich innovativer Wettbewerber bedeuten. All das muss bei der Umsetzung hinreichend berücksichtigt und mit Blick auf eine sinnvolle Praxis deutlich gemacht werden, um nachteilige Auswirkungen dieses Verfahrens zu begrenzen.

7. Zu den Zuschlagskriterien bzw. zur erweiterten Zulassung allgemeiner politischer Vorgaben für den „spezifischen Herstellungsprozess"

Die Ausdehnung der Zulassung allgemeiner politischer Vorgaben auf den Bereich des spezifischen Herstellungs- bzw. Bereitstellungsprozesses[88] ist nach wie bereits gesagt sehr kritisch zu beurteilen. Offensichtlich nicht zuletzt angesichts des Unvermögens der Durchsetzung diverser politischer Forderungen in ihrem primären Regelungskontext werden den Vergabebeteiligten damit erhebliche neue Rechtsunsicherheiten und Mehraufwand aufgebürdet, was bis zur Gefährdung der primären Ziele der Beschaffung, d.h. der effektiven Bedarfsdeckung führen kann.

85 Vgl. oben unter B.I.2.d.
86 S. Art. 31 Richtlinie 2014/24/EU.
87 Vgl. Art. 31 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU.
88 S. Art. 67 Abs. 3 Buchst. a Richtlinie 2014/24/EU.

Zweifellos muss diese – kritische – Neuregelung bei der Umsetzung beachtet werden. Allerdings sollte in angemessener Form betont werden, dass es sich dabei, wie auch von der Kommission betont, um eine *nur begrenzte Lockerung* des weiterhin geltenden Prinzips der Auftragsbezogenheit der Zuschlagskriterien handelt. Ferner sollte ausdrücklich unterstrichen werden, dass die Anwendung dieser neuen Regeln zudem *nur im Rahmen des stets zu beachtenden Nichtdiskriminierungsgebots*, das aufgrund des EU-Primärrechts stets zu beachten ist, zulässig ist.

Wichtig erscheint in diesem Zusammenhang auch der in den Erwägungsgründen „versteckte" Hinweis, dass die „Bedingung zum Bezug eines Auftragsgegenstands" Kriterien und Bedingungen bezüglich der *allgemeinen Unternehmenspolitik* ausschließen, da es sich dabei nicht um den die *konkreten* Herstellungs- und Bereitstellungsprozess der beauftragten Leistungen handelt.[89] Diese eindeutige – und hilfreiche – Aussage, die die bisher bestehende Doktrin bestätigt, ist von großer Bedeutung für das Verständnis der Reichweite und Grenzen des Begriffs des „spezifischen Herstellungsprozesses" und sollte in der Umsetzung explizit berücksichtigt werden.

Entsprechendes gilt für die Ausführungen eines weiteren wichtigen Erwägungsgrundes betreffend Zuschlagskriterien zu den sozialen Aspekten,[90] die sich danach auf die nach dem Auftrag zu erbringenden Leistungen beziehen müssen. Auch diese wichtige Klarstellung verdient etlicher Unsicherheiten über die neuen Regelungen bei der Umsetzung ausdrückliche Betonung.

D. Kurze Anmerkung zur Form der Umsetzung

I. Die beabsichtige politische Entscheidung

In diesem Beitrag wird der Auseinandersetzung mit den *materiellen Inhalten* der jüngsten EU-Vergaberechtsreformen und diesbezüglichen Anregungen bewusst Vorrang vor Fragen der *formalen Gesetzessystematik* für die nationale Umsetzung eingeräumt. Dies geschieht zum einen, weil die materiellen Fragen auf jeden Fall und im Rahmen einer jeden systematischen Lösung zu klären sind. Es erscheint aber auch sinnvoll, weil die Wahl der Gesetzessystematik, über die lange und sehr kontrovers diskutiert worden ist, nun kurzfristig der *politischen* Entscheidung obliegt und diese wohl so gut wie fest steht. Daher wäre ein tieferes Einsteigen in den Sach- und Streitstand zu diesem Zeitpunkt kaum gewinnbringend. Stattdessen erscheinen allerdings einige grundlegende perspektivische Einschätzungen und Empfehlungen dazu angebracht.

Im Kern drehte sich die Kontroverse zur Gesetzessystematik darum, ob das geltende „Kaskadensystem" beibehalten werden soll, bei dem unter dem GWB und der Vergabeverordnung die Regeln zum Vergabeverfahren prinzipiell in den Vergabeordnungen angesiedelt sind, oder ob dieses System abgeschafft werden soll. Angesprochen ist damit auch, inwieweit die Regelungen künftig weiter von fachkundig besetzten Gremien mit Experten der Auftraggeber, Auftragnehmer und Gewerkschaften ausgearbeitet werden sollen oder nicht.

89 So der praktisch sehr bedeutsame Erwägungsgrund 97 Abs. 2 zur Richtlinie 2014/24/EU.
90 S. Erwägungsgrund 98 zur Richtlinie 2014/24/EU.

Offenbar ist davon auszugehen, dass nach dem Willen der Leitung des Bundeswirtschaftsministeriums die Gesetzessystematik so geändert wird, dass im Bereich der Lieferleistungen die VOL/A jedenfalls für den Bereich ab den Schwellenwerten abgeschafft wird. In der Folge würde die Fortgestaltung der Vorschriften für Lieferleistungen dann jedenfalls insoweit nicht mehr durch den fachkundigen Ausschuss DVAL,[91] sondern voraussichtlich im Wege von Verordnungen erfolgen.[92] Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit wird dagegen einer Abschaffung der Vergabeordnungen wohl nicht zustimmen, so dass für Bauvergaben die VOB/A weiter in Geltung bliebe.

Alternativ wird teils noch weitergehend die völlige Herauslösung des Vergaberechts aus dem GWB und Schaffung eines neuen, eigenständigen Vergabegesetzes erwogen.[93]

II. Einschätzung und Empfehlungen

Um es kurz zu fassen, ohne der Kontroverse auszuweichen: Die für Lieferleistungen – jedenfalls ab den Schwellenwerten – offenkundig beabsichtigte Abschaffung der *unmittelbaren* Mitwirkung der fachkundigen Kreise an der Normsetzung erscheint bedauerlich. Dementsprechend haben ihr zahlreiche namhafte Verbände nahezu aller Wirtschaftsbereiche, erste Unternehmensadressen der deutschen Wirtschaft, Mittelständler und Gewerkschaften nachdrücklich und teils wiederholt widersprochen.[94]

Sicherlich mag es zutreffen, dass in den langjährig bestehenden Gremien in einzelnen Punkten Reformbedarf besteht. Allerdings haben die Gremien schon wiederholt bewiesen, dass sie zur Anpassung fähig waren. Als konkrete Beispiele dafür kann man anführen, dass nicht nur die frühe deutsche Marktöffnung in den 60er Jahren mitvollzogen wurde, sondern auch die erst später beginnenden erheblichen Reformen infolge der Einführung des EG-Vergaberechts und die erste – frühe – rechtliche Zulassung der eVergabe, und zwar in bemerkenswert kurzer Zeit.[95]

Nicht verschwiegen werden soll, dass dem Kaskadensystem von Teilen der Rechtswissenschaft[96] vorgeworfen worden ist, es sei mit Verfassungs- und/oder Europarecht nicht vereinbar.[97] Dem ist jedoch entgegnen, dass das Kaskadensystem in den vielen Jahren seiner Geltung

91 Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Lieferungen und Dienstleistungen (DVAL).

92 Diese sich bereits abzeichnende Konzeption wurde – zeitlich nach diesem Vortrag – durch ein das inzwischen vorliegende Eckpunktepapier zur Reform des Vergaberechts bestätigt, vgl. "Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts", Beschluss des Bundeskabinetts, Berlin, 07.01.2015.

93 Das hat jüngst *Martin Burgi* in Betracht gezogen.

94 Vgl. z.B. nur das Papier „Gemeinsame Erklärung" von BDI, DBG und weiteren bedeutenden Verbänden für die Beibehaltung des Kaskadenprinzips, Berlin. 30.10.2013.

95 So die frühen „Pionier-Reformen" zur Abschaffung der „Rechtshemmnisse für E-Commerce" in der ersten rechtlichen Zulassung der elektronischen Vergabe in der VOB/A, noch vor den entsprechenden Reformen im BGB; s. dazu *Peter W. Schäfer* in Kilian/Heußen (Hrsg.), Computerrechtshandbuch, 25. Erg.-Lief. 2006, Teil 19/190 – Elektronische Vergabe, Rdnr. 60.

96 Vgl. z.B. nur das gemeinsame Verbändeplädoyer von BDI, DBG und weiteren Verbänden zum Kaskadenprinzip, Berlin 2013.

97 Vgl. stellvertretend z.B. *Meinrad Dreher*, Kaskaden-, Schubladen- und Ausschussprinzip – Tragende oder verzichtbare Elemente im Wandel des Vergaberechts?, in: forum vergabe e.V.(Hrsg.), Tagungsband der Neunten Badenweiler Gespräche, Berlin 2003, S. 71 ff.

jedenfalls von keinem deutschen oder europäischen Gericht je als verfassungs- oder europarechtswidrig eingestuft worden ist. Auch die zumeist kritisch prüfende Europäische Kommission hat deutsche EU-Rechts-Umsetzungen im Rahmen des Kaskadensystems im Rahmen von Notifizierungen wiederholt akzeptiert. Das wäre wohl kaum möglich gewesen, wenn sie zum Ergebnis der EU-Rechtswidrigkeit des deutschen Gesetzesrahmes gelangt wäre.

Wie konträr die Bedeutung der Vergabeordnungen und -ausschüsse auch unter den Ministerien gesehen wird, zeigt die vom BMWi deutlich abweichende Position des Bundesbauressorts. Und sofern gelegentlich angeführt wird, das VOL-Gremium DVAL bereite Schwierigkeiten bei der Entscheidungsfindung, müsste dazu fairer Weise ergänzt werden, dass dieses Gremium wohl seit rund fünf Jahren gar nicht mehr vom dafür zuständigen Ressort einberufen worden ist, obwohl die Fortexistenz auch dieses Gremiums von Wirtschafts- und Gewerkschaftsseite gefordert wurde.[98]

Richtig ist, dass das Vergaberecht komplexer geworden ist und man die Vergabeordnungen teilweise vereinfachen könnte. Allerdings sind viele Vorwürfe gegen das Kaskadensystem, bei denen oft pauschal die Komplexität gerügt wird und dabei z.B. auch die divergierenden Länder-Vergabegesetze angeführt werden, unzutreffend. Denn der Erlass der zahlreichen, divergierenden Landesvergabegesetze ist dem Kaskadensystem überhaupt nicht zuzurechnen. Will man die Diversität und Komplexität der zahlreichen Länder-Vergabegesetze und weiteren Rechtsakte kritisieren, muss man dies dort tun, es jedoch nicht den im Kern nur drei Vergabeordnungen zuschreiben.

Ferner erweist ein Blick über die Grenzen, dass das in Deutschland teils kritisierte System fachkundiger, paritätischer Arbeitsgremien zur Ausarbeitung vergaberechtlicher Regelungen in Europa keineswegs ungewöhnlich ist. Dies zeigt sich aktuell beispielsweise für den EU-Mitgliedstaat Finnland und den mit der EU eng verbundenen EWR-Mitliedstaat Norwegen – beides mustergültige europäische Staaten mit hoch entwickelter Rechtskultur.[99]

Auch der Hinweis, in anderen Rechtsgebieten gebe es ebenfalls nur eine Beteiligung an der Gesetzgebung mittels Anhörungen, kann für das öffentliche Auftragswesen allenfalls auf ersten Blick überzeugen. Denn eine stetige und unmittelbare Mitwirkung von Experten an der Erarbeitung bzw. Umsetzung von Regelungen in festen Ausschüssen ist deutlich effektiver als eine bloß gelegentliche Beteiligung an Anhörungen. Dass die unmittelbare Mitwirkung der beteiligten Fachkreise bei der Gesetzesvorbereitung im Vergabewesen in Wahrheit keine Besonderheit ist, zeigen die Beispiele aus Finnland und Norwegen. Im Übrigen ist die Bildung derartiger besonderer paritätischer Arbeitsgremien sicher auch durch die außerordentliche volkswirtschaftliche Bedeutung des öffentlichen Auftragswesens zu rechtfertigen.

Zusammenfassend erscheint – ungeachtet der näheren Einzelnen – eine Aufgabe der gemeinschaftlichen Normvorbereitung in fachkundigen Gremien im besonderen Bereich des öffentlichen Auftragswesens jedenfalls kaum als Fortschritt. Perspektivisch ist auf jeden Fall zu empfehlen, Einrichtungen wie die Vergabeausschüsse DVA bzw. DVAL auch in Zukunft fortzuführen, zumindest als ständige beratende Gremien und gegebenenfalls mit optimierten

98 Vgl. bereits Fußn. 94.

99 In Finnland erfolgt die Erarbeitung eines Umsetzungsentwurfs durch zwei Gremien unter Einbindung von Fachleuten der Auftraggeber, der Wirtschaft und der Gewerkschaften. Auch in Norwegen wurde ein vergleichbares Gremium mit der Anfertigung neuer Vergaberegelungen, hier unterhalb der Schwellenwerte, beauftragt.

Strukturen. Dies gilt selbst für den Fall, dass der Umfang der eigenständigen Normschaffung reduziert werden bzw. die EU künftig verstärkt direkt geltende EU-Verordnungen erlassen sollte. Denn auch in diesem Fall verbliebe weiter Bedarf für eine unmittelbare, stetige und gemeinschaftliche fachliche Beratung derartiger und weiterer wichtiger Vergaberechtsthemen.

Schließlich erscheint die teils vorgeschlagene völlige Herauslösung des Vergaberechts aus dem GWB bzw. die Schaffung eines neuen, eigenständigen Vergabegesetzes nicht ratsam. Denn die praktisch sehr bewährte Anbindung an das Wettbewerbsrecht sollte nicht ohne Not aufgegeben werden. Dies gilt im Interesse aller Vergabebeteiligten nicht zuletzt mit Blick auf die zweifelsfreie Anbindung des effektiven und zügigen Vergaberechtsschutzes in Anlehnung an den kartellrechtlichen Rechtsschutz. Wie viele Diskussionen in Brüssel verdeutlichen, sollte der im Vergleich zu anderen EU-Mitgliedstaaten recht gute und vor allem zügige Rechtsschutz keinesfalls durch eine unnötige Neuverortung der Gesamtregelung gefährdet werden. Aus allen genannten Gründen ist von einer Herauslösung des Vergaberechts aus der bewährten GWB-Lösung abzuraten.

E. Zusammenfassung

Die EU-Vergaberechtsreformen des Jahres 2014 waren durch diverse Spannungsfelder gekennzeichnet. Dazu zählten nicht nur gegensätzliche Ziele. Die Reform schwankte auch zwischen den generellen Polen der Kontinuität und Generalrevision. Herausgekommen ist eine Neufassung, die keine „Revolution“ ist und dennoch zahlreiche Detailänderungen aufweist. Verbliebene Unklarheiten offenbaren zudem den Konflikt zwischen dem Zeitdruck bei der Reform und der hohen sachlichen Komplexität.

Ein Gesamtfazit fällt nicht leicht. So umfassen die Reformen einerseits begrüßenswerte Bestätigungen wichtiger Grundprinzipien und punktuelle Erleichterungen, betreffend Eignungsnachweise. Andererseits enthalten sie auch sehr problematische Neuerungen. Dazu zählen vor allem eine erweiterte Zulässigkeit allgemeiner politischer Kriterien und ausgeweitete Transparenzausnahmen bei der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit.

Bei der Umsetzung sollten Gestaltungsspielräume genutzt werden. Zwecks nötiger Koordinierung der eVergabe sollten die Optionen zum befristeten Aufschub ihrer zwingenden Anwendung genutzt werden.

Die avisierte Abschaffung bzw. Einschränkung der direkten Mitwirkung der Fachkreise an der Normsetzung im Liefersektor erscheint bedauerlich.

Angesichts der besonderen Bedeutung des öffentlichen Auftragswesens sollten paritätische Fachgremien wie DVA und DVAL – letzterer gegebenenfalls optimiert und zumindest beratend – aufrechterhalten werden.

Diskussion zu den Referaten

Diskussionsleiter:

RECHTSANWALT DR. HANS-JOACHIM PRIEß
FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER, BERLIN

Zusammenfassung:

LARS BURSHILLE UND JENS GERLACH*

1. Struktur des Vergaberechts 179
2. Kündigungsrecht bei wesentlichen Änderungen von Aufträgen. 181
3. Interkommunale Zusammenarbeit 181
4. Zentrale Beschaffungsstellen und E-Vergabe 181
5. Verhältnis von Preis und Kosten zu qualitativen Zuschlagskriterien 182
6. Berücksichtigung externer, nicht produktbezogener Umweltauswirkungen 185
7. ILO-Kernarbeitsnormen. 186

Die Themen der von *Prieß* (Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Berlin) geleiteten Diskussion sind vielfältig. Die Teilnehmer diskutieren über die Struktur des Vergaberechts, das Kündigungsrecht bei wesentlichen Änderungen von Aufträgen und über die Neuregelungen zur interkommunalen Zusammenarbeit. Nach Beiträgen zu zentralen Beschaffungsstellen und zur E-Vergabe rückt das Verhältnis von Preis bzw. Kosten zu qualitativen Zuschlagskriterien in den Mittelpunkt der Diskussion. Damit verbunden sind Beiträge zur Berücksichtigung externer, nicht produktbezogener Umweltauswirkungen. Schließlich beschäftigt sich die Diskussion mit Anmerkungen zu den Kernarbeitsnormen der ILO.

1. Struktur des Vergaberechts

Burgi (Ludwig-Maximilians-Universität München) spricht mehrere Aspekte der Struktur des Vergaberechts an. Zum Thema Kaskadenprinzip könne die Rechtswissenschaft nur begrenzt beitragen – es sei in erster Linie Aufgabe der Politik, eine befriedigende Lösung für die mit dem Kaskadenprinzip verbundenen Probleme zu finden. Eine größere Herausforderung noch

* Die Autoren sind wissenschaftliche Mitarbeiter von Prof. Dr. Hermann Pünder, LL.M. (Iowa), Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Verwaltungswissenschaften und Rechtsvergleichung an der Bucerius Law School in Hamburg.

als der Umgang mit der Kaskade stelle die Anwendung der verschiedenen Landesvergabegesetze dar. Dass fast alle Bundesländer mittlerweile umfangreiche und politisch ambitionierte Vergabegesetze erlassen hätten, habe auch Konsequenzen für den Bundesgesetzgeber. Das Vergaberecht sei als „Recht der Wirtschaft" im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ein Titel der konkurrierenden Gesetzgebung. Der Bund habe durch Erlass des GWB von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht, in § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB („Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.") jedoch Raum für die existierenden Landesvergabegesetze gelassen. Den an der Gesetzgebung Beteiligten müsse klar sein, dass jede Neuregelung im Bundesrecht diesen Raum verkleinere. Dies gelte etwa im Hinblick auf ökologische oder soziale Anforderungen an die Auftragsvergabe. Eine insoweit unreflektierte Ausweitung des Bundesvergaberechts könne eine durchlöcherte Landesvergabegesetzgebung zur Folge haben, da das neue Bundesrecht das fortbestehende Landesrecht breche. *Schäfer* (Bundesverband der Deutschen Industrie, Berlin) verweist auf die Lösung des entsprechenden Problems in der Schweiz. Die Kantone der Schweiz hätten die Notwendigkeit erkannt, sich in wichtigen, zwingend einheitlich zu regelnden Materien abzustimmen, um ihre Zuständigkeiten gegenüber dem Bund zu wahren. Ihr Mittel sei das Konkordat – eine gesamtschweizerische Regelung, die jedoch nicht vom Bund erlassen werde, sondern eine Vereinheitlichung von Kantonalregelungen sei. Ein solches Vorgehen hält Steiner auch in Deutschland für ein sinnvolles Mittel, um der verwirrenden Vielfalt der Landesvergabegesetze zu begegnen. So könnten die Länder einerseits ihre Kompetenzen wahren und andererseits Rechtsunsicherheiten beseitigen. Dies sei jedoch wohl ein kühner Traum.

Burgi spricht sich für eine Verringerung der vergaberechtlichen Regelungsregime aus. Selbst wenn alle bisher in den Vergabeordnungen enthaltenen Regeln in einer neuen Bauverordnung und einer neuen Dienstleistungsverordnung untergebracht würden, man also die Kaskade abschaffe, existierten zukünftig noch acht einzelne Regime oberhalb der Schwellenwerte. So verlange Art. 76 der Richtlinie 2014/24/EU eine weitere Verordnung für soziale und andere besondere Dienstleistungen. Zudem gelte das bestehende EU-Primärrecht bei den – politisch motivierten – Ausnahmetatbeständen für die Trinkwasserversorgung, für Teile des Rettungsdienstwesens und soziale und andere besondere Dienstleistungen unterhalb des Schwellenwerts von 750.000 Euro. Hinzu komme das Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte, also die per Verweis in den Haushaltsgesetzen des Bundes und der Länder als eine Art „Vergaberecht *light*" anwendbaren ersten Abschnitte der VOB/A und VOL/A. Angesichts dieser Vielzahl an Vergaberechtsregimen schlägt Burgi vor, für alle Vergaben außerhalb des GWB-Vergaberechts ein einheitliches Regelwerk vorzusehen. Der Haushaltsgesetzgeber könne für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte an das für die Konzessionen und die sozialen und besonderen Dienstleistungen zwingend zu entwickelnde „Vergaberecht *light*" anknüpfen statt an die ersten Abschnitte der VOL/A und VOL/B. So könne man zwei Regime einsparen.

Burgi schließt eine Bemerkung zum Namen des GWB an. Die Umsetzung der neuen Richtlinien werde den vierten Teil des GWB um viele Paragrafen verlängern. Durch neue Regelungsmaterien wie Eignung, Selbstreinigung, Zuschlag und interkommunale Zusammenarbeit werde das Kartellvergaberecht schätzungsweise die §§ 97 bis 200 GWB ausfüllen – mehr als die Hälfte der Vorschriften des GWB. Das „Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen", dessen überwiegender Regelungsgehalt sich nicht einmal im Namen wiederfinde, sei keine adäquate Heimat für das Vergaberecht. Aus politischen Gründen werde es zwar nicht gelingen, die §§ 97-200 GWB in ein eigenes Vergabegesetz zu überführen. Um der Bedeutung des Vergaberechts gerecht zu werden, könne sich der Gesetzgeber aber zumindest überlegen, das GWB

in „Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und über das Beschaffungswesen (GWBB)“ umzubenennen.

2. Kündigungsrecht bei wesentlichen Änderungen von Aufträgen

Krane (Bucerius Law School, Hamburg) bezweifelt die Notwendigkeit des von *Krohn* (Kanzlei Orrick Herrington & Sutcliffe LLP, Berlin) angesprochenen Rechts zur Kündigung eines öffentlichen Auftrags bei wesentlichen Änderungen (Art. 73 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU). Ein unter Missachtung vergaberechtlicher Ausschreibungspflichten geschlossener Änderungsvertrag sei doch wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot ohnehin nach § 134 BGB nichtig. Mittels einer Umdeutung könne man den bisher bestehenden Vertrag erhalten. Das Bereicherungsrecht sei ein geeignetes Instrument, um die im Rahmen des geänderten Vertrages erfolgten Leistungen rückabzuwickeln. *Krohn* sympathisiert mit diesem Ansatz, auch wenn ihn die Praxis bisher nicht aufgegriffen habe. Die herrschende Meinung habe die Nichtigkeitsregel des § 134 BGB bislang nicht auf vergaberechtswidrige Verträge angewandt. Dies habe letztlich zur bestehenden Nichtigkeitsregelung in § 101b GWB geführt. Hieran knüpfe nun auch die Regelung zur Kündigung des Vertrags in den neuen Richtlinien an. Es sei allerdings *de lege ferenda* begrüßenswert, wenn als Reaktion auf einen erfolgreich eingelegten Rechtsbehelf nur der Änderungsvertrag als solcher für unwirksam erklärt und der alte Vertrag aufleben würde. *Steiner* (Richter des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts, St. Gallen/Schweiz) ergänzt, es habe maßgeblich an Deutschland gelegen, dass sich die Anwendung der allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen einschließlich § 134 BGB nicht durchgesetzt habe. Schließlich habe Deutschland vor dem EuGH unter Berufung auf den Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ darauf bestanden, dass vergaberechtswidrig geschlossene Verträge nicht kündbar seien. Der EuGH habe dem eine Absage erteilt (Urteil v. 18. Juli 2007, Rs. C-503/04). Dieser Fall sei ein Anlass für die Rechtsmittelrichtlinie gewesen.

3. Interkommunale Zusammenarbeit

Auf Nachfrage von *Dageförde* (Kanzlei Dageförde, Hannover) stellt *Schellenberg* (Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek, Hamburg) klar, dass die neue Regelung zur interkommunalen Zusammenarbeit in Art. 12 Abs. 4 lit. c der Richtlinie 2014/24/EU so auszulegen sei, dass die an dem geschlossenen Vertrag beteiligten öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt *zusammen* nur weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen dürften, damit der Vertrag nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie falle. Der Wortlaut sei insoweit eindeutig. Eine andere Auslegung sei auch nicht sinnvoll, schließlich erbrächten ja bereits vier beteiligte Auftraggeber bis zu 80 % des Marktvolumens, wenn sich die angegebenen 20 % auf jeden einzelnen beteiligten Auftraggeber bezögen.

4. Zentrale Beschaffungsstellen und E-Vergabe

Eine zweite Frage von *Dageförde* bezieht sich auf den Vortrag von *Neun* (Kanzlei Gleiss Lutz, Berlin). In der Begriffsbestimmung in Art. 2 Abs. 1 Ziffer 14 der Richtlinie 2014/24/EU setze die „zentrale Beschaffungstätigkeit“ eine auf Dauer durchgeführte Tätigkeit voraus. In der Praxis stelle sich oft die Frage, ob diese Definition nur Beschaffungsbehörden auf Bundesebene

erfasse oder auch andere öffentliche Auftraggeber, die häufiger für andere Auftraggeber einkaufen. Dies sei insofern relevant, als die Mitgliedstaaten einzelne Bestimmungen zur E-Vergabe für zentrale Beschaffungsstellen erst zum 18. April 2017 umsetzen müssten und nicht bereits, wie für sonstige Auftraggeber, zum 18. April 2016 (Art. 90 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU). *Neun* zufolge hängt die Einordnung als zentrale Beschaffungsstelle nicht davon ab, wie häufig Beschaffungstätigkeiten für andere Auftraggeber ausgeübt werden. Es komme allein auf die formelle Zuweisung dieser Funktion an eine bestimmte Vergabestelle an. Die von *Dageförde* geäußerte Sorge, ein öffentlicher Auftraggeber könne, bloß weil er häufiger für andere öffentliche Auftraggeber Beschaffungstätigkeiten übernehme, ohne formelle Funktionszuweisung als zentrale Beschaffungsstelle eingeordnet werden, sei unbegründet. Die „zentrale Beschaffungsstelle" dürfe nicht mit dem ebenfalls von der Richtlinie verwendeten Begriff der „zentralen Regierungsbehörde" (vgl. Art. 2 Abs. 1 Ziffer 2) verwechselt werden. Diesen Hinweis greift *Solbach* (Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin) auf. Die Ähnlichkeit der Begriffe „zentrale Beschaffungsstelle" und „zentrale Regierungsbehörde" führe zu Missverständnissen. Zentrale Beschaffungsstellen im Sinne der Richtlinie könnten selbstverständlich auch auf kommunaler Ebene angesiedelt sein. Es sei jedoch dringend zu beachten, dass Möglichkeiten zur späteren Umsetzung nur hinsichtlich der elektronischen Kommunikation im engeren Sinne bestünden, insbesondere betreffend die Pflicht zur Entgegennahme elektronischer Angebote (Art. 90 Abs. 2 i. V. m. Art. 22 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU). Hierbei werde zwischen zentralen und sonstigen Beschaffungsstellen differenziert. Ansonsten gebe es auch für zentrale Beschaffungsstellen – ob auf Bundesebene oder kommunaler Ebene – keine Möglichkeit, die Einführung der E-Vergabe über den 18. April 2016 hinaus aufzuschieben. Ab diesem Zeitpunkt bestehe die unaufschiebbare Pflicht, die Auftragsunterlagen elektronisch bekanntzumachen und zur Verfügung zu stellen. Dies sei eine wirkliche Neuerung im Vergleich zur bisherigen Regelung.

5. Verhältnis von Preis und Kosten zu qualitativen Zuschlagskriterien

Fehling (Bucerius Law School, Hamburg) stellt unter Bezugnahme auf den Vortrag von *Burgi* die Frage, ob die neue Richtlinie 2014/24/EU mit Blick auf die Zuschlagskriterien eine echte inhaltliche Änderung mit sich bringe oder sich nicht vor allem auf eine Ausdifferenzierung der Kriterien beschränke. Schließlich sei es ja auch bisher nach deutschem Recht anerkannt gewesen, dass in seltenen Ausnahmefällen der Preis alleiniges Zuschlagskriterium sein könne. *Fehling* möchte von *Burgi* wissen, ob diese Ausdifferenzierung positiv oder negativ zu bewerten sei. Einerseits würden dem Auftraggeber klarere Vorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung der Zuschlagskriterien gemacht, andererseits könnten aber die Anforderungen an Bewertungskriterien und Bewertungsmatrizen übermäßig stark steigen. Könne die stärkere Ausdifferenzierung im Gesetz den Auftraggeber dazu verpflichten, selber stärker auszudifferenzieren? *Fehling* sieht dadurch das Ziel gefährdet, die Beschaffungsregeln zu vereinfachen. *Burgi* weist darauf hin, dass die Ausdifferenzierung der Zuschlagskriterien auch schon im bisherigen Unionsrecht angelegt gewesen, jedoch durch den knappen § 97 Abs. 5 GWB nicht entsprechend umgesetzt worden sei. Die neue Richtlinie enthalte daher vor allem den Auftrag an den nationalen Gesetzgeber, die von der Richtlinie vorgegebene differenzierte Regelung in angemessener Weise umzusetzen. Eine echte inhaltliche Änderung sei, dass nicht nur der Preis, sondern nun auch die Kosten als mögliche Zuschlagskriterien benannt seien und eine Lebenszykluskostenrechnung zum Tragen kommen könne (Art. 67 Abs. 2 und Art. 68 der Richtlinie 2014/24/EU). *Burgi* ist der Ansicht, dass es durch die Neuregelung für den Auftraggeber nicht komplizierter

werde. Vielmehr sei die Möglichkeit zur weiteren Ausdifferenzierung der Zuschlagskriterien als Angebot des Gesetzgebers an die Auftraggeber zu verstehen. Der Auftraggeber könne den Beschaffungsgegenstand in der Leistungsbeschreibung unterschiedlich genau beschreiben. Je genauer die Leistungsbeschreibung sei, desto eher könne sich der Auftraggeber auf den Preis als Zuschlagskriterium zurückziehen; je zurückhaltender die Vorgaben in der Leistungsbeschreibung seien, desto mehr müsse der Auftraggeber qualitative Kriterien bei der Zuschlagserteilung in den Vordergrund stellen. Die Korrelation zwischen Leistungsbeschreibung und Zuschlagskriterien müsse generell stärker herausgestellt werden.

Prieß beschreibt unterschiedliche Motivationen der Auftraggeber bei der Gewichtung des Preiskriteriums: Einige Auftraggeber drückten das Gewicht des Preises, um das Verfahren zu manipulieren. Andere dagegen gewichteten den Preis hoch, um politische Einflussnahmen auf Vergabeentscheidungen zu verringern. Als Faustregel schlägt *Prieß* vor, dem Preis bei der Zuschlagserteilung, angelehnt an die Judikatur des OLG Dresden (Beschluss v. 05. Januar 2001, WVerg 11/00 und WVerg 12/00), grundsätzlich eine Bedeutung von mindestens einem Drittel beizumessen. Dies müsse nicht zwingend neu ins Gesetz aufgenommen werden, sondern sei bereits im Rahmen der jetzigen Regelungen möglich.

Opitz (Kapellmann Rechtsanwälte, Frankfurt am Main) und *Gesterkamp* (Baumeister Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Münster) sind entschieden dagegen, Auftraggebern bei der Verwendung des Preises als Zuschlagskriterium Beschränkungen aufzuerlegen. *Opitz* sieht keinen sachlichen Grund dafür, warum ein Auftraggeber nicht nach dem Maximalprinzip ein bestimmtes Budget ausschöpfen dürfen, den Preis also vorher festlegen und später nicht mehr berücksichtigen können solle. *Opitz* und *Gesterkamp* halten auch die in der Schweiz praktizierte Lösung für verfehlt, wonach der Zuschlag nur bei „standardisierten Leistungen“ anhand des niedrigsten Preises erteilt werden dürfe. *Gesterkamp* hält es für schwierig, zwischen standardisierten und nichtstandardisierten Leistungen zu unterscheiden und dementsprechend verschiedene Vorgaben zu machen, ob neben dem Preis auch qualitative Kriterien zu berücksichtigen sind. Selbst einfachste Dienstleistungen wie etwa Abfallentsorgungsdienstleistungen seien nicht völlig standardisiert. Stets habe der Bieter einen gewissen Spielraum, wie er die Leistung erbringe. Auch bei vermeintlich standardisierten Leistungen könnten somit zusätzlich zum Preis qualitative Elemente bewertet werden. *Opitz* kritisiert, dass nicht festgelegt sei, ob es sich um Marktstandards oder vom Auftraggeber festgelegte Standards handele. Man könne nicht davon ausgehen, dass etwa bei der Vergabe von Bauaufträgen mangels Marktstandardisierung in der Regel die Verwendung des niedrigsten Preises als Zuschlagskriterium ausscheide. Seien Leistungen nicht am Markt standardisiert, könne immer noch der Auftraggeber durch eine präzise Leistungsbeschreibung eine entsprechende Standardisierung vornehmen. Dies sei auch seine Aufgabe. *Gesterkamp* erkennt selbst dann ein erhebliches Interesse des Auftraggebers daran an, den Zuschlag allein anhand des Preises zu erteilen, wenn eine Leistungsbeschreibung funktionale Elemente enthalte. *Steiner* stimmt diesen Ansichten nur teilweise zu. Der Gesetzgeber müsse natürlich die Beschaffungsautonomie der Auftraggeber mit dem Interesse an indirekter Regulierung durch das Vergaberecht abwägen, wenn er Zuschlagskriterien vorgebe. Grundsätzlich gelte jedoch, dass es umso schwieriger werde, den Zuschlag allein anhand des Preises zu erteilen, je komplexer der Auftrag sei.

Wagner-Cardenal (Görg Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Hamburg) richtet den Blick auf die Interessen der Bieter. Der Wechsel vom Preis als einzigem Zuschlagskriterium zu einer aus verschiedenen, vorwiegend qualitativen Kriterien zusammengesetzten Zuschlagsentschei-

dung benachteilige die Bieter. Qualitative Zuschlagskriterien seien nicht so einfach zu vergleichen und zu gewichten wie quantitative Kriterien. Vergabeverfahren könnten dadurch deutlich komplexer und weniger transparent werden. Da die Wertung qualitativer Zuschlagskriterien im Nachprüfungsverfahren nur beschränkt überprüfbar sei, brächten neue Beurteilungsspielräume der Vergabestellen Rechtsschutzdefizite mit sich. Dem hält *Steiner* die Aufgabe des Vergaberechts entgegen, auch öffentlichen Auftraggebern Handlungsmuster privater Nachfrager zu ermöglichen. Zwar sei es komplizierter, die Entscheidung über den Zuschlag nicht nur auf den Preis, sondern auf mehrere und auch qualitative Faktoren zu stützen. Dies entspreche jedoch dem Einkaufsverhalten Privater. Private Einkäufer berücksichtigten qualitative Kriterien nicht nur als Mindeststandards wie etwa technische Spezifikationen, sondern gerade auch als Material für die Abwägung mit dem Preis. Natürlich erweitere eine Konzentration auf qualitative Kriterien die Spielräume der Auftraggeber. In einem System mit ausgeprägter *Governance*-Kultur wie Deutschland könne jedoch nicht ohne weiteres angenommen werden, dass Beurteilungsspielräume der Auftraggeber zu Rechtsschutzdefiziten führten.

Solbach betont, dass bereits nach geltendem nationalem Recht das wirtschaftlichste Angebot maßgebliches Zuschlagskriterium sei und nicht allein nach dem niedrigsten Preis entschieden werde. Die neuen Richtlinien beauftragten den Gesetzgeber, diese bereits in § 97 Abs. 5 GWB enthaltene und untergesetzlich noch einmal konkretisierte Formulierung weiter zu präzisieren. Bei der Umsetzung der Richtlinien könne man allerdings einige Weichen stellen, etwa ob man das Preis-Leistungs-Verhältnis oder den Preis als Zuschlagskriterien ausdrücklich nenne und ob man von den Optionen der Richtlinie Gebrauch mache, für bestimmte Fälle vorzuschreiben, dass nicht allein nach dem Preis entschieden werden dürfe. Theoretisch könne sogar vorgeschrieben werden, dass der Preis nur in Höhe eines gewissen Prozentsatzes zu beachten sei. Derartigen Optionen steht *Solbach* allerdings kritisch gegenüber. Sonderregeln für einzelne Bereiche weckten Begehrlichkeiten in anderen. Würde etwa das Verbot, den Zuschlag allein anhand des niedrigsten Preises zu vergeben, für einen bestimmten Leistungsbereich normiert, stünde zu erwarten, dass auch andere Bereiche auf ihre Komplexität und Innovativität hinweisen und für ihren Bereich das gleiche Verbot fordern würden. *Schäfer* schließt sich diesen Ausführungen an. Das geltende Recht bestimme, dass der Zuschlag nicht allein anhand des niedrigsten Preises, sondern nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen sei. Dies sei eine bloße Grundentscheidung und keine Festlegung im Detail. Dem Auftraggeber sei grundsätzlich überlassen, welche Faktoren er konkret berücksichtigen wolle. Das deutsche Recht verbiete hier bislang eine Entscheidung allein nach dem Preiskriterium. Es liege nahe, dass diese Regelung mit dem Unionsrecht nicht im Einklang stehe, da die bisherige Richtlinie zweigleisig gefahren sei und entweder den Preis oder andere Aspekte für maßgeblich erklärt habe. Dieses Problem habe sich durch die neue Vergaberechtsreform nun aber erledigt.

Burmeister (Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Hannover) spricht das umgekehrte Problem an – die Vergabe des Zuschlags nach allein qualitativen Kriterien. *Burgis* Vortrag habe bei ihr den Eindruck erweckt, der Auftraggeber könne nach der Neuregelung zur Angebotswertung nunmehr den Preis bzw. die Kosten festsetzen und den Zuschlag dann auf die beste Leistung erteilen. Ein Bedürfnis hiernach bestehe etwa bei der Beschaffung von Schulverpflegung. In diesem Bereich werde argumentiert, unter einem bestimmten Preis lasse sich keine qualitativ angemessene Versorgung für Kinder anbieten. Bisher sei es ihrer Vorstellung nach nicht zulässig gewesen, einen bestimmten Preis vorzugeben. *Burmeister* erkundigt sich zudem nach Rechtsprechung, die Mindestpreise ausschließt. *Burgi* erwidert, die Neuregelung in Art. 67 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU könne seinem Verständnis nach nicht dahingehend verstanden werden, dass Mindestpreise auch ohne gesetzliche Preisfestlegungen vorgegeben werden

könnten. Laut Erwägungsgrund 93 zur Richtlinie 2014/24/EU müsse das Festpreiselement aus einer anderen nationalen Rechtsquelle als dem Vergaberecht stammen – ein Paradebeispiel seien die Regeln zur Buchpreisbindung. Im Fall der Schulverpflegung müsse folglich der zuständige Landesgesetzgeber eine derartige Preisregelung treffen. *Burgi* selbst kenne zwar keine konkrete Rechtsprechung zu diesen Fragen, halte aber die Festlegung eines Mindestpreises ohne gesetzliche Regelung für unzulässig, da ein bestimmter Preis nicht in einem hinreichend konkreten Bezug zum Auftragsgegenstand stehe.

Kersting (Baumeister Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Münster) schließt die Frage an, ob nationale Preisvorschriften im Fall einer EU-weiten Ausschreibung durch die Neuregelung auch für ausländische Bieter maßgeblich seien. Das OLG Koblenz habe für die HOAI ja das Gegenteil entschieden (Beschluss v. 29. Januar 2014, 1 Verg 14/13): Der Auftraggeber von Planungsleistungen dürfe den Bietern die anzuwendende Honorarzone nicht verbindlich vorgeben. *Burgi* erwidert, dass die nationalen Preisvorschriften ihrerseits dem europäischen Recht, insbesondere dem Primärrecht, entsprechen müssten. Die Intention des Richtliniengesetzgebers bei der Neuregelung in Art. 67 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU sei allein, klarzustellen, dass die öffentlichen Auftraggeber auch bei Festpreisen zumindest einen qualitativen Vergleichswettbewerb eröffnen müssten. Dies werde durch Erwägungsgrund 93 gestützt, dem zufolge Wettbewerb nicht allein durch Zerlegung in Lose, sondern auch durch eine Beurteilung anhand von Qualitätskriterien geschaffen werden solle.

6. Berücksichtigung externer, nicht produktbezogener Umweltauswirkungen

Fehling ist der Meinung, in die Lebenszykluskostenrechnung solle der Auftraggeber auch externe, nicht produktbezogene Umweltauswirkungen mit einbeziehen dürfen. Da Zuschlagskriterien nach allgemeinen Grundsätzen messbar sein müssten, könne das Angebot an die Auftraggeber, solche Faktoren mit einzubeziehen, Anreize dafür setzen, über Methoden der Messbarkeit derartiger Kriterien nachzudenken. Das Vergaberecht könne auf diese Weise innovationsfördernd wirken. *Burgi* befürwortet zwar Innovationsförderung, rät aber von zu viel Ehrgeiz ab. Er befürchtet, dass die meisten Auftraggeber damit überfordert sein könnten, externe Umweltauswirkungen messbar zu machen und in die Lebenszykluskostenrechnung einzubeziehen. Die Entwicklung von Methoden zur Messung der internen, produktbezogenen Faktoren sei schon schwierig genug. Jedenfalls kleine Auftraggeber wie zum Beispiel die fast 2000 Gemeinden in Bayern müsse der Gesetzgeber so weit wie möglich davor bewahren, mit komplexen Vorgaben überfrachtet zu werden. Solche Fragen sollten eher den zentralen Beschaffungsstellen überlassen werden wie etwa dem Beschaffungsamt des Bundes, welches auf diesem Gebiet auch heute schon sehr aktiv sei. Aber auch die zentralen Beschaffungsstellen sollten grundsätzlich zunächst einmal Erfahrungen mit internen Effekten sammeln und externe Effekte zurückstellen. Auch *Krohn* sieht die Auftraggeber in der Gefahr, sich mit einer gesetzlich vorgegebenen Einbeziehung und Messung von externen Umweltauswirkungen zu überfordern. Dies zeigten die Erfahrungen mit den teilweise zwingenden Vorgaben zu Energieeffizienz und Umweltschutz in der VgV (§ 4 Abs. 6b, 7). Er plädiert dafür, den Auftraggebern hier Wahlmöglichkeiten und Spielräume zu eröffnen. Schaffe der Gesetzgeber präzise Vorgaben, wie solche Kriterien zu werten und zu gewichten seien, und würden diese Kriterien im Vergabeverfahren transparent und nachvollziehbar angewandt, sei die Manipulationsgefahr gering, die positiven Effekte seien dagegen groß.

7. ILO-Kernarbeitsnormen

Klafki (Bucerius Law School, Hamburg) wendet die Diskussion den Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (International Labour Organization, ILO) zu. Sie wirft die Frage auf, ob die Verpflichtung zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen in Einklang mit den EU-Grundfreiheiten steht. Schließlich hätten einschließlich Deutschland nicht alle Mitgliedstaaten der EU sämtliche ILO-Kernarbeitsnormen ratifiziert. *Steiner* sieht die ILO-Kernarbeitsnormen als Verfassungsrecht der ILO an. Es handele sich um qualifiziertes Völkerrecht und nicht nur um Völkervertragsrecht. Die Geltung der Normen sei somit nicht von einer Ratifikation abhängig, sondern könne überall eingefordert werden. *Steiner* berichtet, dass sich in der Schweiz als Sitzstaat der ILO auch die Wirtschaft dafür eingesetzt habe, die ILO-Kernarbeitsnormen durchzusetzen: So schützten die ILO-Kernarbeitsnormen etwa die Textilindustrie in der Schweiz vor *Dumping* ausländischer Konkurrenz. Schweizer Kunden legten großen Wert auf die Einhaltung solcher Standards und seien auch bereit, entsprechende Mehrkosten in Kauf zu nehmen. Der klassische Interessenkonflikt zwischen NGOs und Wirtschaftskreisen sei in diesem Fall nicht zu beobachten gewesen.

Klafki schließt eine Frage zur Durchsetzung der ILO-Kernarbeitsnormen an. Nach den Landesvergabegesetzen (vgl. etwa § 3a HmbVgG) seien diese Normen für die ganze Lieferkette zu berücksichtigen. Gerade bei Produkten, bei denen die Lieferkette in unterentwickelten Ländern ende, etwa bei einer Beschaffung von Rohstoffen aus Afrika, stelle sich die Frage, wie Auftragnehmer die Einhaltung der Normen auf allen Ebenen überprüfen könnten. *Steiner* verweist zunächst auf die Rechtsprechung des EuGH (Urteil v. 04. Dezember 2003, Rs. C-448/01 – Wienstrom), wonach nur als Zuschlagskriterium zulässig sei, was auch nachgeprüft werden könne. Bei Mindeststandards gelte diese Einschränkung jedoch nicht – so könne auch nicht jeder Mord verhindert bzw. aufgeklärt werden, dennoch werde nicht über das Tötungsverbot diskutiert. Die ILO-Kernarbeitsnormen seien Mindeststandards, keine Zuschlagskriterien. Man dürfe die Geltung dieser Normen nicht in Frage stellen, nur weil ihre Einhaltung nicht lückenlos kontrolliert werden könne. Um Kontrollen praktikabel zu gestalten, sei es sinnvoll – so die Vorgehensweise in der Schweiz –, nur die problematischsten Aspekte einer Produktkategorie zu überprüfen. *Solbach* hält das Thema für sehr komplex. Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU, nach dem die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen treffen müssen, „um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch […] die in Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind“, beschränke sich auf die banale Aussage, dass geltendes Recht einzuhalten sei. Wichtig seien andere Vorschriften. Die schärfsten Schwerter seien die Ausschlussgründe, hauptsächlich Art. 57 Abs. 4 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU, der einen Ausschluss erlaube, wenn der öffentliche Auftraggeber „auf geeignete Weise Verstöße gegen geltende Verpflichtungen gemäß Art. 18 Abs. 2 nachweisen“ kann. Die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen sei also mittels Ausschlusses durchsetzbar. Schwierig sei allerdings, einen Verstoß gegen ILO-Kernarbeitsnormen tatsächlich nachzuweisen. Zudem bestünden Unsicherheiten, wie Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU auszulegen sei, etwa der Terminus der „geltenden Verpflichtungen“. Es sei unklar, ob sie im Herkunftsland des Bieters oder im Land der Auftragsvergabe gelten müssten. Auch sei ungeklärt, wie weit der Ausschluss denn reiche, ob also nur der unmittelbare Auftragnehmer ausgeschlossen werden müsse, wie es der Wortlaut der Ausschlussgründe („Wirtschaftsteilnehmer“) nahe lege, oder ob auch nachgeordnete Glieder der Liefer-

kette ausgeschlossen werden müssten. Den besten Weg, die ILO-Kernarbeitsnormen durchzusetzen, sieht *Solbach* in entsprechenden Ausführungsbedingungen. Hierzu gebe es Regelungen in der neuen Vergaberichtlinie. Die Ausführungsbedingungen ermöglichten Vorgaben, die man über Ausschlussgründe, Eignungs- und Zuschlagskriterien nicht erreichen könne. *Schäfer* unterstreicht die bereits von *Solbach* angesprochene Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die Kernarbeitsnormen der ILO. Selbst die Teilnehmer des Kolloquiums seien nicht völlig sicher, ob und welche der Normen gelten. Für Rechtsanwender könne eine Verletzung der Kernarbeitsnormen den Ausschluss vom Vergabeverfahren als schlimmste Sanktion, die einen Bieter treffen könne, nach sich ziehen. *Schäfer* empfiehlt daher, die ILO-Kernarbeitsnormen aus Gründen der Rechtssicherheit in deutsches Recht umzusetzen. Dieser Vorschlag stoße sicherlich nicht bei allen Vertretern des BDI auf Zustimmung, jedoch überwiege die dann gewonnene Rechtssicherheit die Nachteile.