Zu Artikel 3 (Verordnung über die Vergabe von Konzessionen)

Abschnitt 1 (Allgemeine Bestimmungen und Kommunikation)

Unterabschnitt 1 (Allgemeine Bestimmungen)

Zu § 1 (Gegenstand und Anwendungsbereich)

§ 1 regelt Gegenstand und Anwendungsbereich dieser Verordnung. Die Verordnung ist auf alle Konzessionen im Sinne des § 105 GWB anwendbar, die durch Konzessionsgeber im Sinne des § 101 GWB vergeben werden und die dem neuen Teil 4 des GWB unterfallen. Konzessionen, die gemäß §§ 107 bis 109 oder §§ 149 f. vom Anwendungsbereich des Teils 4 des GWB ausgenommen sind, unterfallen nicht dieser Verordnung.

Gemäß § 106 Absatz 1 GWB sind vom Anwendungsbereich solche Konzessionen erfasst, deren Vertragswert ohne Umsatzsteuer den maßgeblichen Schwellenwert im Sinne des § 106 Absatz 2 Nummer 4 GWB erreicht oder überschreitet. Der für Konzessionen maßgebliche Schwellenwert beträgt gemäß Artikel 8 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU und Delegierter Verordnung (EU) 2015/3172 der Europäischen Kommission neu 5 225 000 Euro. Erwägungsgrund 23 der Richtlinie 2014/23/EU hebt hervor, dass die Höhe des für Konzessionen maßgeblichen Schwellenwertes die klare länderübergreifende Bedeutung für Wirtschafteilnehmer widerspiegelt. Dieser Schwellenwert wird von der Kommission gemäß Artikel 9 der Richtlinie 2014/23/EU alle zwei Jahre überprüft und erforderlichenfalls angepasst. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie gibt den geltenden Schwellenwert gemäß § 106 Absatz 3 GWB unverzüglich im Bundesanzeiger bekannt. Im Übrigen ist für die Schätzung des Vertragswertes § 2 dieser Verordnung zu beachten.

Zu § 2 (Berechnung des geschätzten Vertragswertes)

§ 2 dient der Umsetzung von Artikel 8 Absatz 2 bis 6 der Richtlinie 2014/23/EU. Erwägungsgrund 23 der Richtlinie 2014/23/EU stellt klar, dass wegen der Höhe des für Konzessionen maßgeblichen Schwellenwertes von zurzeit 5.225.000 Euro die Methode zur Berechnung des geschätzten Werts einer Konzession durch die Richtlinie 2014/23/EU festgelegt werden müsse und dass diese Methode für Bau- und Dienstleistungskonzessionen gleich sein sollte, da beide Verträge oftmals Aspekte von Bau- und Dienstleistungen erfassen.

Der Berechnung des geschätzten Vertragswertes einer Konzession kommt besondere Bedeutung zu, weil Artikel 8 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU für den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/23/EU ebenso wie § 106 Absatz 1, Absatz 2 Nummer 4 GWB und § 1 Absatz 2 dieser Verordnung voraussetzt, dass der geschätzte Vertragswert den maßgeblichen Schwellenwert erreicht oder überschreitet. Normativ wird dabei die ordnungsgemäße Berechnung des geschätzten Vertragswertes einer Konzession durch den Konzessionsgeber vorausgesetzt, da gemäß Artikel 8 Absatz 4 der Richtlinie 2014/23/EU weder die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Vertragswertes noch die Unterteilung der Konzession zu einer willkürlichen Umgehung des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2014/23/EU führen darf.

Zu Absatz 1

Absatz 1 dient der Umsetzung von Artikel 8 Absatz 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/23/EU. Die Berechnung des geschätzten Vertragswertes der Konzession hat aufgrund einer objektiven Methode zu erfolgen, die in den Vergabeunterlagen im Sinne des § 16 dieser Verordnung anzugeben ist.

Zu Absatz 2

Absatz 2 dient der Umsetzung von Artikel 8 Absatz 4 der Richtlinie 2014/23/EU. Die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Vertragswertes sowie die Unterteilung der Konzession darf insbesondere nicht zu einer willkürlichen Unterschreitung des maßgeblichen Schwel-

lenwertes führen, sodass die Konzession dem Anwendungsbereich des Teils 4 des GWB entzogen wäre.

Zu Absatz 3

Absatz 3 dient der Umsetzung von Artikel 8 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU. Bei der Berechnung des geschätzten Vertragswertes ist von dem voraussichtlichen Gesamtumsatz ohne Umsatzsteuer während der Vertragslaufzeit auszugehen, den der Konzessionsnehmer als Gegenleistung für die Bau- oder Dienstleistungen sowie für damit verbundene Lieferungen erzielt.

Zu Absatz 4

Absatz 4 dient der Umsetzung von Artikel 8 Absatz 3 Satz 2 der Richtlinie 2014/23/EU und enthält eine beispielhafte Auflistung der Elemente, die nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls zur Berechnung des geschätzten Vertragswertes auf der Grundlage des voraussichtlichen Gesamtumsatzes herangezogen werden müssen.

Wie bei öffentlichen Aufträgen gehören zum Wert der Konzession auch der Wert aller etwaigen Optionen und Vertragsverlängerungen (Nummer 1). Bei Konzessionen erschöpft sich anders als bei öffentlichen Aufträgen die Gegenleistung allerdings nicht in einer Zahlung, sondern umfasst vor allem auch die Übertragung des Rechts zur Nutzung des Bauwerks bzw. der Verwertung der Dienstleistung (vgl. § 105 Absatz 1 Nummer 1 und 2 GWB). Hinzuzurechnen sind daher insbesondere die Zahlungen, die der Konzessionsnehmer aus der Verwertung der Dienstleistung oder der Nutzung des Bauwerkes von deren Nutzern erwarten darf (Nummer 2) sowie etwaige Zahlungen des Konzessionsgebers an den Konzessionsnehmer (Nummer 3). Im Übrigen sind alle anderen finanziellen Vorteile, die dem Konzessionsnehmer aufgrund der Konzession vom Konzessionsgeber oder Dritten zufließen, in die Schätzung einzubeziehen (Nummer 4 bis 7).

Zu Absatz 5

Absatz 5 dient der Umsetzung von Artikel 8 Absatz 2 Unterabsatz 2 und 3 der Richtlinie 2014/23/EU. Maßgeblich für die Berechnung des geschätzten Vertragswerts ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Absendung der Konzessionsbekanntmachung oder der anderweitigen Einleitung des Vergabeverfahrens. Beispielhaft wird in Artikel 8 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU für die anderweitige Einleitung des Vergabeverfahrens die Kontaktaufnahme mit Unternehmen im Zusammenhang mit der Konzession angeführt. Ausnahmsweise kommt es für die Schätzung auf den Zeitpunkt des Zuschlags an, wenn der Wert der Konzession zum Vergabezeitpunkt mehr als 20 Prozent über dem zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens geschätzten Wert liegt.

Zu Absatz 6

Absatz 6 setzt Artikel 8 Absatz 5 und Absatz 6 der Richtlinie 2014/23/EU um und regelt die Berechnung des geschätzten Vertragswertes im Falle der Aufteilung einer Konzession in Lose.

Zu § 3 (Laufzeit von Konzessionen)

§ 3 dient der Umsetzung von Artikel 18 der Richtlinie 2014/23/EU.

Zu Absatz 1

Absatz 1 setzt Artikel 18 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU um. Gemäß Absatz 1 Satz 1 ist die Laufzeit von Konzessionen beschränkt, d.h. eine unbeschränkte Laufzeit nicht zulässig. Erwägungsgrund 52 der Richtlinie 2014/23/EU weist darauf hin, dass die Laufzeitbegrenzung den Wettbewerb sicherstellt und einer Marktabschottung entgegenwirkt. Gemäß Absatz 1 Satz 2 schätzen Konzessionsgeber die Laufzeit nach den jeweiligen Anforderungen der Bau- oder Dienstleistungen, die Gegenstand der Konzession sind.

Zu Absatz 2

Absatz 2 Satz 1 setzt Artikel 18 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU um. Bei Konzessionen mit einer Laufzeit von über fünf Jahren darf die Laufzeit nicht länger sein, als der Zeitraum, innerhalb dessen der Konzessionsnehmer nach vernünftigem Ermessen die Investitionsaufwendungen für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen zuzüglich einer Rendite auf das investierte Kapital unter Berücksichtigung der zur Verwirklichung der spezifischen Vertragsziele notwendigen Investitionen wieder erwirtschaften kann. Da eine Baukonzession im Sinne des Artikels 5 Nummer 1 Buchstabe a) der Richtlinie 2014/23/EU im Hinblick auf die Investitionsaufwendungen des Wirtschaftsteilnehmers infolge der Betrauung mit der Erbringung von Bauleistungen nicht nur Investitionsaufwendungen für den Betrieb des Bauwerks, sondern auch für dessen Errichtung und Erhaltung betreffen kann, wird der Wortlaut des Absatzes 2 zur Klarstellung um Investitionsaufwendungen zur Errichtung und Erhaltung des Bauwerks ergänzt. Siehe dazu auch den Erwägungsgrund 52 der Richtlinie 2014/23/EU, in dem der Unionsgesetzgeber ausdrücklich darauf hinweist, dass die Schätzung die zu Beginn und im späteren Verlauf getätigten Investitionen, die voraussichtlich für den Betrieb der Konzession erforderlich sind, umfassen können sollte.

Gemäß Erwägungsgrund 52 der Richtlinie 2014/23/EU sollte die Höchstdauer des Konzessionsvertrags überdies in den Vergabeunterlagen angegeben werden, sofern die Vertragsdauer nicht selbst ein Zuschlagskriterium ist. Erwägungsgrund 52 der Richtlinie 2014/23/EU stellt auch klar, dass die längere Vertragslaufzeit als 5 Jahren durch den Umstand gerechtfertigt wird, dass der Konzessionsnehmer nur auf diese Weise die geplanten Investitionen wieder erwirtschaften und eine Rendite auf das eingesetzte Kapital erzielen kann. Zu den zu berücksichtigenden Investitionen können nach Erwägungsgrund 52 insbesondere Aufwendungen für Infrastruktur, Urheberrechte, Patente, Ausrüstung, Logistik, Anstellung und Schulung von Personal und Anschubkosten gehören. Schließlich verdeutlicht Erwägungsgrund 52, dass es Konzessionsgebern freigestellt ist, Unternehmen eine kürzere Vertragslaufzeit vorzuschlagen, wenn der damit verbundene finanzielle Ausgleich das Betriebsrisiko nicht beseitigt.

Absatz 2 Satz 2 setzt Artikel 18 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU um und stellt klar, dass die für die Schätzung zugrunde zu legenden Investitionsaufwendungen sowohl die zu Anfang als auch die während der Laufzeit der Konzessionen vorzunehmenden Investitionen umfassen.

Absatz 2 Satz 3 konkretisiert die Vorgehensweise bei der Schätzung der Laufzeit der Konzession dahingehend, dass durchschnittliche Investitionsaufwendungen und durchschnittliche Renditen für Konzessionen eines bestimmten Konzessionstyps zugrunde gelegt werden können, soweit es die Besonderheiten des jeweiligen Konzessionstyps rechtfertigen. Auf dieser Grundlage können beispielsweise Erfahrungswerte berücksichtigt werden, die in der Vergangenheit zu Konzessionen eines bestimmten Konzessionstyps gewonnen wurden.

Zu § 4 (Wahrung der Vertraulichkeit)

§ 4 dient der Umsetzung von Artikel 28 und 29 Absatz 2 Satz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU und sieht zur Wahrung vertraulicher Informationen im Vergabeverfahren wechselseitige Pflichten von Konzessionsgebern und Unternehmen vor. Der Unionsgesetzgeber stellt in Erwägungsgrund 60 der Richtlinie 2014/23/EU klar, dass die Nichteinhaltung der Vertraulichkeit zur Anwendung angemessener Sanktionen führen kann, soweit nach dem Zivil- oder Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten der Europäischen Union solche Sanktionen vorgesehen sind.

Zu Absatz 1

Absatz 1 setzt Artikel 28 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU um. Grundsätzlich dürfen Konzessionsgeber keine Informationen weitergeben, die ihnen von Unternehmen übermittelt und von diesen als vertraulich gekennzeichneten wurden. Zu den als vertraulich gekennzeichneten Information fallen nach der Richtlinie in einer nicht abschließender Aufzählung insbesondere technische und handelsbezogene Geschäftsgeheimnisse und die vertraulichen Aspekte des Angebotes. Artikel 28 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU stellt klar, dass dem Vertraulichkeitsgebot die Offenlegung der nicht vertraulichen Aspekte der geschlossenen Ver-

träge und ihrer Änderungen nicht entgegensteht. Die Umsetzung der Richtlinie 2014/23/EU in Absatz 1 greift den Wortlaut von Artikel 28 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU auf und stellt dabei klar, dass das Vertraulichkeitsgebot unter dem Vorbehalt entgegenstehender Vorschriften dieser Verordnung und anderer nationaler Bestimmungen gilt. Zu beachten sind in diesem Zusammenhang etwa die Informationsfreiheitsgesetze des Bundes und der Länder.

Zu Absatz 2

Absatz 2 setzt Artikel 29 Absatz 2 Unterabsatz 2 Satz 1 der Richtlinie 2014/23/EU im Hinblick auf die Integrität und Vertraulichkeit der Daten im Kommunikationsprozess um. Absatz 2 greift zur Klarstellung die Umsetzung des Artikels 21 Absatz 2 Richtlinie 2014/24/EU in § 5 Absatz 2 VgV auf. In beiden Sätzen erfolgt die Klarstellung, dass die Pflicht zur Wahrung der Vertraulichkeit von Teilnahmeanträgen und Angeboten auch die jeweiligen Anlagen umfasst.

Zu Absatz 3

Absatz 3 dient der Umsetzung von Artikel 28 Absatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU. Dieser stellt es Konzessionsgebern frei, Anforderungen an Unternehmen aufzustellen, wie diese vertrauliche Informationen im Vergabeverfahren zu schützen haben. Zu solchen grundlegenden Vorgaben des Konzessionsgebers kann beispielsweise ein Verbot der Weitergabe vertraulicher Informationen gehören.

Zu § 5 (Vermeidung von Interessenkonflikten)

§ 5 dient der Umsetzung von Artikel 35 der Richtlinie 2014/23/EU und greift dabei wie in § 6 der VgV und SektVO die bisherige Regelung des § 16 VgV auf.

Zu Absatz 1

Absatz 1 setzt Artikel 35 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU um. Artikel 35 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU verpflichtet die Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen, zur Gewährleistung der Transparenz des Vergabeverfahrens und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, von Konzessionsgebern zu verlangen, geeignete Maßnahmen zu treffen, um Betrug, Günstlingswirtschaft und Bestechung zu bekämpfen und Interessenkonflikte, die bei der Durchführung von Vergabeverfahren auftreten, wirksam zu verhindern, aufzudecken und zu beheben, siehe auch Erwägungsgrund 61 der Richtlinie 2014/23/EU. Diesen Gestaltungsauftrag setzt § 5 Absatz 1 nach dem Vorbild der bisherigen Regelung in § 16 Vergabeverordnung dahingehend um, dass Organmitglieder und Mitarbeiter von Konzessionsgebern oder eines im Namen der Konzessionsgeber handelnden Beschaffungsdienstleisters, bei denen ein Interessenkonflikt besteht, in einem Vergabeverfahren nicht mitwirken dürfen. Gemäß Artikel 35 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/23/EU dürfen die Maßnahmen der Konzessionsgeber nicht über das hinausgehen, was zur Verhinderung eines potenziellen Interessenkonflikts oder zur Behebung des ermittelten Interessenkonfliktes unbedingt erforderlich ist.

Zu Absatz 2

Absatz 2 setzt Artikel 35 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU um und greift in einer nicht abschließenden Beschreibung verschiedene Sachverhaltskonstellationen auf, bei denen nach der Entscheidung des Unionsgesetzgebers von einem Interessenkonflikt auszugehen ist.

Zu Absatz 3

Absatz 3 überführt den Regelungsgehalt des bisherigen § 16 Absatz 1 Nummer 1 bis 3 VgV zu ausgeschlossenen Personen in diese Verordnung. Absatz 3 bewirkt eine Beweislastumkehr zulasten der Person, für die gemäß Absatz 2 von einem Interessenkonflikt auszugehen ist.

Zu Absatz 4

Absatz 4 überführt die Regelungen des bisherigen § 16 Absatz 2 VgV in diese Verordnung und bestimmt, dass die Vermutung des Absatzes 3 auch zulasten von Personen gilt, deren Angehörige die Voraussetzungen nach Absatz 3 Nummer 1 bis 3 erfüllen.

Zu § 6 (Dokumentation und Vergabevermerk)

§ 6 dient der Umsetzung von Artikel 37 Absatz 5 der Richtlinie 2014/23/EU. Grundlegende Mindestanforderungen an die Dokumentation und die Erstellung eines Vergabevermerks werden dabei aus dem Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge durch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber gemäß Artikel 84 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 100 der Richtlinie 2014/25/EU ergänzt. Dazu zählt auch die Regelung der Mindestaufbewahrungsfrist von drei Jahren ab dem Tag der Vergabe der Konzession. Diese Ergänzung dient einem einheitlichen Vorgehen der Vergabestellen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen.

Zu Absatz 1

Absatz 1 setzt Artikel 37 Absatz 5 der Richtlinie 2014/23/EU um, dem zufolge Konzessionsgeber mit den von ihnen für geeignet erachteten Mitteln für eine angemessene Protokollierung der Phasen des Verfahrens zu sorgen haben. Anders als die deutsche Sprachfassung sprechen die englische und französische Fassung der Richtlinie 2014/23/EU anstelle von „Protokollierung“ von angemessener Aufzeichnung des Vergabeverfahrens („appropriate recording“ bzw. „consignation adéquate“). Auf dieser Grundlage wird für die Umsetzung wie in Artikel 84 der deutschen Fassung der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 100 der deutschen Fassung der Richtlinie 2014/23/EU der Begriff der „Dokumentation“ verwendet. Im Hinblick auf ein einheitliche Dokumentation des Vergabeverfahrens für öffentliche Aufträge und Konzessionen wird die Umsetzung des Artikels 37 Absatz 5 der Richtlinie 2014/23/EU um die grundlegenden Anforderungen an die Dokumentation gemäß Artikel 84 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 100 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU ergänzt. Die Dokumentation ist in Textform nach § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu erstellen.

Zu Absatz 2

Absatz 2 verpflichtet die Konzessionsgeber zur Anfertigung eines Vergabevermerks. Die Richtlinie 2014/23/EU enthält anders als für den Bereich der öffentlichen Aufträge durch öffentliche Auftraggeber gemäß Artikel 84 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU und durch Sektorenauftraggeber gemäß Artikel 100 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU weder eine ausdrückliche Verpflichtung zur Erstellung eines Vergabevermerks noch eine beispielhafte Auflistung von Mindestinhalten. Gemäß Artikel 37 Absatz 5 der Richtlinie 2014/23/EU legt der Konzessionsgeber die von ihm als geeignet erachteten Mittel für die Dokumentation fest. Artikel 37 Absatz 5 setzt jedoch qualitativ voraus, dass der Konzessionsgeber die Phasen des Verfahrens mit den von ihm für geeignet erachteten Mitteln derart angemessen dokumentiert, dass der Transparenzgrundsatz des Artikels 3 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU und eine effektive Nachprüfung des Vergabeverfahrens gemäß der Artikel 46 und 47 der Richtlinie 2014/23/EU sichergestellt ist. Auf dieser Grundlage werden im Sinne eines einheitlichen Vorgehens der Vergabestellen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen grundlegende Anforderungen an die Erstellung des Vergabevermerks gemäß Artikel 84 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 100 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU in Absatz 2 der Verordnung überführt. Inhaltlich orientiert sich der Wortlaut des Absatzes 2 der Verordnung am Vorbild des § 43 VSVgV und der bisherigen Vorgaben in §§ 24 EG VOL/A, § 20 EG VOB/A sowie § 12 VOF. Der Vergabevermerk ist in Textform nach § 126b BGB zu erstellen.

Zu Absatz 3

Absatz 3 stellt im Einklang mit Artikel 37 Absatz 5 der Richtlinie 2014/23/EU („unter Einhaltung des Artikel 28 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU“) klar, dass die Dokumentation, der Vergabevermerk sowie die Teilnahmeanträge und Angebote einschließlich ihrer Anlagen vertraulich zu behandeln sind. Weiterhin müssen Konzessionsgeber nach dem Vorbild des § 8 Absatz 4 VgV, der Artikel 84 Absatz 2 Satz 3 der Richtlinie 2014/24/EU umsetzt, die Dokumentation, den Vergabevermerk sowie die Teilnahmeanträge und Angebote einschließlich ihrer Anlagen für mindestens drei Jahre ab dem Tag des Zuschlags aufbewahren. Dabei handelt es sich um eine Mindestfrist. Überschreitet die Laufzeit des Vertrages diese drei Jahre, ist eine längere Aufbewahrung angezeigt.

Zu Absatz 4

Absatz 4 stellt im Einklang mit Artikel 37 Absatz 5 der Richtlinie 2014/23/EU („unter Einhaltung des Artikel 28 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU“) klar, dass die Vorgaben des § 4 zur Wahrung der Vertraulichkeit unberührt bleiben. Diese Klarstellung betrifft in der Sache nicht nur den Regelungsgehalt des § 4 Absatz 1, der Artikel 28 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU umsetzt, sondern auch die weiteren in § 4 geregelten Vertraulichkeitstatbestände, sodass der Verweis auf § 4 dieser Verordnung insgesamt erstreckt wird.

Unterabschnitt 2 (Kommunikation)

Zu § 7 (Grundsätze der Kommunikation)

§ 7 dient der Umsetzung von Artikel 29 der Richtlinie 2014/23/EU. Die Richtlinie 2014/23/EU sieht anders als die Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU keine grundsätzliche Verpflichtung zur elektronischen Kommunikation vor. Die Verwendung elektronischer Mittel ist gemäß Artikel 33 Absatz 2 und Artikel 34 der Richtlinie 2014/23/EU lediglich für die Veröffentlichung der Bekanntmachungen und die elektronische Verfügbarkeit der Vergabeunterlagen vorgesehen. Artikel 29 Absatz 1 Unterabsatz 2 sieht ausdrücklich vor, dass die Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Verwendung elektronischer Mittel generell für das Vergabeverfahren verbindlich vorschreiben dürfen. Im Einzelnen führt der Unionsgesetzgeber in Erwägungsgrund 74 der Richtlinie 2014/23/EU aus, dass elektronische Informations- und Kommunikationsmittel die Bekanntmachung von Konzessionen erheblich vereinfachen und Effizienz, Schnelligkeit und Transparenz der Vergabeverfahren steigern können. Weiterhin hebt der Unionsgesetzgeber hervor, dass elektronische Informations- und Kommunikationsmittel zum Standard für Kommunikation und Informationsaustausch im Rahmen von Vergabeverfahren werden könnten, da sie die Möglichkeiten von Wirtschaftsteilnehmern zur Teilnahme an Vergabeverfahren im gesamten Binnenmarkt stark verbessern. Auf dieser Grundlage wird im Sinne einer effizienten Abwicklung des Vergabeverfahrens und einheitlicher Vorgaben für die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen der Grundsatz der elektronischen Kommunikation entsprechend Artikel 22 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 40 der Richtlinie 2014/25/EU in diese Verordnung überführt. Da Konzessionsgeber entweder öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber sind und in den Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU die Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel bereits verbindlich vorgeschrieben wurde sowie von einer Effizienzsteigerung im Vergabeverfahren ausgegangen werden kann, ist auch für Konzessionsgeber durch die Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel eine Minderung des personellen und sachlichen Aufwands zu erwarten. Die Übergangsvorschrift gemäß § 34 dieser Verordnung ist zu beachten.

Zu Absatz 1

Absatz 1 sieht vor, dass Konzessionsgeber und Unternehmen in jedem Stadium eines Vergabeverfahrens grundsätzlich nur elektronische Mittel nutzen. Diese elektronischen Mittel müssen den Anforderungen des § 8 (Anforderungen an die verwendeten elektronischen Mittel) und § 9 (Anforderungen an den Einsatz elektronischer Mittel im Vergabeverfahren) entsprechen. Vorbild der Vorschrift ist die Umsetzung von Artikel 22 Absatz 1 Unterabsatz 1 Satz 1 der Richtlinie 2014/24/EU in § 9 Absatz 1 VgV. Siehe im Einzelnen die Begründung zu § 9 Absatz 1 VgV.

Zu Absatz 2

Absatz 2 sieht vor, dass die Kommunikation mündlich erfolgen kann, wenn sie nicht die Vergabeunterlagen, die Teilnahmeanträge oder die Angebote betrifft und ausreichend und in geeigneter Weise dokumentiert wird. Vorbild der Vorschrift ist die Umsetzung von Artikel 22 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU in § 9 Absatz 2 VgV. Mündlich in diesem Sinne ist auch die Kommunikation per Telefon. Die ausreichende Dokumentation ist notwendig, um dem Gebot der Transparenz angemessen zu entsprechen und somit überprüfen zu können, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Unternehmen gewahrt wurde.

Bei der Dokumentation der mündlichen Kommunikation mit Bietern, die einen Einfluss auf Inhalt und Bewertung von deren Angebot haben könnte, ist in besonderem Maße darauf zu achten,

dass in hinreichendem Umfang und in geeigneter Weise dokumentiert wird. Der hinreichende Umfang und die geeignete Weise sind beispielsweise sichergestellt durch Niederschrift der mündlichen Kommunikation oder durch Tonaufzeichnung der mündlichen Kommunikation oder durch Zusammenfassung in Textform nach § 126b BGB der wichtigsten Inhalte der mündlichen Kommunikation.

Zu Absatz 3

Absatz 3 legt nach dem Vorbild von § 9 Absatz 3 VgV fest, dass Konzessionsgeber von jedem Unternehmen die Angabe einer eindeutigen Unternehmensbezeichnung sowie einer elektronischen Adresse (von Unternehmen mit Sitz in Deutschland etwa eine DE-Mail-Adresse) verlangen können (Registrierung). Die Bekanntmachung und die Vergabeunterlagen müssen jedem Interessierten ohne Angabe einer Unternehmensbezeichnung und einer elektronischen Adresse möglich sein. Die Registrierung darf von Konzessionsgebern ausschließlich dazu verwendet werden, Daten mithilfe elektronischer Mittel an die Unternehmen zu übermitteln. Außerdem können Konzessionsgeber diese Angaben nutzen, um Unternehmen, auch jene, die bislang keinen Teilnahmeantrag eingereicht oder kein Angebot abgegeben haben, über Änderungen des Vergabeverfahrens zu informieren oder um sie darauf aufmerksam zu machen, dass Fragen von Unternehmen zum Vergabeverfahren beantwortet wurden und auf welchem Wege von den Antworten Kenntnis erlangt werden kann.

Zu § 8 (Anforderungen an die verwendeten elektronischen Mittel)

§ 8 regelt nach dem Vorbild des § 10 VgV die Anforderungen an die verwendeten elektronischen Mittel. § 10 VgV setzt unter anderem Vorgaben des Anhangs IV der Richtlinie 2014/24/EU um. Grundlage für die Regelung in der Konzessionsvergabeverordnung ist die verbindliche Vorgabe elektronischer Kommunikationsmittel im Vergabeverfahren gemäß § 7 dieser Verordnung.

Zu Absatz 1

Die Konzessionsgeber legen das erforderliche Sicherheitsniveau für die elektronischen Mittel, die in den verschiedenen Phasen des Vergabeverfahrens genutzt werden sollen, fest. Zuvor sollen die Konzessionsgeber die Verhältnismäßigkeit zwischen einerseits den Anforderungen an die Sicherstellung einer sachlich richtigen, zuverlässigen Identifizierung eines Senders von Daten sowie an die Unversehrtheit der Daten und anderseits den Gefahren abwägen, die zum Beispiel von Daten ausgehen, die aus einer nicht sicher identifizierbaren Quelle stammen oder die während der Übermittlung verändert wurden. Von Unternehmen mit Sitz in Deutschland kann etwa eine DE-Mail-Adresse verlangt werden. Mit DE-Mail steht ein einfaches und nutzerfreundliches Instrument zur Verfügung, um eine zuverlässige Identifizierung eines Senders von Daten sowie die Unversehrtheit der Daten sicherzustellen.

§ 8 Absatz 1 richtet sich am Vorbild des § 10 Absatz 1 VgV aus, der Anhang IV der Richtlinie 2014/24/EU umsetzt. Im Einzelnen werden die Kriterien aufgeführt, denen elektronische Mittel entsprechen müssen.

Zu Absatz 2

Absatz 2 richtet sich am Vorbild des § 10 Absatz 2 VgV aus. Die Vorschrift schreibt eine einheitliche Datenaustauschschnittstelle und die jeweils geltenden IT-Interoperabilitäts- und IT-Sicherheitsstandards der Bundesregierung verbindlich zur Verwendung vor. Es handelt sich hierbei um Standards gemäß § 3 Absatz 1 des Vertrages über die Errichtung des IT-Planungsrates und über die Grundlagen der Zusammenarbeit beim Einsatz der Informationstechnologie in den Verwaltungen von Bund und Ländern – Vertrag zur Ausführung von Artikel 91c des Grundgesetzes vom 01.04.2010. Eine solche einheitliche Datenaustauschschnittstelle ist beispielsweise XVergabe.

Dies ist erforderlich, um die verschiedenen E-Vergabe- und Bedienkonzeptsysteme mit einem Mindestmaß an Kompatibilität und Interoperabilität auszustatten. Dadurch soll insbesondere vermieden werden, dass Unternehmen gezwungen sind, für jede von Konzessionsgebern ver-

wendete E-Vergabelösung/-plattform eine separate EDV-Lösung in ihrer eigenen Programm- und Geräteumgebung einzurichten. Es soll vielmehr auf Unternehmensseite eine einzige elektronische Anwendung genügen, um mit allen von Konzessionsgebern für die Durchführung von Vergabeverfahren genutzten elektronischen Mitteln erfolgreich zu kommunizieren.

Zu § 9 (Anforderungen an den Einsatz elektronischer Mittel im Vergabeverfahren)

§ 9 regelt nach dem Vorbild des § 11 VgV die Anforderungen an die verwendeten elektronischen Mittel. Grundlage ist die verbindliche Vorgabe elektronischer Kommunikationsmittel im Vergabeverfahren gemäß § 7 dieser Verordnung. § 11 VgV setzt unter anderem Vorgaben des Artikel 22 Absatz 1 Unterabsatz 1 Satz 2, Absatz 3 Satz 1 und Absatz 6 Unterabsatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 2014/24/EU um.

Zu Absatz 1

Absatz 1 richtet sich am Vorbild des § 11 Absatz 1 VgV aus, der Artikel 22 Absatz 1 Unterabsatz 1 Satz 2 der Richtlinie 2014/24/EU umsetzt. Kern der Regelung ist die Definition, was unter elektronischen Mitteln zu verstehen ist und welchen allgemeinen Anforderungen elektronische Mittel, die im Rahmen der Durchführung eines Vergabeverfahrens eingesetzt werden, entsprechen müssen. Nicht diskriminierend sind elektronische Mittel dann, wenn sie für alle Menschen, auch für Menschen mit Behinderungen, ohne besondere Erschwernis und grundsätzlich ohne fremde Hilfe zugänglich und nutzbar sind. Allgemein verfügbar sind elektronische Mittel dann, wenn sie für alle Menschen ohne Einschränkung verfügbar sind und bei Bedarf, gegebenenfalls gegen marktübliches Entgelt, erworben werden können. Mit allgemein verbreiteten Geräten und Programmen der Informations- und Kommunikationstechnologie kompatibel sind elektronische Mittel dann, wenn jeder Bürger und jedes Unternehmen die in privaten Haushalten oder in Unternehmen üblicherweise verwendeten Geräte und Programme der Informations- und Kommunikationstechnologie nutzen kann, um sich über Vergabeverfahren zu informieren oder an öffentlichen Vergabeverfahren teilzunehmen.

Aus dem Wortlaut ergibt sich, dass die elektronischen Mittel kein Unternehmen hinsichtlich seiner Teilnahme an einem Vergabeverfahren einschränken dürfen. Unternehmen werden diesbezüglich nicht schon deshalb eingeschränkt, weil ein Konzessionsgeber die maximale Größe von Dateien festlegt, die im Rahmen eines Vergabeverfahrens an ihn gesendet werden können.

Bei der Ausgestaltung der verwendeten elektronischen Mittel ist der Barrierefreiheit nach § 4 des Behindertengleichstellungsgesetzes in angemessener Form Rechnung zu tragen. Das heißt, dass beispielsweise die besonderen Belange Gehörloser oder Blinder bei der Gestaltung elektronischer Vergabeplattformen zu berücksichtigen sind. Es geht darum, elektronische Umgebungen so zu gestalten, dass niemand von der Nutzung ausgeschlossen ist und sie von allen gleichermaßen genutzt werden können. Die verwendeten, barrierefreien Lösungen sollen auf eine möglichst allgemeine, breite Nutzbarkeit abgestimmt werden.

Zu Absatz 2

Absatz 2 richtet sich am Vorbild des § 11 Absatz 2 VgV aus, der Artikel 22 Absatz 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/24/EU umsetzt. Während des gesamten Vergabeverfahrens obliegt es dem Konzessionsgeber, die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit aller verfahrensbezogenen Daten sicherzustellen. Echtheit bezeichnet dabei die Authentizität der Daten. Die Datenquelle beziehungsweise der Sender muss zweifelsfrei nachgewiesen werden können.

Zu Absatz 3

Absatz 3 richtet sich am Vorbild des § 11 Absatz 3 VgV aus, der Artikel 22 Absatz 6 Unterabsatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 2014/24/EU umsetzt, dem zufolge die Konzessionsgeber den Unternehmen alle notwendigen Daten über die verwendeten elektronischen Mittel, für die Einreichung von Teilnahmeanträgen und Angeboten mithilfe elektronischer Mittel, einschließlich Verschlüsselung und Zeitstempelung, zugänglich machen müssen.

Zu § 10 (Einsatz alternativer elektronischer Mittel bei der Kommunikation)

§ 10 regelt nach dem Vorbild des § 12 VgV den Einsatz alternativer elektronischer Mittel bei der Kommunikation. § 12 VgV setzt Vorgaben der Artikel 22 Absatz 5 der Richtlinie 2014/24/EU um. Grundlage ist die verbindliche Vorgabe elektronischer Kommunikationsmittel im Vergabeverfahren gemäß § 7 dieser Verordnung.

In Ausnahmefällen ist es Konzessionsgebern gestattet, Vergabeverfahren mithilfe alternativer elektronischer Mittel durchzuführen. Alternative elektronische Mittel sind solche, die nicht für alle Unternehmen ohne Einschränkung verfügbar sind und die nicht bei Bedarf, gegebenenfalls gegen marktübliches Entgelt, von allen Unternehmen erworben werden können. Hiervon erfasst sind zum einen Vergabeverfahren, bei denen es zum Schutz besonders sensibler Daten erforderlich ist, elektronische Mittel zu verwenden, die nicht allgemein verfügbar sind. Zum anderen sind Vergabeverfahren erfasst, in denen Daten übermittelt werden müssen, deren Übermittlung aus anderen als Sicherheitsgründen nicht mit allgemein verfügbaren elektronischen Mitteln möglich ist. Verwenden Konzessionsgeber im Vergabeverfahren alternative elektronische Mittel, so müssen sie Unternehmen ab dem Datum der Veröffentlichung der Bekanntmachung unter einer Internetadresse unentgeltlich einen uneingeschränkten, vollständigen und direkten Zugang zu diesen alternativen elektronischen Mitteln gewähren. Diese Internetadresse muss in der Bekanntmachung angegeben werden.

Können Konzessionsgeber keinen uneingeschränkten, vollständigen und direkten Zugang zu den verwendeten alternativen elektronischen Mitteln einräumen und beruht das Fehlen eines solchen Zuganges nicht auf dem Verschulden des betreffenden Unternehmens, so müssen sie zu den verwendeten alternativen elektronischen Mitteln anderweitig Zugang gewähren. Konzessionsgeber können beispielsweise Zugang zu den verwendeten alternativen elektronischen Mitteln gewähren, indem sie spezielle sichere Kanäle zur Nutzung vorschreiben, zu denen sie individuellen Zugang gewähren.

Zu § 11 (Allgemeine Verwaltungsvorschriften)

§ 11 gibt der Bundesregierung die Befugnis, Allgemeine Verwaltungsvorschriften zu erlassen, die Regelungen über die für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren zu verwendenden elektronischen Geräte und Programme oder über die einzuhaltenden technischen Standards treffen. Grundlage für diese Ermächtigung ist im Verhältnis zur Bundesverwaltung Artikel 86 GG und im Verhältnis zur Landesverwaltung Artikel 84 Absatz 2 GG. Der Wortlaut des § 11 richtet sich am Vorbild des § 13 VgV aus.

Basisdienste für die elektronische Konzessionsvergabe sind dabei elektronische Systeme und Komponenten, die für die Durchführung von Vergabeverfahren genutzt werden, zum Beispiel elektronische Ausschreibungsplattformen oder Server, die im Zusammenhang mit der Durchführung von Vergabeverfahren zentral zur Verfügung gestellt werden.

Mit dem Kabinettbeschluss zur Optimierung der öffentlichen Beschaffung von 2003 (so genanntes „7-Punkte-Programm“) hat die Bundesregierung frühzeitig elementare Voraussetzungen für eine die gesamte Bundesverwaltung umfassende Einführung der elektronischen Auftragsvergabe geschaffen. Nunmehr ist es dringend erforderlich, gerade auch mit Blick auf die bei der Bundesverwaltung und ebenso in den Ländern und Kommunen zunehmende Zentralisierung beziehungsweise mit Blick auf die Einrichtung entsprechender Dienstleistungszentren, insbesondere Standards verbindlich vorzugeben. Das betrifft beispielsweise Schnittstellenstandards wie die XVergabe.

Abschnitt 2 (Vergabeverfahren)

Unterabschnitt 1 (Allgemeine Verfahrensvorschriften)

Zu § 12 (Allgemeine Grundsätze)

§ 12 dient der Umsetzung von Artikel 30 der Richtlinie 2014/23/EU zu den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens und von Artikel 37 Absatz 6 der Richtlinie 2014/23/EU zu den Verfahrensgarantien. Die wesentlichen Verfahrensvorschriften zur Umsetzung der Artikel 3, 30, 32 und 37 der Richtlinie 2014/23/EU wurden bereits in den Teil 4 des GWB überführt, siehe insbesondere § 97 Absatz 1 und 2 und § 151 GWB. Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU hebt hervor, dass Konzessionsgeber alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und in nichtdiskriminierender Weise behandeln und in ihrem Handeln Transparenz und Verhältnismäßigkeit wahren. Der Unionsgesetzgeber betont in Erwägungsgrund 68 der Richtlinie 2014/23/EU weiterhin, dass dem Konzessionsgeber vorbehaltlich der Einhaltung der Richtlinie, der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung bei der Festlegung und Durchführung des Verfahrens zur Auswahl des Konzessionsnehmers ein großer Spielraum gelassen werden sollte.

Zu Absatz 1

Zur Klarstellung gibt Absatz 1 Satz 1 den Inhalt des Artikels 30 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU wieder, der als wesentlicher allgemeiner Grundsatz bereits in § 151 Satz 3 des GWB umgesetzt wurde. Nach Maßgabe der im Teil 4 des GWB enthaltenen Vorschriften zum Konzessionsvergabefahren (siehe insbesondere § 97 Absatz 1 und 2 und § 151) und der weiteren Konkretisierung in dieser Verordnung dürfen Konzessionsgeber das Verfahren zur Vergabe von Konzessionen frei ausgestalten. Dabei stellt § 12 Absatz 1 Satz 2 klar, dass sich Konzessionsgeber an den Vorschriften der VgV zum Ablauf des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb ausrichten können. Hintergrund ist, dass in der Praxis Konzessionsgeber in der Vergangenheit bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zugrunde gelegt haben.

Zu Absatz 2

Absatz 2 Satz 1 stellt klar, dass Konzessionsgeber das Vergabeverfahren als einstufiges Verfahren oder als zweistufiges Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb durchführen können, vergleiche zum Beispiel Artikel 39 Absatz 3 und 4 der Richtlinie 2014/23/EU. § 12 Absatz 2 Satz 2 und 3 setzt Artikel 37 Absatz 6 der Richtlinie 2014/23/EU um. Aus Artikel 37 Absatz 6 folgt, das anders als bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Verhandlungen auch im Rahmen einer einstufigen Ausgestaltung des Vergabeverfahrens geführt werden dürfen, soweit nicht der Konzessionsgegenstand, die Zuschlagskriterien und die Mindestanforderungen geändert werden.

Zu Absatz 3

Absatz 3 setzt Artikel 30 Absatz 2 Satz 2 der Richtlinie 2014/23/EU um. Konzessionsgeber dürfen Bewerber oder Bieter bei der Weitergabe von Informationen nicht diskriminieren. Die Verfahrensgrundsätze des Artikel 30 Absatz 2 Satz 1 in Verbindung mit Artikel 3 der Richtlinie 2014/23/EU (Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit) wurden als wesentliche Vorschriften zum Vergabeverfahren bereits in § 97 Absatz 1 und 2 GWB überführt.

Zu § 13 (Verfahrensgarantien)

§ 13 dient der Umsetzung der in Artikel 37 Absatz 1 bis 4 der Richtlinie 2014/23/EU vorgesehenen wesentlichen Garantien für das Konzessionsvergabeverfahren in einer gesonderten Vorschrift dieser Verordnung.

In Erwägungsgrund 68 der Richtlinie 2014/23/EU stellt der Unionsgesetzgeber klar, dass Konzessionen in der Regel langfristige, komplexe Vereinbarungen sind, bei denen der Konzessionsnehmer Verantwortlichkeiten und Risiken übernimmt, die üblicherweise vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber getragen werden und normalerweise in dessen Zuständigkeit fallen. Der Unionsgesetzgeber stellt weiterhin klar, dass dem Konzessionsgeber vorbehaltlich der Einhaltung dieser Richtlinie und der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung bei der Festlegung und Durchführung des Verfahrens zur Auswahl des Konzessionsnehmers ein großer Spielraum gelassen wird. Um jedoch Gleichbehandlung und Transparenz

während des gesamten Vergabeverfahrens sicherzustellen, sollten grundlegende Garantien in Bezug auf das Vergabeverfahren vorgeschrieben werden. Zu diesen grundlegenden Garantien gehören nach den Ausführungen des Unionsgesetzgebers in Erwägungsgrund 68 die Information über Art und Umfang der Konzession, eine Beschränkung der Bewerberzahl, die nichtdiskriminierende Weitergabe von Informationen an Bewerber und Bieter sowie die Verfügbarkeit geeigneter Aufzeichnungen im Rahmen der Dokumentationspflicht.

Die Anforderungen des Artikels 37 Absatz 5 und 6 wurden im jeweiligen sachlichen Zusammenhang in § 6 und § 12 Absatz 2 Satz 2 und 3 umgesetzt.

Zu Absatz 1

Absatz 1 setzt die Vorgaben des Artikels 37 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU um. Konzessionen werden auf der Grundlage der von den Konzessionsgebern festgelegten Zuschlagskriterien vergeben, sofern die in Artikel 37 Absatz 1 Buchstabe a) bis c) genannten Anforderungen erfüllt sind. Dazu gehören Mindestanforderungen gemäß Artikel 37 Absatz 1 Buchstabe a), die Konzessionsgeber festlegen können und die zum Beispiel gemäß Artikel 37 Absatz 1 Unterabsatz 2 technische, physische, funktionelle und rechtliche Bedingungen und Merkmale umfassen, die jedes Angebot erfüllen bzw. aufweisen sollte. Weiterhin muss der Bieter gemäß Artikel 37 Absatz 1 Buchstabe b) die Teilnahmebedingungen erfüllen und darf gemäß Artikel 37 Absatz 1 Buchstabe c) nicht von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen sein. Der Begriff der „Teilnahmebedingungen“ umfasst gemäß dem nicht abschließenden Katalog in Anhang V Nummer 7 Buchstabe a) bis c) der Richtlinie 2014/23/EU Anforderungen, die Konzessionsgeber an Bewerber oder Bieter im Vergabeverfahren stellen können. Dazu gehören neben der Erfüllung der Eignungskriterien (Buchstabe c) die Möglichkeit, die Konzession geschützten Werkstätten vorzubehalten oder die Ausführung nur im Rahmen von Programmen für geschützte Beschäftigungsverhältnisse vorzusehen (Buchstabe a) oder die Erbringung der Dienstleistung aufgrund von Rechts- und Verwaltungsvorschriften einem bestimmten Berufsstand vorzubehalten (Buchstabe b).

Zu Absatz 2

Absatz 2 Nummer 1 und 2 setzt die Vorgaben des Artikel 37 Absatz 2 Buchstabe a) und b) der Richtlinie 2014/23/EU zu den grundlegenden Angaben um, welche Konzessionsgeber in der Konzessionsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen zu erteilen haben.

Dazu gehören gemäß Absatz 2 Nummer 1 die Beschreibung der Konzession und die Angabe der Teilnahmebedingungen in der Konzessionsbekanntmachung. Zum Begriff der Teilnahmebedingungen siehe die Begründung zu Absatz 1 oben.

Gemäß Absatz 2 Nummer 2 sind Konzessionsgeber auch verpflichtet, die Zuschlagskriterien und die gegebenenfalls vorgeschriebenen Mindestanforderungen im Sinne des Artikel 37 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe a) und Unterabsatz 2 in der Konzessionsbekanntmachung, der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in den Vergabeunterlagen anzugeben. Siehe zu den Zuschlagskriterien auch § 31 Absatz 1 und Anhang V Nummer 9 der Richtlinie 2014/23/EU zu den erforderlichen Angaben der Konzessionsbekanntmachung („Zuschlagskriterien, soweit nicht in anderen Vergabeunterlagen genannt.“). Die Umsetzung von Artikel 37 Absatz 2 Buchstabe b) der Richtlinie 2014/23/EU orientiert sich an der englischen und französischen Sprachfassung.

Zu Absatz 3

Absatz 3 setzt die in Artikel 37 Absatz 4 der Richtlinie 2014/23/EU festgelegten Verfahrensgarantien um. Konzessionsgeber sind verpflichtet, den Teilnehmern an einem Vergabeverfahren einen Organisations- und Zeitplan des Vergabeverfahrens einschließlich eines unverbindlichen Schlusstermins zu übermitteln. Darüber hinaus müssen Konzessionsgeber sämtliche Änderungen allen Teilnehmern mitteilen und müssen diese – sofern Inhalte der Konzessionsbekanntmachung betroffen sind – bekanntmachen.

Zu Absatz 4

Absatz 4 setzt Artikel 37 Absatz 3 der Richtlinie 2014/23/EU um, dem zufolge Konzessionsgeber die Zahl der Bewerber oder der Angebote begrenzen dürfen, sofern dies anhand objektiver Kriterien und in transparenter Weise geschieht und die Zahl ausreichend hoch ist, um einen echten Wettbewerb sicherzustellen. Der Wortlaut der Vorschrift („dass der Wettbewerb gewährleistet ist“) ist an § 51 Absatz 2 VgV ausgerichtet.

Zu § 14 (Umgehungsverbot)

§ 14 dient der Umsetzung von Artikel 3 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU und stellt ein grundlegendes Umgehungsverbot auf, dessen Beachtung vollumfänglich gerichtlich überprüfbar ist. § 14 betrifft die Konzeption des gesamten Verfahrens, einschließlich der Berechnung des Schwellenwertes, für die darüber hinaus ein gesondertes Missbrauchsverbot gemäß § 2 Absatz 2 gilt.

Unterabschnitt 2 (Vorbereitung des Vergabeverfahrens)

Zu § 15 (Leistungsbeschreibung)

§ 15 dient der Umsetzung des Artikels 36 der Richtlinie 2014/23/EU. Die wesentlichen Vorgaben zur Leistungsbeschreibung wurden bereits in § 152 Absatz 1 in Verbindung mit § 121 Absatz 1 und 3 GWB umgesetzt. Der Unionsgesetzgeber verdeutlicht in Erwägungsgrund 67 der Richtlinie 2014/23/EU, dass die technischen und funktionellen Anforderungen in den Vergabeunterlagen dargelegt werden und mit den Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung im Einklang stehen sollten. Der Wortlaut des § 15 orientiert sich im Einklang mit Artikel 36 der Richtlinie 2014/23/EU an § 31 VgV.

Zu Absatz 1

Absatz 1 gibt die grundlegenden Vorgaben an die Leistungsbeschreibung gemäß § 152 Absatz 1 in Verbindung mit § 121 Absatz 1 und 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen wieder. Absatz 1 Satz 1 setzt Artikel 36 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU um. Vorbild zu Absatz 1 Satz 2 ist § 31 Absatz 1 VgV, der Artikel 42 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU umsetzt. Der Unionsgesetzgeber hebt in Erwägungsgrund 67 der Richtlinie 2014/23/EU hervor, dass die technischen und funktionellen Anforderungen es erlauben müssen, die Konzession in einem wettbewerblichen Verfahren zu vergeben.

Zu Absatz 2

Absatz 2 setzt Artikel 36 Absatz 1 Unterabsatz 1 und 2 Satz 1 der Richtlinie 2014/23/EU nach dem Vorbild von § 32 Absatz 3 VgV um. Artikel 36 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU hebt hervor, dass in den technischen und funktionellen Anforderungen die für die vertragsgegenständlichen Bau- oder Dienstleistungen geforderten Merkmale festgelegt werden. Damit trägt die Konzessionsrichtlinie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung, der in § 15 Absatz 2 Satz 1 weiter konkretisiert wird. Die ausnahmsweise nach Artikel 36 Absatz 1 Unterabsatz 2 Satz 1 Richtlinie 2014/23/EU zulässige Berücksichtigung des spezifischen Prozesses oder der spezifischen Methode zur Herstellung oder Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen oder eines anderen Stadiums im Lebenszyklus des Gegenstandes der Konzession einschließlich der Produktions- und Lieferkette setzt voraus, dass soziale, umweltbezogene und Kriterien der Qualität und Innovation überhaupt in die Leistungsbeschreibung eingehen dürfen. Auf dieser Grundlage wird diese Klarstellung ausdrücklich in § 15 Absatz 2 Satz 1 übernommen.

Darüber hinaus hebt der Unionsgesetzgeber in Artikel 36 Absatz 1 Unterabsatz 2 Satz 2 im Rahmen einer beispielhaften Auflistung hervor, dass die Merkmale der Leistungsbeschreibung beispielsweise Qualitätsstufen, Umwelt- und Klimaleistungsstufen, „Design für Alle“ (einschließlich des Zugangs von Menschen mit Behinderungen) und Konformitätsbewertungsstufen, Leistung, Sicherheit oder Abmessungen des Erzeugnisses, Terminologie, Symbole, Prüfungen und Prüfverfahren, Kennzeichnung und Beschriftung oder Gebrauchsanleitungen umfassen können. Der Unionsgesetzgeber stellt in Erwägungsgrund 66 der Richtlinie 2014/23/EU klar, dass Kon-

zessionsgeber solche sozialen Anforderungen vorsehen können, die die betreffende Ware oder die betreffende Dienstleistung unmittelbar charakterisieren, wie das Kriterium der Barrierefreiheit für Menschen mit Behinderungen oder das Kriterium „Design für Alle“. Darüber hinaus verdeutlicht der Unionsgesetzgeber in Erwägungsgrund 67 der Richtlinie 2014/23/EU, dass zum spezifischen Erzeugungsprozess auch Anforderungen an die Barrierefreiheit für Menschen mit Behinderungen oder an Umweltleistungsstufen gehören könnten.

Zu Absatz 3

Absatz 3 setzt Artikel 36 Absatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU um. Siehe dazu auch die Ausführungen des Unionsgesetzgebers in Erwägungsgrund 67, der darauf hinweist, dass die Leistungsbeschreibung im Einklang mit den Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung so abgefasst sein sollte, dass der Wettbewerb vor allem nicht dadurch künstlich eingeengt wird, dass die Anforderungen genau den wesentlichen Merkmalen der von einem betreffenden Wirtschaftsteilnehmer üblicherweise angebotenen Lieferungen, Dienstleistungen oder Bauleistungen entsprechen. Nach den Ausführungen des Unionsgesetzgebers sollten Angebote über Bau- oder Dienstleistungen, einschließlich der damit verbundenen Lieferungen, die den geforderten Merkmalen in gleichwertiger Weise entsprechen, daher von dem Konzessionsgeber in jedem Fall in Betracht gezogen werden.

Zu Absatz 4

Absatz 4 setzt Artikel 36 Absatz 3 der Richtlinie 2014/23/EU um.

Zu § 16 (Vergabeunterlagen)

§ 16 dient der Umsetzung der Definition der Vergabeunterlagen gemäß Artikel 5 Nummer 12 der Richtlinie 2014/23/EU in die Konzessionsvergabeverordnung. § 16 übernimmt die Definition des Artikels 5 Nummer 12 der Richtlinie 2014/23/EU und berücksichtigt auch die Vorgabe des Artikel 36 Absatz 1 Satz 2 der Richtlinie 2014/23/EU, dem zufolge die Festlegung der geforderten Merkmale der vertragsgegenständlichen Bau- oder Dienstleistung durch die Leistungsbeschreibung in die Vergabeunterlagen aufzunehmen ist.

Zu § 17 (Bereitstellung der Vergabeunterlagen)

§ 17 dient der Umsetzung von Artikel 34 Absatz 1 und 2 der Richtlinie 2014/23/EU.

Zu Absatz 1

Absatz 1 setzt Artikel 34 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU um. Vorbild ist die Umsetzung von Artikel 53 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU in § 41 Absatz 1 VgV. Siehe im Einzelnen die Begründung zu § 41 Absatz 1 VgV.

Zu Absatz 2

Absatz 2 setzt Artikel 34 Absatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU um.

Zu § 18 (Zusätzliche Auskünfte zu den Vergabeunterlagen)

§ 18 dient der Umsetzung von Artikel 34 Absatz 3 der Richtlinie 2014/23/EU.

Unterabschnitt 3 (Bekanntmachungen)

Zu § 19 (Konzessionsbekanntmachung)

§ 19 dient der Umsetzung von Artikel 31 der Richtlinie 2014/23/EU. In dieser Vorschrift wird im Hinblick auf den in Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU vorgesehenen und in § 97 Absatz 1 Satz 1 sowie § 151 Satz 1 GWB umgesetzten Grundsatz der Transparenz des Vergabe-

verfahrens die Pflicht für Konzessionsgeber geregelt, ihre Absicht der Konzessionsvergabe europaweit öffentlich bekanntzugeben. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hebt in Erwägungsgrund 50 der Richtlinie 2014/23/EU hervor, dass der Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen, die den EU-Schwellenwert erreichen oder überschreiten, zwingend eine Konzessionsbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vorausgehen muss. Ergänzend siehe auch die Verfahrensgarantien in § 13 Absatz 2 dieser Verordnung.

Zu Absatz 1

Absatz 1 setzt Artikel 31 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU um. Grundsätzlich werden Vergabeverfahren durch eine europaweite öffentliche Bekanntmachung der Konzessionsvergabeabsicht in Gang gesetzt. Ausnahmen rechtfertigen die in § 20 dieser Verordnung abschließend festgelegten Fälle zu Bau- oder Dienstleistungskonzessionen, in denen Konzessionsgeber auf eine Bekanntmachung verzichten können, sowie die Bekanntmachung einer Vorinformation gemäß § 22 Absatz 1 zu Konzessionen, die soziale und andere besondere Dienstleistungen betreffen, weil diese Vorinformation eine Bekanntmachung entbehrlich werden lässt.

Zu Absatz 2

Absatz 2 setzt Artikel 31 Absatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU um. Die Konzessionsbekanntmachung muss die in Anhang V der Richtlinie 2014/23/EU aufgeführten Informationen und darüber hinaus jede andere vom Konzessionsgeber für sinnvoll erachtete Angabe enthalten.

Zu Absatz 3

Absatz 3 regelt nach dem Vorbild von § 37 Absatz 3 VgV, dass in der Konzessionsbekanntmachung gemäß Anhang V Nummer 11 der Richtlinie 2014/23/EU auch die Angabe der zuständigen Vergabekammer aufzunehmen ist.

Zu § 20 (Ausnahmen von der Konzessionsbekanntmachung)

§ 20 dient der Umsetzung von Artikel 31 Absatz 4 und 5 der Richtlinie 2014/23/EU, in denen die Voraussetzungen festgelegt worden sind, unter denen Konzessionsgeber auf eine europaweite Bekanntmachung ihrer Konzessionsvergabeabsicht verzichten dürfen. Der Unionsgesetzgeber hebt in Erwägungsgrund 51 der Richtlinie 2014/23/EU hervor, dass angesichts der negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb eine Konzessionsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung nur unter sehr außergewöhnlichen Umständen zulässig sein sollte.

Zu Absatz 1

Absatz 1 setzt Artikel 31 Absatz 4 der Richtlinie 2014/23/EU um. In dieser Vorschrift werden abschließend die Voraussetzungen aufgeführt, unter denen Konzessionsgeber auf eine europaweite Veröffentlichung der Konzessionsbekanntmachung verzichten dürfen. Die in Absatz 1 Nummer 1 bis 4 festgelegten Sachverhaltskonstellationen, in denen die Bau- oder Dienstleistung objektiv nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden kann, siehe auch Erwägungsgrund 51 der Richtlinie 2014/23/EU, decken sich mit den in § 14 Absatz 4 Nummer 2 VgV geregelten Fallgruppen, in denen ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden darf. Im Hinblick auf eine unzulässige künstliche Einengung der Parameter der Konzessionsvergabe erläutert der Unionsgesetzgeber ergänzend in Erwägungsgrund 51 der Richtlinie 2014/23/EU, dass das Fehlen der Möglichkeit, die Konzession an einen anderen Wirtschaftsteilnehmer zu vergeben, nicht durch den Konzessionsgeber selbst im Hinblick auf das anstehende Vergabeverfahren herbeigeführt worden sein darf.

Zu Absatz 2

Absatz 2 setzt Artikel 31 Absatz 5 der Richtlinie 2014/23/EU um. In dieser Vorschrift werden abschließend die Voraussetzungen geregelt, unter denen Konzessionsgeber aufgrund eines vorausgegangenen Vergabeverfahrens auf eine erneute europaweite Vergabebekanntmachung verzichten dürfen. Die in § 20 Absatz 2 geregelte Sachverhaltskonstellation deckt sich weitgehend mit dem in § 14 Absatz 4 Nummer 1 VgV geregelten Fall, in dem ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden darf.

Zu § 21 (Vergabebekanntmachung, Bekanntmachung über Änderung einer Konzession)

§ 21 dient der Umsetzung der in Artikel 32 der Richtlinie 2014/23/EU geregelten Pflichten zur Bekanntmachung des Ergebnisses des Vergabeverfahrens für Bau- und Dienstleistungskonzessionen. Darüber hinaus wird die Pflicht zur Bekanntmachung über Änderungen von Konzessionen festgelegt.

Zu Absatz 1

Absatz 1 setzt die Vorgaben von Artikel 32 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 33 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU zur Vergabebekanntmachung um.

Zu Absatz 2

Absatz 2 setzt Artikel 43 Absatz 1 Unterabsatz 2 in Verbindung mit Artikel 33 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU um. Geregelt wird, wie Änderungen zu Konzessionen, die zwar gemäß § 154 Nummer 3 in Verbindung mit § 132 Absatz 2 Nummer 2 und 3 GWB nicht zum Gegenstand eines neuen Vergabeverfahrens gemacht werden müssen, jedoch gemäß § 132 Absatz 5 europaweit bekanntgegeben werden.

Zu § 22 (Konzessionen, die soziale und andere besondere Dienstleistungen betreffen)

§ 22 dient der Umsetzung der in Artikel 31 Absatz 3 und Artikel 32 der Richtlinie 2014/23/EU vorgesehenen besonderen Bekanntmachungsvorschriften zu Konzessionen zu sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen.

Artikel 19 der Richtlinie 2014/23/EU unterstellt die Vergabe von Konzessionen zur Erbringung sozialer und anderer besonderer Dienstleistungen besonderen Bekanntmachungspflichten und dem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren. Im Übrigen können Konzessionsgeber die Konzessionsvergabe für soziale und andere besondere Dienstleistungen frei gestalten, sind allerdings gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU und im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auch zur Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit verpflichtet.

Bereits auf Ebene des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist durch § 153 angeordnet, dass zur Beachtung dieser Grundsätze auch diejenigen Regelungen angewendet werden müssen, die für die Vergabe allgemeiner Konzessionen gelten. So bestimmt § 153 GWB, dass §§ 151 und 152 GWB Anwendung finden. Ebenso gelten über § 154 GWB einige weitere Vorschriften über das Vergabeverfahren. Grund dafür ist, dass die im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und dieser Verordnung enthaltenen Vorgaben zum Vergabeverfahren ein hohes Maß an Flexibilität bieten, das Konzessionsgeber auch für die Vergabe von Konzessionen, die soziale und andere besondere Dienstleistungen betreffen, angemessen nutzen können. Umgekehrt gewährleisten die Basisvorschriften dieser Verordnung auch für Konzessionen, die soziale und andere besondere Dienstleistungen betreffen, die Vereinbarkeit mit den in Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU festgelegten Grundsatzanforderungen und bieten ein Mindestmaß an Einheitlichkeit und Rechtssicherheit im Vergabeverfahren, das Konzessionsgebern und Bietern gleichermaßen zugute kommt. Dies gilt namentlich im Hinblick auf die Überprüfung des Vergabeverfahren im Nachprüfungsverfahren gemäß Artikel 46 und 47 der Richtlinie 2014/23/EU.

§ 22 regelt daher die besonderen Vorschriften für die Bekanntmachungen von Konzessionen, die soziale und andere besondere Dienstleistungen betreffen, welche auch in der Richtlinie 2014/23/EU speziell geregelt sind. Daneben sind auf Konzessionen, die soziale und andere besondere Dienstleistungen umfassen, alle Vorschriften dieser Verordnung anzuwenden.

Zu Absatz 1

Absatz 1 setzt Artikel 31 Absatz 3 der Richtlinie 2014/23/EU um, dem zufolge Konzessionsgeber die Absicht zur Vergabe einer Konzession zur Erbringung sozialer und anderer besonderer Dienstleistungen durch Veröffentlichung einer Vorinformation bekannt geben.

Zu Absatz 2

Absatz 2 Satz 1 setzt die Vorgaben zur Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung zu Konzessionen, die soziale und andere besondere Dienstleistungen betreffen, gemäß Artikel 32 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 33 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU durch Anwendung des § 21 Absatz 1 um.

Absatz 2 Satz 2 und 3 setzt die Vorgaben des Artikel 32 Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Artikel 33 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU zur Vergabebekanntmachung um, denen zufolge Konzessionsgeber die Vergabebekanntmachungen zu Konzessionen, die soziale und andere besonderen Dienstleistungen betreffen, vierteljährlich zusammenfassen können.

Zu Absatz 3

Absatz 3 verweist für Konzessionsbekanntmachungen und Vergabebekanntmachungen aufgrund Artikel 33 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU auf das Muster gemäß Anhang XX der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2015/1986.

Zu Absatz 4

Absatz 4 setzt die Verpflichtung zur Veröffentlichung der Bekanntmachung über Änderungen einer Konzession um, die aus § 154 Nummer 3 GWB in Verbindung mit § 132 Absatz 5 GWB folgt. Änderungen zu Konzessionen, die zwar gemäß § 154 Nummer 3 in Verbindung mit § 132 Absatz 2 Nummer 2 und 3 GWB nicht zum Gegenstand eines neuen Vergabeverfahrens gemacht werden müssen, sind gemäß § 132 Absatz 5 GWB europaweit bekannt zu machen.

Zu § 23 (Form und Modalitäten der Veröffentlichung von Bekanntmachungen)

§ 23 dient der Umsetzung von Artikel 33 der Richtlinie 2014/23/EU und regelt die Form und Modalitäten der Veröffentlichung von Konzessionsbekanntmachungen, Vorinformationen, Vergabebekanntmachungen und Änderungsbekanntmachungen. Gemäß Artikel 31 der Richtlinie 2014/23/EU („Konzessionsbekanntmachungen“) umfasst der Begriff der „Konzessionsbekanntmachungen“ sowohl die Konzessionsbekanntmachung im Sinne des Artikel 31 Absatz 2 für allgemeine Konzessionen als auch die Bekanntmachung durch Vorinformation im Sinne des Artikel 31 Absatz 3 für Konzessionen, die soziale und andere besondere Dienstleistungen umfassen. Zur Klarstellung greift der Wortlaut des § 23 ausdrücklich den Begriff der „Vorinformationen“ auf.

Zu Absatz 1

Absatz 1 setzt die Vorgaben des Artikel 33 Absatz 2 Satz 1 der Richtlinie 2014/23/EU um, denen zufolge die europaweite Veröffentlichung der Bekanntmachungen durch das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union erfolgt.

Zu Absatz 2

Absatz 2 setzt die Vorgaben des Artikels 33 Absatz 2 Satz 2 der Richtlinie 2014/23/EU zum Nachweis des Konzessionsgebers über die europaweite Veröffentlichung durch das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union um.

Zu Absatz 3

Absatz 3 setzt Artikel 33 Absatz 4 der Richtlinie 2014/23/EU um. Auf nationaler Ebene dürfen Bekanntmachungen frühestens 48 Stunden nach der Bestätigung des Amtes für Veröffentlichungen der Europäischen Union über die Veröffentlichung der übermittelten Informationen veröffentlicht werden. Diese nationalen Veröffentlichungen enthalten das Datum der Übermittlung an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union und im Übrigen nur die Angaben, die in der an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union übermittelten Be-

kanntmachung enthalten sind. Mit Blick auf § 40 Absatz 3 VgV, der Artikel 52 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU umsetzt, wurde die Vorschrift des Absatzes 3 auf Bekanntmachungen zu Änderungen von Konzessionen erweitert, die zwar gemäß § 154 Nummer 3 in Verbindung mit § 132 Absatz 2 Nummer 2 und 3 GWB nicht zum Gegenstand eines neuen Vergabeverfahrens gemacht werden müssen, jedoch gemäß § 132 Absatz 5 GWB europaweit bekanntgegeben werden. In der Sache sollen im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbot (Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU) für Änderungsbekanntmachungen auf nationaler Ebene dieselben Voraussetzungen wie für Bekanntmachungen greifen. Hinsichtlich der Erweiterung des Absatzes 3 um die Vorinformation gemäß Artikel 31 Absatz 3 der Richtlinie 2014/23/EU siehe die Begründung zu § 23 oben.

Unterabschnitt 4 (Auswahlverfahren und Zuschlag)

Zu § 24 (Rechtsform von Unternehmen und Bietergemeinschaften)

§ 24 dient der Umsetzung von Artikel 26 der Richtlinie 2014/23/EU.

Zu Absatz 1

Absatz 1 setzt Artikel 26 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU um.

Zu Absatz 2

Absatz 2 setzt Artikel 26 Absatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU um. Weitere Bedingungen für die Teilnahme von Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern, die für Einzelteilnehmer nicht gelten, darf der Konzessionsgeber nach Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2014/23/EU festlegen, soweit diese durch objektive Gründe gerechtfertigt sind, wie beispielsweise die Ernennung eines gemeinsamen Vertreters oder eines federführenden Gesellschafters für die Zwecke des Vergabeverfahrens oder die Vorlage von Informationen über die Zusammensetzung der Gruppe.

Zu Absatz 3

Absatz 3 setzt Artikel 26 Absatz 3 der Richtlinie 2014/23/EU um. Der Unionsgesetzgeber stellt in Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2014/23/EU klar, dass eine bestimmte Rechtsform für Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern nicht als Voraussetzung für die Teilnahme am Vergabeverfahren gestellt werden darf, sondern – soweit dies erforderlich ist, etwa wenn eine gesamtschuldnerische Haftung verlangt wird –, eine bestimmte Rechtsform nur vorgeschrieben werden darf, wenn einer solchen Gruppe der Zuschlag erteilt wird.

Zu § 25 (Anforderungen an die Auswahl geeigneter Unternehmen; Eignungsleihe)

§ 25 dient der Umsetzung der Vorgaben des Artikels 38 Absatz 1 und 2 der Richtlinie 2014/23/EU mit Blick auf die Festlegung der Eignungskriterien zur Auswahl geeigneter Unternehmen und der Konkretisierung von § 152 Absatz 2 GWB in Verbindung mit § 122 GWB. Die Konzessionsvergabeverordnung unterscheidet zwischen der Festlegung der Eignungskriterien in § 25 und den Belegen für die Eignung und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen in § 26.

Auch der Unionsgesetzgeber hebt in Erwägungsgrund 63 der Richtlinie 2014/23/EU hervor, dass die Auswahl angemessener, nichtdiskriminierender und gerechter Eignungskriterien und ihre Anwendung auf die Wirtschaftsteilnehmer entscheidend ist für den tatsächlichen Zugang zu den mit Konzessionen verbundenen wirtschaftlichen Möglichkeiten und daher festgelegt werden sollte, dass sich die Eignungskriterien ausschließlich auf die berufliche und fachliche Befähigung und die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsteilnehmer beziehen und im Bezug zum Konzessionsgegenstand stehen sollten.

Dagegen umfasst der in Artikel 38 der Richtlinie 2014/23/EU verwendete Begriff der „Teilnahmebedingungen“ gemäß dem nicht abschließenden Katalog in Anhang V Nummer 7 Buchstabe a) bis c) der Richtlinie 2014/23/EU auch weitere Anforderungen, die Konzessionsgeber an Bewerber oder Bieter im Vergabeverfahren stellen können. Dazu gehören neben der Erfüllung der

Eignungskriterien (Buchstabe c) die Möglichkeit, die Konzession geschützten Werkstätten vorzubehalten oder die Ausführung nur im Rahmen von Programmen für geschützten Beschäftigungsverhältnisse vorzusehen (Buchstabe a) oder die Erbringung der Dienstleistung aufgrund von Rechts- und Verwaltungsvorschriften einem bestimmten Berufsstand vorzubehalten (Buchstabe b).

Zu Absatz 1

Absatz 1 Satz 1 setzt Artikel 38 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU mit Blick auf die Festlegung der Eignungskriterien durch Konzessionsgeber um. Konzessionsgeber sind verpflichtet, durch Eignungskriterien die konkreten Anforderungen im Hinblick auf die in § 152 Absatz 2 in Verbindung mit § 122 Absatz 2 GWB abschließend zugelassenen drei Eignungskategorien (Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit, technische und berufliche Leistungsfähigkeit) festzulegen. Im Wortlaut des Artikel 38 Absatz 1 wird der Oberbegriff der Teilnahmebedingungen verwendet. Für die Praxis kommt den Eignungsanforderungen als Unterfall der Teilnahmebedingungen gemäß Anhang V, Nummer 7 Buchstabe c), eine besondere Bedeutung zu. Darüber hinaus greift Absatz 1 Satz 1 aus Gründen der Klarstellung mit Blick auf die Eignungskriterien die Anforderung des Artikel 37 Absatz 2 Buchstabe a) der Richtlinie 2014/23/EU auf, dem zufolge die Teilnahmebedingungen in der Konzessionsbekanntmachung aufzunehmen sind. Ebenfalls aus Gründen der Klarstellung regelt Absatz 1 Satz 2, dass die Eignungskriterien in die Vergabeunterlagen aufzunehmen sind, wenn eine Konzessionsbekanntmachung gemäß § 20 nicht erforderlich ist.

Zu Absatz 2

Absatz 2 setzt die Inhalte des Artikel 38 Absatz 1 Satz 2 der Richtlinie 2014/23/EU um. Die Eignungsanforderungen müssen „in Bezug und angemessenem Verhältnis zu der Notwendigkeit, die Fähigkeit des Konzessionsnehmers, die Konzession in Anbetracht des Konzessionsgegenstands durchzuführen, sicherzustellen, und dem Zweck, echten Wettbewerb zu garantieren, stehen“. Der Wortlaut des Absatzes 2 Nummer 2 („den Wettbewerb zu gewährleisten“) wurde an § 51 Absatz 2 VgV und § 13 Absatz 4 dieser Verordnung ausgerichtet. Ergänzend weist der Unionsgesetzgeber in Artikel 38 Absatz 1 Satz 2 der Richtlinie 2014/23/EU darauf hin, dass die Festlegung der Eignungskriterien im Einklang mit den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und Verhältnismäßigkeit stehen müssen. Diese Anforderung wurde bereits in § 152 Absatz 2 in Verbindung mit § 122 Absatz 4 Satz 1 GWB aufgenommen.

Zu Absatz 3

Absatz 3 Satz 1 und 2 setzt Artikel 38 Absatz 2 Satz 1 und 3 der Richtlinie 2014/23/EU um. Wenn ein Unternehmen die festgelegten Eignungskriterien alleine nicht erfüllen kann, kann es Kapazitäten anderer Unternehmen einbeziehen und damit im Rahmen der Eignungsprüfung beispielsweise eine ausreichende finanzielle Leistungsfähigkeit sicherstellen (Eignungsleihe). Dabei hat der Konzessionsgeber die Möglichkeit, vorzuschreiben, dass die Unternehmen gemeinschaftlich für die Vertragsdurchführung haften.

Zu § 26 (Beleg für die Eignung und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen)

§ 26 dient der Umsetzung von Artikel 38 Absatz 1 und Absatz 2 Satz 2 der Richtlinie 2014/23/EU im Hinblick auf die Belege für die Erfüllung der Eignungskriterien und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen. Diese Verordnung unterscheidet zwischen der Festlegung der Eignungskriterien in § 25 und den Belegen für die Eignung und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen in § 26.

Zu Absatz 1

Absatz 1 setzt Artikel 38 Absatz 1 Satz 1 der Richtlinien 2014/23/EU im Hinblick auf die zugelassenen Belege für die Erfüllung der Eignungskriterien und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen um. Artikel 38 Absatz 1 Satz 1 sieht vor, dass Konzessionsgeber die Prüfung anhand von Eigenerklärungen oder Referenzen, die als Nachweis einzureichen sind, vornehmen. Gemäß § 22 Absatz 2 Satz 1 VSVgV ist unter einer solchen Eigenerklärung zu verstehen,

dass Bewerber oder Bieter ihre Eignung durch die Vorlage einer Erklärung belegen, dass sie die vom Konzessionsgeber verlangten Eignungskriterien erfüllen und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen können. Im Sinne der deutschen Sprachfassung ist der Begriff der „Referenzen“, die als Nachweis einzureichen sind, auch im Vergleich mit der englischen („reference or references to be submitted as proof“) und französischen Sprachfassung („la ou les références à présenter comme preuve“) weit auszulegen und umfasst zum Beispiel auch die Vorlage eines Führungszeugnisses aus dem Bundeszentralregister. Auf dieser Grundlage wird in Absatz 1 anstelle der Formulierung „Referenzen, die als Nachweis einzureichen sind“ der Oberbegriff der „Nachweise“ verwendet, der inhaltlich auch Referenzen umfasst.

Zu Absatz 2

Absatz 2 setzt Artikel 38 Absatz 1 Satz 1 der Richtlinie 2014/23/EU im Hinblick auf die Konzessionsbekanntmachung um. Die Anforderungen zur Erfüllung der Teilnahmebedingungen im Sinne des Artikels 38 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU sind grundsätzlich in der Konzessionsbekanntmachung anzugeben und umfassen auch die Unterlagen, mit denen Unternehmen ihre Eignung und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zu belegen haben. Dabei ist zu beachten, das die Richtlinie 2014/23/EU unter den Oberbegriff der Teilnahmebedingungen die Eignungskriterien fasst, siehe Anhang V, Nummer 7 Buchstabe c).

Zu Absatz 3

Absatz 3 setzt Artikel 38 Absatz 2 Satz 2 um, wonach bei der Inanspruchnahme der Kapazitäten anderer Unternehmen durch den Bewerber oder Bieter zur Erfüllung der Eignungskriterien dieser dem Konzessionsgeber nachweisen muss, dass die erforderlichen Mittel während der gesamten Laufzeit der Konzession zur Verfügung stehen werden. Dies kann insbesondere durch die Vorlage einer entsprechenden Zusage der betreffenden Unternehmen erfolgen.

Zu § 27 (Fristen für den Eingang von Teilnahmeanträgen und Angeboten)

§ 27 dient der Umsetzung von Artikel 39 der Richtlinie 2014/23/EU im Hinblick auf die Anforderungen zur Fristsetzung für den Eingang von Teilnahmeanträgen und Angeboten.

Zu Absatz 1

Absatz 1 setzt Artikel 39 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU um. In Artikel 39 Absatz 1 wird ausdrücklich klargestellt, dass bei der Fristsetzung für den Eingang von Teilnahmeanträgen und Angeboten die Mindestfristen des Artikels 39 zu beachten sind, die in Absatz 3 und Absatz 4 Satz 1 dieser Verordnung umgesetzt wurden.

Zu Absatz 2

Absatz 2 setzt Artikel 39 Absatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU um. In Artikel 39 Absatz 2 wird ausdrücklich klargestellt, dass die Fristsetzung in jedem Fall länger sein muss als die Mindestfristen gemäß Artikel 39 Absatz 3 und 4, umgesetzt in Absatz 3 und Absatz 4 Satz 1 dieser Verordnung.

Zu Absatz 3

Absatz 3 setzt Artikel 39 Absatz 3 der Richtlinie 2014/23/EU um.

Zu Absatz 4

Absatz 4 setzt Artikel 39 Absatz 4 und 5 der Richtlinie 2014/23/EU um. Nach § 28 hat die Einreichung von Angeboten grundsätzlich mit elektronischen Mitteln zu erfolgen. Der Wortlaut des Absatzes 4 Satz 2 („wenn…eingereicht werden“) berücksichtigt, dass Ausnahmen von der Einreichung von Angeboten mit elektronischen Mitteln gemäß § 28 Absatz 2 und 4 zulässig sind.

Zu § 28 (Form und Übermittlung der Teilnahmeanträge und Angebote)

Auf der Grundlage der grundsätzlichen Verpflichtung zur Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel gemäß § 8 dieser Verordnung gibt § 28 folgerichtig auch die grundsätzliche Verpflichtung zur elektronischen Übermittlung von Teilnahmeanträgen und Angeboten vor. Vorbild ist die Umsetzung von Artikel 22 der Richtlinie 2014/24/EU in § 53 VgV. Die Übergangsvorschrift gemäß § 34 dieser Verordnung ist zu beachten.

Zu Absatz 1

Gemäß Absatz 1 haben Bewerber und Bieter ihre Angebote und Teilnahmeanträge mittels elektronischer Mittel in Textform nach § 126b BGB einzureichen. Die Vorschrift richtet sich am Vorbild des § 53 Absatz 1 VgV aus. Siehe im Einzelnen die Begründung zu § 53 Absatz 1 VgV.

Zu Absatz 2

Absatz 2 deckt sich mit der Umsetzung von Artikel 22 Unterabsatz 2 und 3 der Richtlinie 2014/24/EU in § 53 Absatz 2 VgV. Siehe im Einzelnen die Begründung zu § 53 Absatz 2 VgV.

Zu Absatz 3

Absatz 3 deckt sich mit der Umsetzung von Artikel 22 Absatz 6 Unterabsatz 1 Buchstabe b und c und Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU in § 53 Absatz 3 VgV. Siehe im Einzelnen die Begründung zu § 53 Absatz 3 VgV.

Zu Absatz 4

Absatz 4 deckt sich mit der Umsetzung von Artikel 22 Absatz 1 Unterabsatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU in § 53 Absatz 4 VgV. Siehe im Einzelnen die Begründung zu § 53 Absatz 4 der VgV.

Zu § 29 (Prüfung und Aufbewahrung der ungeöffneten Teilnahmeanträge und Angebote)

§ 29 dient der Umsetzung von Artikel 29 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU. § 29 Satz 1 setzt Artikel 29 Absatz 2 Unterabsatz 2 Satz 2 der Richtlinie 2014/23/EU. Artikel 29 Absatz 2 Unterabsatz 2 Satz 1 der Richtlinie 2014/23/EU wird im Hinblick auf die Gewährleistung der Integrität der Daten und der Vertraulichkeit bei der Aufbewahrung der Teilnahmeanträge und Angebote in § 29 Satz 2 umgesetzt. Vergleiche § 54 VgV, der Artikel 22 Absatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU umsetzt.

Zu § 30 (Unterrichtung der Bewerber oder Bieter)

§ 30 dient der Umsetzung von Artikel 40 der Richtlinie 2014/23/EU. Nach dem Vorbild der Richtlinie wird im Hinblick auf die Unterrichtungspflichten des Konzessionsgebers nach den von sich aus mitzuteilenden Informationen und denjenigen unterschieden, die nur auf Anfrage in Textform nach § 126b BGB mitgeteilt werden müssen. Die Mitteilungspflicht besteht unabhängig von der Informationspflicht nach § 134 GWB.

Zu Absatz 1

Absatz 1 setzt Artikel 40 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU um.

Zu Absatz 2

Absatz 2 setzt Artikel 40 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU um und betrifft die Informationen, die der Konzessionsgeber nur auf Anfrage in Textform nach § 126b hinsichtlich der Merkmale und relativen Vorteile des ausgewählten Angebotes an die unterlegenen Bieter zu geben hat.

Zu Absatz 3

Absatz 3 setzt Artikel 40 Absatz 2 der Richtlinie 2014/23/EU um. Der Wortlaut („unverzüglich“) ist an § 62 Absatz 1 VgV ausgerichtet.

Zu § 31 (Zuschlagskriterien)

§ 31 setzt die Inhalte des Artikels 41 der Richtlinie 2014/23/EU um, die nicht als wesentliche Vorschriften in § 152 Absatz 3 GWB überführt worden sind. Der Unionsgesetzgeber hebt in Erwägungsgrund 64 der Richtlinie 2014/23/EU im Hinblick auf die bessere Einbeziehung sozialer und ökologischer Aspekte hervor, dass es Konzessionsgebern gestattet sein sollte, von Zuschlagskriterien Gebrauch zu machen, welche die zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen in jeder Hinsicht und in jeder Phase ihres Lebenszyklus von der Gewinnung der Rohstoffe für die Ware bis zur Entsorgung des Produkts betreffen; hierzu gehören nach dem Erwägungsgrund 62 der Richtlinie 2014/23/EU auch Faktoren, die mit dem konkreten Prozess der Erzeugung, Bereitstellung oder Handel mit der betreffenden Bau- oder Dienstleistungen oder einem konkreten Prozess in einer späteren Phase ihres Lebenszyklus zusammenhängen, auch wenn derartige Faktoren kein materieller Bestandteil der Leistungen sind. In diesem Zusammenhang hebt der Unionsgesetzgeber insbesondere die Energieeffizienz und die Verwendung von fair gehandelten Waren als zulässige Zuschlagskriterien hervor.

Zu Absatz 1

Absatz 1 setzt die Bekanntmachungspflichten zu den Zuschlagskriterien um. Zuschlagskriterien sind in absteigender Rangfolge nach Artikel 41 Absatz 3 Unterabsatz 1 und Anhang V Nummer 9 der Richtlinie 2014/23/EU in die Konzessionsbekanntmachung aufzunehmen, soweit nicht in anderen Vergabeunterlagen genannt.

Zu Absatz 2

Absatz 2 setzt die Vorgaben des Artikel 41 Absatz 3 Unterabsatz 2 und 3 der Richtlinie 2014/23/EU zur ausnahmsweisen Änderung der Reihenfolge der Zuschlagskriterien um. Für den Fall des Eingangs eines Angebots, das eine innovative Lösung mit einer außergewöhnlich hohen funktionellen Leistungsfähigkeit umfasst, darf die Gewichtung der Zuschlagskriterien nach Absatz 1 ausnahmsweise geändert werden. Voraussetzung dafür ist, dass der Konzessionsgeber die angebotene innovative Lösung bei aller Umsicht nicht vorhersehen konnte. Wird die Reihenfolge der Zuschlagskriterien im Nachhinein geändert, sind die Verfahrensteilnehmer über die geänderte Gewichtung zu unterrichten und unter Einhaltung der Mindestfristen nach § 27 Absatz 4 Satz 1 erneut zur Angebotsabgabe aufzufordern. Wurden die Zuschlagskriterien zu demselben Zeitpunkt wie die Konzessionsbekanntmachung veröffentlicht, so veröffentlicht der Konzessionsgeber unter Einhaltung der Mindestfristen nach § 27 Absatz 3 eine neue Konzessionsbekanntmachung.

Zu Absatz 3

Absatz 3 setzt Artikel 41 Absatz 2 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/23/EU um.

Zu § 32 (Aufhebung von Vergabeverfahren)

§ 32 übernimmt den Inhalt des § 63 VgV zu den Voraussetzungen der Aufhebung eines Vergabeverfahrens in diese Verordnung, um Konzessionsgebern sowie Bewerbern und Bietern für das Vergabeverfahren eine gleichermaßen interessengerechte Lösung zu bieten. Die Möglichkeit der Aufhebung eines Vergabeverfahrens wird von Artikel 40 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU vorausgesetzt.

Abschnitt 3 (Ausführung der Konzession)

Zu § 33 (Vergabe von Unteraufträgen)

§ 33 dient im Wesentlichen der Umsetzung von Artikel 42 der Richtlinie 2014/23/EU. Im Rahmen der Unterauftragsvergabe wird der gesamte oder ein Teil des Auftrags auf eine dritte Person übertragen. Die Unterauftragsvergabe ist von der Eignungsleihe nach § 25 Absatz 3 zu unterscheiden, bei der sich ein Unternehmen auf Kapazitäten Dritter berufen kann, ohne dass diese zugleich als Nachunternehmer mit einem Teil der Leistungserbringung beauftragt werden

müssen. Der Wortlaut der Vorschrift ist an der Umsetzung des Artikels 71 der Richtlinie 2014/24/EU in § 36 VgV ausgerichtet, wobei zu berücksichtigen ist, dass der Wortlaut des § 36 VgV gemäß § 2 VgV die Frage der Unterauftragsvergabe bei der Vergabe von Bauaufträgen nicht regelt.

Zu Absatz 1

Absatz 1 setzt Artikel 42 Absatz 2 Satz 1 der Richtlinie 2014/23/EU um und orientiert sich am Wortlaut von § 36 Absatz 1 VgV, der Artikel 71 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU umsetzt. Gemäß § 33 Absatz 1 Satz 1 können Konzessionsgeber die Unternehmen in der Konzessionsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen dazu auffordern, bei Angebotsabgabe den Auftragsteil, den sie an Dritte zu vergeben gedenken, sowie die vorgesehenen Nachunternehmer anzugeben, sofern ihnen dies im Zeitpunkt der Angebotsabgabe bereits zumutbar ist. § 33 Absatz 1 Satz 2 trägt dem Umstand Rechnung, dass Konzessionsgeber die in Absatz 5 geregelte Überprüfung des Nachunternehmers nur dann vornehmen können, wenn ihnen dieser vor Zuschlagserteilung genannt wurde und ihm die entsprechenden Nachweise, wie beispielsweise die Verpflichtungserklärung des Nachunternehmers gegenüber dem Hauptauftragnehmer, vorliegen. Das Verlangen des Konzessionsgebers ist unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit jedoch auf solche Unternehmen beschränkt, die in die engere Auswahlentscheidung kommen.

Zu Absatz 2

Absatz 2 setzt Artikel 42 Absatz 2 Satz 2 der Richtlinie 2014/23/EU um, dem zufolge klargestellt wird, dass die Haftung des Hauptauftragnehmers gegenüber dem Konzessionsgeber von Absatz 1 unberührt bleibt. Der Wortlaut orientiert sich an § 36 Absatz 2 VgV, der Artikel 71 Absatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU umsetzt.

Zu Absatz 3

Absatz 3 richtet sich im Hinblick auf die grundsätzliche Vorgabe der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil B Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) und Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C) für den Unterauftragnehmer einer Baukonzession an dem bisherigen § 22 Absatz 2 Nummer 1 in Verbindung mit § 8 Absatz 3 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A-EG) aus. Diese Verordnung umfasst auch die Verfahrensregeln zu Baukonzessionen, die bislang in § 22 EG VOB/A geregelt waren.

Zu Absatz 4

Absatz 4 setzt Artikel 42 Absatz 3 Unterabsatz 1 und 2 der Richtlinie 2014/23/EU um und orientiert sich am Wortlaut von § 36 Absatz 3 VgV, der Artikel 71 Absatz 5 der Richtlinie 2014/24/EU umsetzt.

Zu Absatz 5

Absatz 5 setzt Artikel 42 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU um und orientiert sich am Wortlaut von § 36 Absatz 4 VgV, der Artikel 71 Absatz 1 und 6 der Richtlinie 2014/24/EU umsetzt.

Zu Absatz 6

Absatz 6 setzt Artikel 42 Absatz 4 Buchstabe b) der Richtlinie 2014/23/EU um und orientiert sich am Wortlaut von § 36 Absatz 5 VgV.

Abschnitt 4 (Übergangs- und Schlussbestimmungen)

Zu § 34 (Übergangsbestimmung für die elektronische Kommunikation und elektronische Übermittlung von Teilnahmeanträgen und Angeboten)

Die Übergangsbestimmung in § 34 räumt Konzessionsgebern die Möglichkeit ein, bis längstens zum 18. Oktober 2018 nicht die Einreichung von Angeboten und Teilnahmeanträgen mithilfe elektronischer Mittel zu verlangen. Auch im Hinblick auf die sonstige Kommunikation können

Konzessionsgeber bis längstens zum 18. Oktober 2018 auf andere als elektronische Mittel zurückgreifen, sofern nicht die elektronische Veröffentlichung der Bekanntmachungen oder die elektronische Bereitstellung der Vergabeunterlagen betroffen ist. Die Konzessionsgeber haben während des Übergangszeitraumes die Wahl zwischen dem Postweg, einem anderen geeigneten Weg, Fax oder einer Kombination dieser Mittel. Ein anderer geeigneter Weg ist zum Beispiel der unmittelbare Kontakt zwischen Konzessionsgebern und Wirtschaftsteilnehmern. Konzessionsgeber, die von der Möglichkeit zum Aufschub keinen Gebrauch machen, können sowohl die Entgegennahme von Angeboten und Teilnahmeanträgen als auch die sonstige Kommunikation bereits ab dem 18. April 2016 auf die grundsätzliche Verwendung elektronischer Mittel gemäß den Vorschriften dieser Verordnung umstellen.

Zu § 35 (Elektronische Kommunikation durch Auslandsdienststellen)

§ 35 sieht im Einklang mit Artikel 29 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU eine Ausnahme von der Pflicht zur elektronischen Kommunikation in Verfahren zur Vergabe von Konzessionen durch Auslandsdienststellen von Konzessionsgebern vor. Da sich die Möglichkeiten zur elektronischen Kommunikation von Auslandsdienststellen weltweit je nach Dienstort technisch stark unterscheiden können, weil teilweise nur Satelliten-Verbindung möglich ist, unterliegen Vergabeverfahren durch Auslandsdienststellen von Konzessionsgebern nicht der Pflicht zur elektronischen Kommunikation. Diese Auslandsdienststellen können für alle Mitteilungen und für den gesamten Kommunikations- und Informationsaustausch statt der elektronischen Mittel sämtliche der in Artikel 29 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU genannten Kommunikationsmittel nutzen, wie zum Beispiel Post oder Fax (Buchstabe b) oder die mündliche Mitteilung, sofern der Inhalt der mündlichen Mitteilung auf einem dauerhaften Datenträger hinreichend dokumentiert wird (Buchstabe c). Darüber hinaus sind Bewerber und Bieter in Vergabeverfahren durch Auslandsdienststellen nicht verpflichtet, Teilnahmeanträge und Angebote elektronisch einzureichen. Dieser Ausnahmeregelung unterfallen zum Beispiel die Auslandsvertretungen der Bundesrepublik Deutschland im Zuständigkeitsbereich des Auswärtigen Amtes oder außerhalb Deutschlands stationierte Einheiten der Bundeswehr. Im Ergebnis beschränken sich die Pflichten zur elektronischen Kommunikation bei der Vergabe von Konzessionen durch Auslandsdienststellen von Konzessionsgebern auf die elektronische Veröffentlichung der Bekanntmachungen gemäß §§ 19 bis 23 und die elektronische Verfügbarkeit der Vergabeunterlagen gemäß § 17 dieser Verordnung.

Zu § 36 (Fristberechnung)

§ 36 stellt klar, dass die Berechnung von Fristen nach der Verordnung EWG Nr. 1182/71 des Rates vom 3. Juni 1971 zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Daten und Termine zu erfolgen hat.