

**Zu Artikel 2 (Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung)**

**Abschnitt 1 (Allgemeine Bestimmungen und Kommunikation)**

**Unterabschnitt 1 (Allgemeine Bestimmungen)**

**§ 1 (Anwendungsbereich)**

**Zu Absatz 1**

Absatz 1 legt den persönlichen Anwendungsbereich der SektVO fest. Auftraggeber nach § 100 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen müssen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zum Zwecke einer Sektorentätigkeit, bzw. die einer Sektorentätigkeit dient, die Vorschriften dieser Verordnung einhalten.

Der sachliche Anwendungsbereich ist betroffen, wenn der maßgebliche Schwellenwert erreicht oder überschritten wird. Anders als bisher finden sich die Vorschriften zu den Schwellenwerten nicht mehr in der Verordnung, sondern im GWB.

**Zu Absatz 2**

Absatz 2 grenzt den Anwendungsbereich zur Vergabe verteidigungs- oder sicherheitsspezifischer öffentlicher Aufträge ab.

**Zu Absatz 3**

Absatz 3 ist dem Umstand geschuldet, dass Sektorenauftraggeber im Gegensatz zur bisherigen weitgehenden Regelungsfreiheit in Bezug auf die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen künftig die Konzessionsvergabeverordnung zu beachten haben.

**§ 2 (Schätzung des Auftragswerts)**

§ 2 normiert die bei der Schätzung des Wertes eines öffentlichen Auftrages zu beachtenden materiellen und formellen Vorgaben. Er dient der Umsetzung von Artikel 16 der Richtlinie 2014/25/EU. Ziel von Artikel 16 der Richtlinie 2014/25/EU und damit auch von § 2 ist die umfassende Berücksichtigung aller Einnahmen, die mit einem Auftrag in Verbindung stehen.

**Zu Absatz 1**

Absatz 1 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 2 Absatz 1. Er enthält nunmehr einen expliziten Hinweis darauf, dass die Umsatzsteuer bei der Schätzung des Auftragswerts außer Acht zu lassen ist.

Die Schätzung des Auftragswerts ist unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des EuGH (EuGH, Urt. v. 5. Oktober 2000 – C-16/98 – „Kommission./Frankreich“, EuGH, Urteil v. 15. März 2012 – C-574/10 – „Aulhalle Niedernhausen“) vorzunehmen. Nach dieser Entscheidung ist eine Aufteilung nicht gerechtfertigt, wenn die Leistung, die aufgeteilt wird, im Hinblick auf ihre technische und wirtschaftliche Funktion einen einheitlichen Charakter aufweist. Im Rahmen dieser funktionalen Betrachtungsweise sind organisatorische, inhaltliche, wirtschaftliche sowie technische Zusammenhänge zu berücksichtigen. Anhand dieser Kriterien ist zu bestimmen, ob Teilaufträge untereinander auf solch eine Weise verbunden sind, dass sie als ein einheitlicher Auftrag anzusehen sind. Die Werte derart miteinander verknüpfter Leistungen sind zusammenzurechnen, obgleich sie möglicherweise konsekutiv erbracht werden.

Die Frage nach dem „wie“ der Auftragswertschätzung ist ausschließlich vergaberechtlich unter Zugrundelegung des funktionalen Auftragsbegriffs zu beantworten.

**Zu Absatz 2**

Absatz 2 dient der Umsetzung von Artikel 16 Absatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU. Er entspricht inhaltlich weitgehend dem bisherigen § 3 Absatz 2. Die in Absatz 2 Satz 2 Halbsatz 2 neu eingefügte Ausnahme legt fest, dass die Aufteilung eines Auftrages nicht in der Absicht erfolgen darf, den Auftrag dem Anwendungsbereich der Verordnung zu entziehen, es sei denn, dass objektive Gründe die Aufteilung rechtfertigen.

Objektive Gründe können aus internen Organisationsentscheidungen des Auftraggebers resultieren. So kann der Auftraggeber selbständige Einheiten seiner Einrichtung mit einem eigenen Budget zur Mittelbewirtschaftung ausstatten und ihnen damit auch das Recht zur Beschaffung von Leistungen einräumen. Solche Konstellationen können objektive Gründe darstellen, dass Aufträge über dieselbe Leistung voneinander unabhängig vergeben werden dürfen. Als eigenständige Organisationseinheiten können etwa Schulen oder Kindergärten angesehen werden.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 stimmt, abgesehen von geringfügigen redaktionellen Änderungen, mit dem bisherigen § 2 Absatz 10 überein und bestimmt den für die Schätzung des Auftragswerts maßgeblichen Zeitpunkt. Damit wird Artikel 16 Absatz 4 der Richtlinie 2014/25/EU umgesetzt.

#### **Zu Absatz 4**

Gemäß Absatz 4 wird der Wert von Rahmenvereinbarungen oder dynamischen Beschaffungssystemen auf der Grundlage des geschätzten Wertes der kumulierten Einzelaufträge berechnet. Die Vorschrift setzt Artikel 16 Absatz 5 der Richtlinie 2014/25/EU um und entspricht dem bisherigen § 2 Absatz 6.

#### **Zu Absatz 5**

Absatz 5 wurde neu eingefügt und setzt Artikel 16 Absatz 6 der Richtlinie 2014/25/EU um. Er normiert die Berechnung des Wertes im Rahmen des durch Artikel 49 der Richtlinie 2014/25/EU eingeführten Vergabeverfahrens der Innovationspartnerschaft, welche die verfahrenstechnische Grundlage für die Verknüpfung von Forschungs-/Entwicklungsdienstleistungen und Erwerbselementen bildet. Absatz 5 zielt auf eine umfassende Berücksichtigung der Vergütung aller Forschungs- und Entwicklungsleistungen einschließlich des Wertes der durch den Auftraggeber nach Abschluss der Innovationspartnerschaft zu beschaffenden innovativen Leistung.

#### **Zu Absatz 6**

Absatz 6 regelt die Schätzung des Auftragswerts von Bauleistungen. Die Vorschrift setzt Artikel 16 Absatz 7 der Richtlinie 2014/25/EU um.

Die Hinzurechnung von Leistungen bei der Auftragswertschätzung von Bauleistungen wurde in Umsetzung der Richtlinienregelung um Dienstleistungen ergänzt. Dabei geht es um solche Dienstleistungen, die unmittelbar für die Errichtung des Bauwerkes erforderlich sind. Es sind nur in diesem Zusammenhang stehende Dienstleistungen gemeint. Die Vorschrift bezweckt nämlich nicht, eine gemeinsame Vergabe von Bau- und Planungsleistungen vorzuschreiben.

#### **Zu Absatz 7**

Absatz 7 enthält Regelungen zur Auftragswertberechnung bei losweiser Vergabe. Satz 1 bestimmt, dass bei einem Auftrag, der in mehreren Losen vergeben wird, bei einer losweisen Vergabe der addierte geschätzte Gesamtwert sämtlicher Lose den Auftragswert bildet. Satz 2 stellt deklaratorisch fest, dass nur die Werte solcher Planungsleistungen zusammenzurechnen sind, die gleichartig sind. Bei der Bewertung, ob Planungsleistungen gleichartig sind, ist die wirtschaftliche oder technische Funktion der Leistung zu berücksichtigen. Mit Satz 3 wird inhaltlich die Regelung gemäß § 3 Abs. 7 Satz 4 VgV a. F. fortgeführt.

#### **Zu Absatz 8**

Absatz 8 setzt Artikel 16 Absatz 9 der Richtlinie 2014/25/EU um. Dabei sind unter gleichartigen Lieferungen im Zusammenhang mit der Auftragswertschätzung Lieferleistungen zu verstehen, die für gleichartige Verwendungszwecke vorgesehen sind.

#### **Zu Absatz 9**

Absatz 9 enthält die sogenannte „80/20-Regel“. Danach dürfen im Falle der Losvergabe Lose bis zu einer bestimmten Höhe außerhalb der Bestimmungen für den Oberschwellenbereich vergeben werden, soweit sie die Höchstgrenze von 20 Prozent des Gesamtwertes nicht übersteigen. Mit der Regelung wird Artikel 16 Absatz 10 der Richtlinie 2014/25/EU umgesetzt.

#### **Zu Absatz 10**

Absatz 10 (bisher § 2 Absatz 3) behandelt die Berechnung des Auftragswerts im Falle von regelmäßig wiederkehrenden Aufträgen oder Daueraufträgen über Liefer- oder Dienstleistungen. Die Vorschrift enthält, in Umsetzung von Artikel 16 Absatz 11 der Richtlinie 2014/25/EU, den Hinweis, dass nur solche regelmäßig wiederkehrenden Aufträge oder Daueraufträge von ihr erfasst werden, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums verlängert werden sollen.

#### **Zu Absatz 11**

Absatz 11 stimmt mit dem bisherigen § 2 Absatz 4 überein und regelt die Schätzung über Aufträge von Liefer- oder Dienstleistungen, für die kein Gesamtpreis angegeben wird.

#### **Zu Absatz 12**

§ 2 Absatz 12 entspricht, abgesehen von einigen redaktionellen Anpassungen, dem bisherigen § 2 Absatz 8. Geregelt wird die Auftragswertschätzung bei Planungswettbewerben, die zu einem Dienstleistungsauftrag führen sollen.

### **§ 3 (Antragsverfahren für Tätigkeiten, die unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt sind)**

Mit der Vorschrift wird Artikel 35 der Richtlinie 2014/25/EU umgesetzt, mit der das Verfahren zur Beantragung der in Artikel 34 der Richtlinie 2014/25/EU geregelten Ausnahme für Tätigkeiten, die unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt sind, beschrieben wird. Die Ausnahmeregelung selbst findet sich in § 140 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Antragsbefugt gegenüber der Europäischen Kommission ist neben den Auftraggebern (einschließlich deren Verbände) auch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie. Der Antrag muss eine Stellungnahme des Bundeskartellamtes enthalten.

Erwägungsgrund 43 der Richtlinie 2014/25/EU stellt im Interesse der Rechtssicherheit klar, dass alle Entscheidungen, die vor Inkrafttreten der Richtlinie 2014/25/EU bezüglich der Anwendbarkeit der entsprechenden Bestimmungen in Artikel 30 der Richtlinie 2004/17/EG getroffen wurden, weiterhin gelten.

### **§ 4 (Gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe)**

§ 4 dient der Umsetzung der Artikel 56 und 57 der Richtlinie 2014/25/EU. Die in Artikel 56 der Richtlinie 2014/25/EU enthaltenen Regelungen zu zentralen Beschaffungstätigkeiten und zentralen Beschaffungsstellen sind bereits durch § 120 Absatz 4 GWB umgesetzt. Die Stärkung der zentralen Beschaffungstätigkeit soll nicht die derzeitige Praxis einer gelegentlichen gemeinsamen Beschaffung verhindern.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 regelt in Umsetzung von Artikel 56 Absatz 1 und Artikel 57 Absatz 4 der Richtlinie 2014/25/EU die ad-hoc-Zusammenarbeit zwischen Auftraggebern. Die Regelung von Absatz 1 Satz 1 ergänzt die Möglichkeit zur Nutzung von (dauerhaft eingerichteten) zentralen Beschaffungsstellen um die gemeinsame Auftragsvergabe in einzelnen Fällen. In Abgrenzung zur zentralen Beschaffungstätigkeit handelt es sich bei der gelegentlichen gemeinsamen Auftragsvergabe um eine punktuelle Zusammenarbeit bei der Vergabe einzelner Aufträge. Erforderlich ist insoweit nur eine diesbezügliche Vereinbarung der Auftraggeber.

Besonders hervorgehoben wird mit Absatz 1 Satz 2 die Möglichkeit der Zusammenarbeit von Auftraggebern aus verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, wie sie in Artikel 57 Absatz 4 der Richtlinie 2014/25/EU vorgesehen ist.

Mit Absatz 1 Satz 3 wird klargestellt, dass die Möglichkeit zur gelegentlichen gemeinsamen Auftragsvergabe nicht die Nutzung von zentralen Beschaffungsstellen beschränkt. Dies gilt insbesondere für die Inanspruchnahme zentraler Beschaffungstätigkeiten von zentralen Beschaffungsstellen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU. Die zentrale Beschaffung durch eine zentrale Beschaffungsstelle mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat erfolgt dabei gemäß den nationalen Bestimmungen des Mitgliedstaats, in dem die zentrale Beschaffungsstelle ihren Sitz hat.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 dient der Umsetzung von Artikel 56 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU und regelt die Verantwortlichkeit für die Einhaltung der vergaberechtlichen Anforderungen im Fall einer gelegentlichen gemeinsamen Auftragsvergabe. Datenschutzrechtliche Anforderungen bleiben hierdurch unberührt.

Sofern ein Auftrag durch Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union vergeben wird und die notwendigen Einzelheiten der Zusammenarbeit nicht in einem internationalen Übereinkommen geregelt sind, schließen die teilnehmenden Auftraggeber eine Vereinbarung über die Zuständigkeit der Parteien und die einschlägigen anwendbaren nationalen Bestimmungen sowie die interne Organisation des Vergabeverfahrens, einschließlich der Handhabung des Verfahrens, der Verteilung der zu beschaffenden Leistungen und des Abschlusses der Verträge. Ein teilnehmender Auftraggeber erfüllt dabei seine Verpflichtungen nach dieser Verordnung, wenn er Leistungen von einem Auftraggeber erwirbt, der für das Vergabeverfahren zuständig ist. Bei der Festlegung der Zuständigkeiten und des anwendbaren nationalen Rechts können die teilnehmenden Auftraggeber 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 Vergabeunterlagen für die gemeinsam vergebenen Aufträge angegeben werden.

### **§ 5 (Wahrung der Vertraulichkeit)**

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 dient der Umsetzung des Artikels 39 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU. Er schützt die Unternehmen im Vergabeverfahren, indem er dem Auftraggeber das Verbot auferlegt, die unternehmensseitig übermittelten und als vertraulich gekennzeichneten Informationen unbefugt an Dritte weiterzugeben. Dies betrifft insbesondere Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die das Unternehmen im Rahmen seiner Teilnahme am Vergabeverfahren freiwillig offenbart oder nach Vorgaben des Auftraggebers offenbaren muss.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 stellt klar, dass der Auftraggeber den Grundsatz der Vertraulichkeit auch bei der gesamten Kommunikation sowie beim Austausch und der Speicherung von Informationen gewährleisten muss. Weitgehende datenschutzrechtliche Anforderungen bleiben hierdurch unberührt.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 setzt Artikel 39 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um und betrifft Pflichten der Unternehmen zum Schutz der Vertraulichkeit, sofern diese vom öffentlichen Auftraggeber vorgegeben werden.

### **§ 6 (Vermeidung von Interessenkonflikten)**

§ 6 dient zum einen der Umsetzung des Artikels 42 der Richtlinie 2014/25/EU und greift zum anderen die bisherige Regelung des § 16 VgV auf. Im Gegensatz zum bisherigen Recht knüpft das in § 6 normierte Mitwirkungsverbot nicht automatisch an Verwandtschaftsverhältnisse an, sondern an das Vorliegen eines Interessenkonflikts.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 regelt das Verbot der Mitwirkung natürlicher Personen beim öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 100 Absatz 1 Nummer 1 GWB bei denen ein Interessenkonflikt besteht bei der Durchführung des Vergabeverfahrens zur Vermeidung von Interessenkonflikten. Die Vorschrift dient der Umsetzung des Artikels 42 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU. § 124 Absatz 1 Nummer 5 GWB bleibt unberührt.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 regelt, wann ein Interessenkonflikt nach Absatz 1 gegeben ist. Dieser liegt in Umsetzung des Artikels 42 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU insbesondere dann vor, wenn bei einer der in Absatz 1 genannten Personen, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt ist oder Einfluss auf die Vergabeentscheidung nehmen kann, direkt oder indirekt ein finanzielles, wirtschaftliches oder sonstiges Interesse vorliegt, von dem man annehmen kann, dass es die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit dieser Person beeinträchtigt.

#### **Zu Absatz 3**

Über die Regelung in Artikel 42 der Richtlinie 2014/25/EU hinaus überführt Absatz 3 den Regelungsgehalt des bisherigen § 16 Absatz 1 Nummer 1 bis 3 VgV zu ausgeschlossenen Personen im Rahmen einer widerlegbaren Vermutung in diese Verordnung.

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 nimmt die Regelungen des bisherigen § 16 Absatz 2 VgV auf und bestimmt, dass Absatz 3 auch für Personen gilt, deren Angehörige die Voraussetzungen nach Absatz 3 Nummer 1 bis 3 erfüllen.

### **§ 7 (Mitwirkung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens)**

§ 7 betrifft die sogenannte Projektantenproblematik und überführt den Regelungsgehalt des § 6 EG Absatz 7 VOL/A in die Sektorenverordnung. Erforderlich wurde die Übernahme dieser Regelung aufgrund der erstmaligen Regelung der Problematik in der Richtlinie 2014/25/EU.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 übernimmt die in Artikel 59 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU vorgesehene Regelung zur vorherigen Einbeziehung von Bewerbern oder Bietern.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 dient der Umsetzung des Artikels 59 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU. Er nennt exemplarisch Maßnahmen, mit denen der Auftraggeber sicherstellen kann, dass der Wettbewerb durch vorbefasste Bieter oder Bewerber nicht verzerrt wird. Die Möglichkeit, ein vorbefasstes Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen, wenn daraus eine Wettbewerbsverzerrung resultiert, ist in § 124 Absatz 1 Nummer 6 GWB geregelt. Es gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 sieht die in Artikel 59 Unterabsatz 4 der Richtlinie 2014/25/EU geregelte Möglichkeit für den vorbefassten Bieter oder Bewerber vor, nachzuweisen, dass seine Beteiligung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens den Wettbewerb nicht verzerren kann.

### **§ 8 (Dokumentation)**

§ 8 dient der Umsetzung von Artikel 100 der Richtlinie 2014/25/EU und entspricht im Grundsatz dem bisherigen § 32 SektVO.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 normiert insbesondere in Umsetzung von Artikel 100 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 1 der Richtlinie 2014/25/EU die Pflicht, die maßgeblichen Aspekte eines Vergabeverfahrens von Beginn an fortlaufend zu dokumentieren. Die Dokumentation ist Ausfluss des Transparenzgrundsatzes. Sie dient dazu, die Entscheidungen des Auftraggebers nachvollziehen und rechtlich prüfen zu können.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 setzt Artikel 100 Absatz 1 Satz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um und regelt die Mindestinhalte der Dokumentation.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 regelt in Umsetzung von Artikel 100 Absatz 2 Satz 3 der Richtlinie 2014/25/EU, dass die Dokumentation für die Dauer der Vertragslaufzeit sowie für mindestens drei Jahre ab dem Tag der Vergabe des Auftrags aufzubewahren ist. Satz 2 setzt die Aufbewahrungspflicht aus Artikel 99 Absatz 6 der Richtlinie 2014/25/EU (Governance) um.

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 setzt Artikel 100 Absatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU um. Danach muss der Vergabevermerk der Europäischen Kommission und den zuständigen nationalen Behörden auf deren Anforderung hin übermittelt werden. Zuständige nationale Behörden sind insbesondere die mit der Fach- oder Rechtsaufsicht betrauten Behörden, die Rechnungshöfe des Bundes und der Länder sowie – im Falle von Vertragsverletzungsverfahren oder EU-Pilotverfahren – das zuständige Bundesministerium für Wirtschaft und Energie.

### **Unterabschnitt 2 (Kommunikation)**

#### **§ 9 (Grundsätze der Kommunikation)**

##### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 40 Absatz 1 Unterabsatz 1 Satz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um: In jedem Stadium eines öffentlichen Vergabeverfahrens haben sowohl der Auftraggeber als auch die Unternehmen im Rahmen der Kommunikation grundsätzlich nur elektronische Mittel zu verwenden. Diese müssen den Regelungen der §§ 10 und 11 entsprechen.

##### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 setzt Artikel 40 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um. Wird der Inhalt mündlicher Kommunikation ausreichend dokumentiert, ist mündliche Kommunikation zwischen dem Auftraggeber und Unternehmen mit Ausnahme der in Absatz 2 genannten Fälle zulässig. Die ausreichende Dokumentation ist notwendig, um dem Gebot der Transparenz angemessen zu entsprechen und 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 schriftliche Zusammenfassung der wichtigsten Inhalte der mündlichen Kommunikation.

##### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 gibt Auftraggebern die Möglichkeit, von jedem Unternehmen eine aktive elektronische Adresse (Von Unternehmen mit Sitz in Deutschland kann etwa eine DE-Mail-Adresse verlangt

werden.) sowie eine eindeutige Unternehmensbezeichnung zu verlangen (Registrierung). Diese Angaben dürfen von den Auftraggebern ausschließlich dazu verwendet werden, Daten mithilfe elektronischer Mittel an die Unternehmen zu übermitteln. Außerdem können die Auftraggeber diese Angaben nutzen, um Unternehmen über Änderungen im Vergabeverfahren 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. Dies gilt auch für jene Unternehmen, die bislang keinen Teilnahmeantrag eingereicht oder kein Angebot abgegeben haben.

Die Auftragsbekanntmachung und die Vergabeunterlagen müssen jedem Interessierten ohne Angabe einer Unternehmensbezeichnung und einer elektronischen Adresse zugänglich sein.

## **§ 10 (Anforderungen an die verwendeten elektronischen Mittel)**

### **Zu Absatz 1**

Die Auftraggeber legen das erforderliche Sicherheitsniveau für die elektronischen Mittel, die in den verschiedenen Phasen des Vergabeverfahrens genutzt werden sollen, fest. Zuvor sollen die Auftraggeber 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 andererseits den Gefahren abwägen, die zum Beispiel von Daten ausgehen, die aus einer nicht sicher identifizierbaren Quelle stammen oder die während der Übermittlung verändert wurden. Absatz 1 setzt Anhang V der Richtlinie 2014/25/EU um und listet auf, welchen Kriterien elektronische Mittel entsprechen müssen.

Wer die Berechtigten sind, definieren die jeweils zuständigen Auftraggeber.

### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 schreibt eine einheitliche Datenaustauschnittstelle und die jeweils geltenden IT-Interoperabilitäts- und IT-Sicherheitsstandards 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 Datenaustauschnittstelle beschreibt beispielsweise der Standard 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 Auftraggebern verwendete E-Vergabelösungs-/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 Auftraggebern für die Durchführung von Vergabeverfahren genutzten elektronischen Mitteln erfolgreich zu kommunizieren.

## **§ 11 (Anforderungen an den Einsatz elektronischer Mittel im Vergabeverfahren)**

### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 40 Absatz 1 Unterabsatz 1 Satz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um und definiert, welchen allgemeinen Anforderungen elektronische Mittel, die im Rahmen der Durchführung eines öffentlichen 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 ein 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 öffentliche 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 allerdings nicht schon deshalb eingeschränkt, weil ein Auftraggeber 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 Vergabepattformen zu berücksichtigen sind. Es geht darum, elektronische Umgebungen so einzurichten, 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 setzt Artikel 40 Absatz 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um. Während des gesamten Vergabeverfahrens obliegt es dem Auftraggeber, die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit aller verfahrensbezogenen Daten sicherzustellen. Echtheit bezeichnet dabei die Authentizität, Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit der Daten. Die Datenquelle beziehungsweise der Sender muss zweifelsfrei nachgewiesen werden können.

### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 setzt Artikel 40 Absatz 6 Unterabsatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 2014/25/EU um, wonach die Auftraggeber 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.

## **§ 12 (Einsatz alternativer elektronischer Mittel bei der Kommunikation)**

§ 12 setzt Artikel 40 Absatz 5 der Richtlinie 2014/25/EU um. In Ausnahmefällen ist es Auftraggebern gestattet, Vergabeverfahren mithilfe alternativer elektronischer Mittel durchzuführen. Alternative elektronische Mittel sind solche, die nicht für alle Menschen ohne Einschränkung verfügbar sind und die nicht bei Bedarf – gegebenenfalls gegen marktübliches Entgelt – von allen Menschen 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 Auftraggeber im Vergabeverfahren alternative elektronische Mittel, so müssen sie Unternehmen ab dem Datum der Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung oder ab dem Datum des Versendens der Aufforderung zur Interessensbestätigung unter einer Internetadresse unentgeltlich einen uneingeschränkten, vollständigen und direkten Zugang zu diesen alternativen elektronischen Mitteln gewähren. Diese Internetadresse muss in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung angegeben werden.

Können die Auftraggeber 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. Die Auftraggeber 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 Absatz 2**

Absatz 2 räumt öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit ein, im Rahmen der Vergabe eines Bauauftrages oder im Zusammenhang mit der Ausrichtung eines Planungswettbewerbes von dem Unternehmen, auf dessen Angebot der Zuschlag erteilt wird, zu verlangen, dass für die Auftragsausführung elektronische Mittel für die Bauwerksdatenmodellierung (sogenannte BIM-Systeme – building information modeling system) genutzt werden. Dabei handelt es sich um eine Methode zur Erstellung und Nutzung intelligenter digitaler Bauwerksmodelle, die es sämtlichen Projektbeteiligten ermöglichen, bei Planung und Realisierung auf eine gemeinsame Datenbasis zurückzugreifen. Projektbeteiligte können zum Beispiel Architekten, Ingenieure, Bauherren oder Bauausführende sein. Öffentliche Auftraggeber sind aufgrund dieser Vorschrift nicht verpflichtet, die Nutzung von BIM im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge vorzuschreiben.

## **Abschnitt 2 (Vergabeverfahren)**

### **Unterabschnitt 1 (Verfahrensarten)**

#### **§ 13 (Wahl der Verfahrensart)**

##### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 benennt die zulässigen Verfahrensarten und setzt Artikel 44 Absatz 1 bis 3 der Richtlinie 2014/25/EU um.

Das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren, das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb sowie der wettbewerbliche Dialog stehen zur freien Wahl der Auftraggeber zur Verfügung. Das ist bereits in § 141 Absatz 1 GWB festgelegt. Die Innovationspartnerschaft ist nach Maßgabe des § 18 anwendbar.

##### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 benennt in Umsetzung des Artikels 50 der Richtlinie 2014/25/EU abschließend die Voraussetzungen für die Durchführung von Verhandlungsverfahren, bei denen der Auftraggeber von der vorherigen Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs absehen kann.

##### **Zu Nummer 1**

Absatz 2 Nummer 1 dient der Umsetzung des Artikels 50 Buchstabe a der Richtlinie 2014/25/EU.

##### **Zu Nummer 2**

Absatz 2 Nummer 2 setzt Artikel 50 Buchstabe b der Richtlinie 2014/25/EU um.

##### **Zu Nummer 3**

Absatz 2 Nummer 3 setzt Artikel 50 Buchstabe c der Richtlinie 2014/25/EU um. In diesem Zusammenhang ist im Hinblick auf die Buchstaben a und b der Nummer 3 auch Absatz 3 zu beachten.

##### **Zu Nummer 4**

In Umsetzung des Artikels 50 Buchstabe d der Richtlinie 2014/25/EU kommt nach Absatz 2 Nummer 4 ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb in Betracht, wenn aufgrund besonderer Dringlichkeit die Fristen nicht eingehalten werden können, die für die anderen Vergabeverfahren vorgeschrieben sind. Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs müssen dabei drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

Es muss

- ein unvorhergesehenes Ereignis,
- dringliche und zwingende Gründe, die die Einhaltung der in anderen Verfahren vorgeschriebenen Fristen nicht zulassen, und

- ein Kausalzusammenhang zwischen dem unvorhergesehen Ereignis und den sich daraus ergebenden zwingenden, dringlichen Gründen gegeben sein.

Diese Kriterien hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zuletzt in einem Rundschreiben vom 9. Januar 2015 näher erläutert. Die Beweislast dafür, dass die eine Ausnahme rechtfertigenden außergewöhnlichen Umstände tatsächlich vorliegen, trägt der Auftraggeber, der sich auf die Ausnahme berufen will.

#### **Zu Nummer 5**

Absatz 2 Nummer 5 übernimmt die Regelung des Artikels 50 Buchstabe e der Richtlinie 2014/25/EU.

#### **Zu Nummer 6**

Absatz 2 Nummer 6 dient der Umsetzung des Artikels 50 Buchstabe f der Richtlinie 2014/25/EU.

#### **Zu Nummer 7**

Absatz 2 Nummer 7 dient der Umsetzung des Artikels 50 Buchstabe g der Richtlinie 2014/25/EU.

#### **Zu Nummer 8**

Absatz 2 Nummer 8 setzt Artikel 50 Buchstabe h der Richtlinie 2014/25/EU um.

#### **Zu Nummer 9**

Absatz 4 Nummer 8 setzt Artikel 50 Buchstabe i der Richtlinie 2014/25/EU um.

#### **Zu Nummer 10**

Absatz 2 Nummer 10 setzt Artikel 50 Buchstabe j der Richtlinie 2014/25/EU um.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 6 setzt den letzten Satz des Artikels 50 Buchstabe c letzter Halbsatz der Richtlinie 2014/25/EU um.

### **§ 14 (Offenes Verfahren, Fristen)**

Über die Definition in § 119 Absatz 3 GWB hinaus regelt § 14 den Inhalt des offenen Verfahrens insbesondere die einzuhaltenden Fristen.

Anders als in den Richtlinien von 2004 sind die Fristen nicht mehr in einer gesonderten Vorschrift, sondern jeweils unmittelbar beim Verfahren selbst geregelt. Diesem Ansatz folgt die Umsetzung.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 45 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 regelt die Mindestangebotsfrist des Artikels 45 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU. Die neue Mindestfrist beträgt 35 Tage, gerechnet ab dem Tag nach der Absendung der Auftragsbekanntmachung.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 lässt eine Fristverkürzung auf nicht weniger als 15 Tage zu, wenn dem Auftraggeber aus hinreichend begründeter Dringlichkeit eine Einhaltung der Mindestfrist nicht möglich ist. Damit wird Artikel 45 Absatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU umgesetzt.

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 sieht in Umsetzung von Artikel 45 Absatz 4 der Richtlinie 2014/25/EU eine Fristverkürzungsmöglichkeit durch den Auftraggeber vor, wenn er die Übermittlung der Angebote durch das Unternehmen in elektronischer Form gemäß Artikel 40 Absatz 1 Unterabsatz 2 sowie Absätze 5 und 6 der Richtlinie 2014/25/EU akzeptiert.

### **§ 15 (Nicht offenes Verfahren und Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb, Fristen)**

§ 15 setzt Artikel 46 und 47 der Richtlinie 2014/25/EU um.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 stellt klar, dass in einem Teilnahmewettbewerb jedes interessierte Unternehmen einen Teilnahmeantrag abgeben kann. Eine Beschränkung der Teilnehmerzahl im Vorfeld ist nicht möglich. Es werden hiermit die Artikel 46 Unterabsatz 1 und 47 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU umgesetzt.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 regelt die Mindestfrist für den Eingang der Teilnahmeanträge. Diese beträgt sowohl im nicht offenen wie auch im Verhandlungsverfahren nun 30 Tage statt wie bisher 37 Tage. Auch nach Fristverkürzung muss eine Frist von mindestens 15 Tagen verbleiben.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 trifft in Umsetzung der Artikel 46 und 47 jeweils Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU Regelungen zur Angebotsfrist.

Um der Flexibilisierung und individuellen Gestaltung des nicht offenen Verfahrens und des Verhandlungsverfahrens Rechnung zu tragen, kann die Angebotsfrist im Einvernehmen zwischen Auftraggeber und Bewerber festgelegt werden. In diesem Fall muss für alle Bewerber dieselbe Angebotsfrist bestimmt werden.

Erfolgt keine einvernehmliche Festlegung der Angebotsfrist, so muss sie mindestens 10 Tage ab dem Tag nach der Versendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe betragen.

### **§ 16 (Fristsetzung, Pflicht zur Fristverlängerung)**

Alle bei den Verfahrensarten geregelten Fristen sind Mindestfristen und stellen damit die untere Grenze für die vom Auftraggeber festzusetzenden tatsächlichen Fristen dar. § 16 bestimmt in Umsetzung des Artikels 66 der Richtlinie 2014/25/EU, dass der Auftraggeber bei der Festlegung aller Fristen im Vergabeverfahren sein Ermessen angemessen ausüben muss. Die Vorschrift enthält darüber hinaus auch Gebote zur Verlängerung der Frist.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 regelt den Grundsatz, dass bei der Festlegung der Teilnahme- und Angebotsfristen die Komplexität des Auftrags und die Zeit für die Ausarbeitung der Angebote angemessen zu berücksichtigen sind. Daher werden die Fristen für einen komplexen Dienstleistungsauftrag, der ggf. konzeptionelle Inhalte umfasst, regelmäßig länger sein als die Fristen bei der Beschaffung marktgängiger Waren.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 enthält das Gebot zur Fristverlängerung, wenn die Angebote nur nach einer Ortbesichtigung und nach Einsichtnahme von Unterlagen beim Auftraggeber erstellt werden können. In diesen Fällen müssen alle interessierten Unternehmen unter gewöhnlichen Umständen Einsicht nehmen können.

#### **Zu Absatz 3**

Auch Absatz 3 enthält ein Fristverlängerungsgebot für die Fälle, in denen der Auftraggeber wesentliche Änderungen an den Vergabeunterlagen vornimmt oder zusätzliche Informationen des Auftraggebers von diesem nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt werden. Auch hier muss die Verlängerung angemessen sein im Hinblick auf die Bedeutung der Änderungen bzw. zusätzlichen Informationen für das Vergabeverfahren.

### **§ 17 (Wettbewerblicher Dialog)**

§ 17 regelt die Einzelheiten zu der in § 119 Absatz 6 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen definierten Verfahrensart des wettbewerblichen Dialogs. Dieses Vergabeverfahren wird mit der neuen Richtlinie 2014/25/EU erstmals in das Sektorenvergaberecht eingeführt.

Die Verfahrensvorschriften des wettbewerblichen Dialogs sind in § 17 dieser Verordnung abschließend geregelt.

#### **Zu Absatz 1**

In Umsetzung des Artikels 48 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU stellt Absatz 1 die Besonderheit des wettbewerblichen Dialogs heraus, bei dem der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung lediglich seine Bedürfnisse und Anforderungen an die zu beschaffende Leistung beschreiben muss. Die vorherige Festlegung konkreter Merkmale oder gar technischer Anforderungen ist bei dieser Verfahrensart nicht zwingend erforderlich. Weiterhin wird klargestellt, dass der Auftraggeber auch bei dieser Verfahrensart die Zuschlagskriterien selbstverständlich vor Beginn des Verfahrens bekannt zu machen hat.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 setzt Artikel 48 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 dient der Umsetzung des Artikels 48 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU und regelt die Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge (Teilnahmefrist).

#### **Zu Absatz 4**

Wie beim nicht offenen Verfahren und beim Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb kann der Auftraggeber auch beim wettbewerblichen Dialog die Anzahl der Unternehmen begrenzen, die zur Teilnahme am Dialog aufgefordert werden. Absatz 4 setzt Artikel 48 Absatz 1 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU um.

#### **Zu Absatz 5**

Die zweite Phase des wettbewerblichen Dialogs beginnt mit dem Dialog, in dessen Rahmen der Auftraggeber gemeinsam mit den Unternehmen ermittelt, wie seine Bedürfnisse am besten erfüllt werden können. Mit Absatz 5 wird Artikel 48 Absatz 3 Unterabsatz 1 und 2 der Richtlinie 2014/25/EU umgesetzt. Absatz 5 Satz 3 sichert die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Vertraulichkeit der Information im Rahmen des wettbewerblichen Dialogs.

#### **Zu Absatz 6**

Absatz 6 Satz 1 bis 3 setzt Artikel 48 Absatz 4 der Richtlinie 2014/25/EU um: Der Dialog kann in mehreren aufeinanderfolgenden Phasen abgewickelt werden. Dabei kann der Auftraggeber den Dialog mit einzelnen Unternehmen beenden, wenn die Gespräche keine für den Auftraggeber sinnvolle Lösungsfindung erwarten lassen. Absatz 6 Satz 4 stellt sicher, dass in der Schlussphase noch ein Wettbewerb gewährleistet ist.

#### **Zu Absatz 7**

In Umsetzung des Artikels 48 Absatz 5 und 6 der Richtlinie 2014/25/EU regelt Absatz 7 den Abschluss des Dialogs. Die verbliebenen Unternehmen sind vom Abschluss zu informieren.

#### **Zu Absatz 8**

Absatz 8 dient der Umsetzung von Artikel 48 Absatz 6 Unterabsatz 1 und 2 der Richtlinie 2014/25/EU: Nach Abschluss der Dialogphase schließt sich beim wettbewerblichen Dialog die dritte Phase – die Angebotsphase – an. In dieser sind die Unternehmen aufgerufen, auf der Grundlage der in der Dialogphase gefundenen Lösungen konkrete Angebote einzureichen. Klarstellungen und Ergänzungen zu den Angeboten seitens der Bieter sind in engen Grenzen zulässig. Darüber hinaus darf über die Angebote (in Abgrenzung zum Verhandlungsverfahren) nur in den engen Grenzen des Absatzes 9 verhandelt werden.

#### **Zu Absatz 9**

Absatz 9 übernimmt die Regelung des Artikels 48 Absatz 7 Unterabsatz 1 und 2 der Richtlinie 2014/25/EU. Er gestattet es, dass der Auftraggeber nach Abschluss der Dialogphase über das Angebot, dass den Zuschlag erhalten soll (und nur über dieses eine Angebot) mit dem Unternehmen verhandelt, um finanzielle Zusagen oder andere Auftragsbedingungen abschließend festzulegen. Eine Abänderung wesentlicher Teile des Angebots darf zur Wahrung der vergaberechtlichen Gebote der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung nicht erfolgen.

#### **Zu Absatz 10**

In Umsetzung des Artikels 48 Absatz 8 der Richtlinie 2014/25/EU sieht Absatz 10 die Möglichkeit von Prämien oder Zahlungen durch den Auftraggeber an die Teilnehmer am Dialog vor. Die Gewährung einer angemessenen Kostenerstattung soll die für die Teilnehmer bei der Erstellung von Lösungsvorschlägen entstehenden Kosten reduzieren und damit die Teilnahme am wettbewerblichen Dialog attraktiver machen. Der Auftraggeber gewährt eine Aufwandsentschädigung ohne Gewinnanteil und keine Vergütung. Der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Teilnehmer ist zu beachten.

### **§ 18 (Innovationspartnerschaft)**

§ 18 regelt das in § 119 Absatz 7 GWB definierte Verfahren der Innovationspartnerschaft. Die Innovationspartnerschaft wird mit Artikel 49 der Richtlinie 2014/25/EU neu eingeführt. Das Verfahren soll es den Auftraggebern ermöglichen, eine langfristige Innovationspartnerschaft für die Entwicklung und den anschließenden Erwerb neuer innovativer Geräte, Ausrüstungen, Waren, Dienst- und Bauleistungen zu begründen.

Es wird dem Auftraggeber erstmals ermöglicht, im Rahmen eines einzigen Verfahrens – der Innovationspartnerschaft – sowohl die Entwicklung einer Innovation zu unterstützen und gleichzeitig auch den anschließenden Erwerb zu regeln, ohne erneut ausschreiben zu müssen.

Dabei stützt sich die Innovationspartnerschaft im Kern auf die Verfahrensregeln, die für das Verhandlungsverfahren gelten. Unabhängig davon, ob es um sehr große Vorhaben oder um kleinere innovative Vorhaben geht, sollte die Innovationspartnerschaft so strukturiert sein, dass sie die erforderliche Marktnachfrage bewirken kann, die die Entwicklung einer innovativen Lösung anstößt. Die Innovationspartnerschaft darf allerdings nicht dazu genutzt werden, um den Wettbewerb zu behindern, einzuschränken oder zu verfälschen. In bestimmten Fällen könnten solche Effekte durch die Gründung von Innovationspartnerschaften mit mehreren Partnern vermieden werden.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 Satz 1 regelt in Umsetzung des Artikels 49 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU das Ziel, das der Auftraggeber mit der Innovationspartnerschaft verfolgen muss: die Entwicklung einer innovativen Liefer-, Dienst- oder Bauleistung und deren anschließender Erwerb. Absatz 1 Satz 2 setzt Artikel 49 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU und stellt klar, dass die zu erwerbende Leistung am Markt noch nicht verfügbar sein darf; ansonsten wäre sie keine Innovation.

Absatz 1 Satz 3 setzt Artikel 49 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um. Die von allen Angeboten einzuhaltenden Mindestanforderungen sind die vom Auftraggeber festzulegenden (insbesondere physischen, funktionellen und rechtlichen) Bedingungen, die jedes Angebot

erfüllen beziehungsweise aufweisen sollte, damit der Auftraggeber den Auftrag im Einklang mit dem gewählten Zuschlagskriterium vergeben kann.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 setzt Artikel 49 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um. Auch bei der Innovationspartnerschaft ist zunächst ein Teilnahmewettbewerb durchzuführen.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 dient der Umsetzung des Artikels 49 Absatz 1 Unterabsatz 4 der Richtlinie 2014/25/EU und regelt die Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge (Teilnahmefrist).

#### **Zu Absatz 4**

Wie beim nicht offenen Verfahren, beim Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und beim wettbewerblichen Dialog kann der Auftraggeber auch bei der Innovationspartnerschaft die Anzahl der Unternehmen begrenzen, die zur Teilnahme am Dialog aufgefordert werden. Absatz 4 setzt Artikel 49 Absatz 5 Satz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um.

#### **Zu Absatz 5**

Absatz 5 regelt in Umsetzung des Artikels 49 Absatz 3 Unterabsatz 1 und 2 der Richtlinie 2014/25/EU die Verhandlungen des Auftraggebers mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Angebote zur Eingehung der Partnerschaft. Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien sind nicht Gegenstand der Verhandlungen. Die Mindestanforderungen sind die vom Auftraggeber zuvor festgelegten Bedingungen, die jedes Angebot erfüllen beziehungsweise aufweisen sollte.

#### **Zu Absatz 6**

Absatz 6 übernimmt die Regelung des Artikels 49 Absatz 4 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU. Er regelt Details zum Ablauf der Verhandlungen vor Eingehung der Innovationspartnerschaft. Absatz 6 Satz 5 wiederum setzt Artikel 49 Absatz 6 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU um.

#### **Zu Absatz 7**

Absatz 7 setzt die Regelung des Artikels 49 Absatz 1 Unterabsatz 4 der Richtlinie 2014/25/EU um und stellt zunächst klar, dass die Innovationspartnerschaft durch Zuschlag auf eines oder mehrerer der eingereichten Angebote zur Eingehung der Innovationspartnerschaft begründet wird. Dabei ist (im Unterschied zu allen anderen Verfahrensarten) die Zuschlagserteilung nach dem niedrigsten Preis oder den niedrigsten Kosten als alleiniges Zuschlagskriterium unzulässig.

#### **Zu Absatz 8**

Absatz 8 greift Absatz 1 auf und umschreibt den Inhalt der Forschungs- und Entwicklungsphase und der Leistungsphase näher. Absatz 8 Satz 2 dient der Umsetzung von Artikel 49 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU und regelt die Einteilung der Partnerschaft in Zwischenetappen. Absatz 8 Satz 3 setzt Artikel 49 Absatz 7 der Richtlinie 2014/25/EU um.

#### **Zu Absatz 9**

In Umsetzung von Artikel 49 Absatz 2 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU stellt Absatz 9 klar, dass die Innovationspartnerschaft am Ende eines (zuvor vereinbarten) Entwicklungsabschnitts beendet werden bzw. die Zahl der Unternehmen reduziert werden kann. Da die Beendigung der Partnerschaft nach Zuschlagserteilung und Vertragsschluss erfolgt, stellt Absatz 9 klar, dass das Ende der Partnerschaft durch eine Kündigung herbeigeführt werden muss.

#### **Zu Absatz 10**

Absatz 10 bezieht sich auf die Leistungsphase und stellt klar, dass der Erwerb der entwickelten Liefer- oder Dienstleistung nur dann vom Auftraggeber geschuldet wird, wenn das bei Eingehung

hung der Partnerschaft festgelegte Leistungsniveau und die Kostenobergrenze eingehalten werden. Damit wird Artikel 49 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU umgesetzt.

## **Unterabschnitt 2 (Besondere Methoden und Instrumente in Vergabeverfahren)**

### **§ 19 (Rahmenvereinbarungen)**

§ 19 trifft in Umsetzung von Artikel 51 der Richtlinie 2014/25/EU Regelungen für Rahmenvereinbarungen im Sinne des § 103 Absatz 5 GWB. Diese müssen als wesentliche Vertragsbestandteile den in Aussicht genommenen Preis und das in Aussicht stehende Vertragsvolumen beinhalten. Konkrete Leistungspflichten und damit der öffentliche Auftrag werden erst durch den jeweiligen auf der Rahmenvereinbarung beruhenden Einzelauftrag begründet.

#### **Zu Absatz 1**

Nach Satz 1 erfolgt der Abschluss von Rahmenvereinbarungen im Wege der allgemeinen Regeln über die Verfahrensarten nach dieser Verordnung. Satz 2 schreibt vor, dass Auftraggeber das voraussichtliche Auftragsvolumen so genau wie möglich ermitteln und bekanntgeben müssen.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 setzt Artikel 51 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um und bestimmt die Regeln für die Einzelauftragsvergabe. Eröffnet der Auftraggeber unter den Rahmenvertragspartnern einen erneuten (Mini-)Wettbewerb, so kann er die bekannt gemachten Kriterien konkretisieren.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 bestimmt die maximale Laufzeit einer Rahmenvereinbarung. Diese ist nicht mehr, wie noch in der Richtlinie von 2004 unbegrenzt, sondern beträgt 8 Jahre. Eine längere Laufzeit ist nur in begründeten Ausnahmefällen möglich.

### **§ 20 (Grundsätze für den Betrieb dynamischer Beschaffungssysteme)**

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 52 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um und bestimmt, dass marktübliche Leistungen unter Nutzung eines dynamischen Beschaffungssystems beschafft werden können. Dabei muss es sich um solche Leistungen handeln, bei denen die allgemein auf dem Markt verfügbaren Merkmale den Anforderungen des Auftraggebers entsprechen.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 stellt klar, dass zum Betrieb eines dynamischen Beschaffungssystems die Vorschriften des nicht offenen Verfahrens zu befolgen sind.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 Satz 2 stellt klar, dass auch auf ein dynamisches Beschaffungssystem die Vorschriften über den Einsatz elektronischer, alternativer elektronischer und anderer als elektronischer Mittel Anwendung finden.

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 setzt Artikel 52 Absatz 1 Satz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um und stellt klar, dass ein dynamisches Beschaffungssystem jedem Unternehmen, das die jeweiligen Eignungskriterien erfüllt, über die gesamte Zeit seiner Einrichtung hinweg zur Verfügung steht.

#### **Zu Absatz 5**

Absatz 5 setzt Artikel 52 Absatz 9 der Richtlinie 2014/25/EU um.

## **§ 21 (Betrieb eines dynamischen Beschaffungssystems)**

### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 52 Absatz 4 Buchstabe a und Absatz 8 Satz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um.

### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 setzt Artikel 52 Absatz 8 Satz 2 Richtlinie 2014/25/EU um.

### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 setzt Artikel 52 Absatz 4 Buchstabe b der Richtlinie 2014/25/EU um.

### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 setzt Artikel 52 Absatz 4 Buchstabe c der Richtlinie 2014/25/EU um.

### **Zu Absatz 5**

Absatz 5 setzt Artikel 52 Absatz 2 Satz 3 der Richtlinie 2014/25/EU um.

### **Zu Absatz 6**

Absatz 6 setzt Artikel 52 Absatz 6 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um.

## **§ 22 (Fristen beim Betrieb dynamischer Beschaffungssysteme)**

### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 regelt, dass bei der Durchführung eines dynamischen Beschaffungssystems die Bestimmungen der Absätze 2 bis 5 gelten.

### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 Setzt Artikel 52 Absatz 2 Unterabsatz 2 Buchstabe a der Richtlinie 2014/25/EU um.

### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 setzt Artikel 52 Absatz 5 Unterabsatz 1 Satz 2 und 3, Unterabsatz 2 und 3 der Richtlinie 2014/25/EU um.

### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 setzt Artikel 52 Absatz 2 Unterabsatz 2 Buchstabe b Satz 1 und 2 der Richtlinie 2014/24/EU um.

## **§ 23 (Grundsätze für die Durchführung elektronischer Auktionen)**

### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 53 Absatz 1 Unterabsatz 3, Absatz 2 Unterabsatz 1 und 2, Absatz 5 Unterabsatz 1 und Unterabsatz 5 Satz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um.

Satz 1 regelt das Verhältnis zwischen der Auftragsvergabe im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren oder im Verhandlungsverfahren und der Durchführung einer elektronischen Auktion und stellt klar, dass der jeweiligen Zuschlagserteilung eine elektronische Auktion vorangehen kann. Voraussetzung für die Durchführung einer elektronischen Auktion ist zudem, dass die Vergabeunterlagen hinreichend präzise gefasst werden können. Die zu beschaffende Leistung muss außerdem mithilfe automatischer Bewertungsmethoden eingestuft werden können. Folgerichtig werden durch Satz 2 der Vorschrift geistig-schöpferische Leistungen als Gegenstände einer elektronischen Auktion ausgeschlossen. Eine solche geistig-schöpferische Leistung ist beispielsweise die Planung und Gestaltung eines Bauwerkes. Satz 3 regelt, dass vor dem Beginn einer elektronischen Auktion alle eingegangenen Angebote erstmals und vollständig bewertet werden müssen. Bewertungsgrundlage sind die zuvor definierten und bekanntgemachten



Zuschlagskriterien sowie deren jeweilige Gewichtung. Satz 4 regelt das Verhältnis zwischen der Einzelauftragsvergabe innerhalb einer Rahmenvereinbarung nach § 19 beziehungsweise zwischen einem erneuten Vergabeverfahren während der Laufzeit eines dynamischen Beschaffungssystems nach §§ 20 ff. und der Durchführung einer elektronischen Auktion und stellt klar, dass eine elektronische Auktion durchgeführt werden kann. Satz 5 bestimmt, dass eine elektronische Auktion mehr als nur eine Auktionsphase umfassen kann. Umfasst eine elektronische Auktion mehrere Phasen, so folgen diese unmittelbar aufeinander.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 setzt Artikel 53 Absatz 1 Unterabsatz 2 2. Halbsatz und Absatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU um.

Satz 1 ergänzt § 120 Absatz 2 GWB und stellt klar, dass die eingegangenen Angebote nach der vollständigen ersten Bewertung aller Angebote automatisch in eine neue Rangfolge gebracht werden können, sofern dazu zuvor festgelegte Methoden genutzt werden und die fortlaufende Neubewertung mithilfe elektronischer Mittel vorgenommen wird. Satz 2 bestimmt, worauf die sich schrittweise wiederholende, elektronische Neubewertung aller eingegangenen Angebote beruht.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 setzt Artikel 53 Absatz 6 Unterabsatz 2 und 3 der Richtlinie 2014/25/EU um.

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 setzt Anhang VII Buchstabe a der Richtlinie 2014/25/EU um und stellt klar, dass bei Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses oder bei Anwendung eines Kosten-Wirksamkeits-Ansatzes nur solche Angebotskomponenten, deren Inhalt sinnvoll in Zahlen abgebildet werden kann, zur Ermittlung der Neureihung von Angeboten, die an einer elektronischen Auktion teilnehmen, genutzt werden können.

### **§ 24 (Durchführung elektronischer Auktionen)**

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 53 Absatz 4 Satz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 setzt Artikel 53 Absatz 4 Satz 2 und Anhang VII Buchstabe b bis f der Richtlinie 2014/25/EU um.

Die relevanten Angaben nach Nummer 5 beziehen sich insbesondere auf die für die Durchführung einer elektronischen Auktion verwendeten elektronischen Mittel einschließlich der technischen Eigenschaften der verwendeten Internetverbindung.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 setzt Artikel 53 Absatz 5 Unterabsatz 5 Satz 1 und Absatz 6 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um.

Die Aufforderung an die Bieter, an der elektronischen Auktion teilzunehmen, wird mithilfe elektronischer Mittel versandt.

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 setzt Artikel 53 Absatz 5 Unterabsatz 5 Satz 3 der Richtlinie 2014/25/EU um.

#### **Zu Absatz 5**

Absatz 5 setzt Artikel 53 Absatz 7 der Richtlinie 2014/25/EU um.

#### **Zu Absatz 6**

Absatz 6 stellt in Übereinstimmung mit Artikel 53 Absatz 8 der Richtlinie 2014/25/EU klar, dass die dort genannten Zeitpunkte beziehungsweise Zeiträume den Bietern zuvor bekanntgemacht werden müssen.

**Zu Absatz 7**

Absatz 7 setzt Artikel 53 Absatz 8 der Richtlinie 2014/25/EU um.

**Zu Absatz 8**

Absatz 8 setzt Artikel 53 Absatz 9 der Richtlinie 2014/25/EU um.

**§ 25 (Elektronische Kataloge)**

**Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 54 Absatz 1 Unterabsatz 1 und Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU um.

**Zu Absatz 2**

Absatz 2 setzt Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe a der Richtlinie 2014/25/EU um.

**Zu Absatz 3**

Absatz 3 setzt Artikel 54 Absatz 4 und Absatz 5 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um.

**Zu Absatz 4**

Absatz 4 setzt Artikel 54 Absatz 5 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU um.

**Unterabschnitt 3 (Vorbereitung des Vergabeverfahrens)**

**§ 26 (Markterkundung)**

**Zu Absatz 1**

Nach Absatz 1 können Auftraggeber Markterkundungen vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens durchführen. Diese Markterkundungen dürfen allerdings ausschließlich zur Vorbereitung eines Vergabeverfahrens oder zur Unterrichtung der Unternehmen über bestehende Auftragsvergabepläne und -anforderungen des Auftraggebers dienen.

In Umsetzung des Artikels 58 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU wird klargestellt, dass eine Markterkundung vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Planung und Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig ist. In vielen Fällen erscheint eine vorherige Markterkundung auch sinnvoll, um eine fundierte Leistungsbeschreibung auf einer realistischen Kalkulationsgrundlage erstellen zu können.

Zur Markterkundung kann der Auftraggeber nach Artikel 58 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU beispielsweise den Rat von unabhängigen Sachverständigen oder Behörden oder von Marktteilnehmern einholen oder annehmen. Dies darf dabei nicht wettbewerbsverzerrend sein und nicht zu einem Verstoß gegen die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Transparenz führen.

**Zu Absatz 2**

Absatz 2 überführt den Regelungsgehalt des bisherigen § 2 EG Absatz 3 VOL/A in die Sektorenverordnung. Die Vorschrift stellt klar, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens zur reinen Markterkundung oder zum Zwecke der Kosten- oder Preisermittlung, d.h. zu vergabefremden Zwecken, wie bisher unzulässig ist.

**§ 27 (Aufteilung nach Losen)**

§ 27 regelt in Ergänzung zu § 97 Absatz 4 GWB das in Artikel 65 der Richtlinie 2014/25/EU vorgesehene Verfahren bei der Unterteilung von Aufträgen in Lose.

Die Pflicht zur Losaufteilung geht in Einklang mit Artikel 65 Absatz 4 der Richtlinie 2014/25/EU über die in Artikel 65 der Richtlinie 2014/25/EU geforderte bloße Begründungspflicht zur Losaufteilung hinaus.

Ziel der Vorschrift ist es insbesondere, die Beteiligung von kleineren und mittleren Unternehmen (KMU) am Vergabeverfahren zu erleichtern. Die Auftraggeber können dazu auch auf den Leitfaden für bewährte Verfahren zurückgreifen, der im Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen vom 25. Juni 2008 mit dem Titel „Europäischer Leitfaden für bewährte Verfahren zur Erleichterung des Zugangs kleiner und mittlerer Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen“ wiedergegeben ist (siehe Erwägungsgrund 87 der Richtlinie 2014/25/EU).

Bei der Bestimmung der mittelstandsgerechten Losgröße ist nicht alleine die KMU-Definition der Empfehlung 2003/361/EG der Europäischen Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (ABl. L 124 vom 20.5.2003, S. 36) zugrunde zu legen, wie sie etwa für statistische Zwecke nach der Verordnung zur Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen herangezogen wird. Bei der Bestimmung der Losgröße berücksichtigen die öffentlichen Auftraggeber vielmehr die Besonderheiten der jeweiligen Branche, der die Lieferung oder die zu erbringende Leistung überwiegend zuzurechnen ist. Zu diesem Zweck kann auf den „Leitfaden mittelstandsgerechte Teillosbildung“ (<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/J-L/leitfaden-mittelstandsgerechte-teillosbildung,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>) und auf das dazugehörige Excel-Berechnungstool (<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/Binaer/berechnungshilfe,property=blob,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.xls>) zurückgegriffen werden.

#### **Zu Absatz 1**

In Umsetzung von Artikel 65 Absatz 2 Satz 1 der Richtlinie 2014/25/EU kann der Auftraggeber nach Absatz 1 Satz 1 festlegen, für welche Anzahl von Lose die Angebote eingereicht werden dürfen. Nach Absatz 1 Satz 2 kann der Auftraggeber die Zahl der Lose beschränken, für die ein einzelner Bieter den Zuschlag erhalten kann. Voraussetzung ist nach Artikel 65 Absatz 2 Satz 2 der Richtlinie 2014/25/EU eine Angabe in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbetätigung, wie sie in Absatz 2 vorgeschrieben ist.

#### **Zu Absatz 2**

In Umsetzung von Artikel 65 Absatz 2 Satz 2 der Richtlinie 2014/25/EU regelt Absatz 2 Satz 1, dass der Auftraggeber die Zahl der Lose nach Absatz 1 Satz 2 nur beschränken kann, sofern die Höchstzahl der Lose pro Bieter in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbetätigung angegeben wurde. Absatz 2 Satz 2 regelt die Anforderungen an die Angaben des Auftraggebers.

#### **Zu Absatz 3**

Mit Absatz 3 wird von der Option in Artikel 65 Absatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU Gebrauch gemacht.

### **§ 28 (Leistungsbeschreibung)**

Die Leistungsbeschreibung nach § 28, der auf die Basisregelung in § 121 GWB Bezug nimmt, legt den vertraglich geschuldeten Leistungsumfang fest und stellt für Unternehmen die Grundlage für die Erstellung ihres Angebotes dar.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 60 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um. Dem Transparenzgrundsatz und Diskriminierungsverbot entsprechend, haben Auftraggeber danach sicherzustellen, dass die Leistungsbeschreibung allen Bietern und Bewerbern den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewährt. Mit diesem Grundsatz unvereinbar wäre beispielsweise eine Leistungsbe-

schreibung, die – ohne sachliche Notwendigkeit – auf ein bestimmtes Produkt eines bestimmten Unternehmens zugeschnitten ist und nur davon erfüllt werden kann. Zudem darf der Auftraggeber die Öffnung des nationalen Beschaffungsmarktes für den Wettbewerb durch Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder aus anderen Staaten nicht in un gerechtfertigter Weise behindern.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 entspricht inhaltlich Artikel 60 Absatz 3 Buchstabe a bis d der Richtlinie 2014/25/EU und entspricht dem bisherigen § 7 Absatz 3 SektVO. Nach Satz 1 sind die Merkmale des Auftragsgegenstandes entsprechend der nachfolgenden Aufzählung zu formulieren.

#### **Zu Nummer 1**

Nach Nummer 1 sind die Merkmale des Auftragsgegenstandes in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen oder einer Beschreibung der zu lösenden Aufgabe zu beschreiben, die jeweils so genau zu fassen sind, dass sie ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln und dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags ermöglichen.

#### **Zu Nummer 2**

Nach Nummer 2 sind die Merkmale des Auftragsgegenstandes unter Bezugnahme auf die im Anlage 1 definierten technischen Anforderungen in der Rangfolge nationale Normen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden (Buchstabe a), europäische technische Bewertungen (Buchstabe b), gemeinsame technische Spezifikationen (Buchstabe c), internationale Normen und andere technische Bezugssysteme, die von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurden (Buchstabe d) oder, falls solche Normen und Spezifikationen fehlen, nationale Normen, nationale technische Zulassungen oder nationale technische Spezifikationen für die Planung, Berechnung und Ausführung von Bauwerken und den Einsatz von Produkten (Buchstabe e) zu beschreiben. Anlage 1 entspricht dabei Anhang VIII der Richtlinie 2014/25/EU.

#### **Zu Nummer 3**

Nach Nummer 3 sind die Merkmale des Auftragsgegenstandes durch eine Kombination der Nummern 1 und 2 zu beschreiben. Nach Buchstabe a entweder in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen unter Bezugnahme auf die technischen Anforderungen gemäß Nummer 2 als Mittel zur Vermutung der Konformität mit diesen Leistungs- und Funktionsanforderungen oder nach Buchstabe b mit Bezugnahme auf die technischen Anforderungen gemäß Nummer 2 hinsichtlich bestimmter Merkmale und mit Bezugnahme auf die Leistungs- und Funktionsanforderungen gemäß Nummer 1 hinsichtlich anderer Merkmale.

Satz 2 setzt Artikel 60 Absatz 3 Buchstabe b Satz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um. Danach muss jede Bezugnahme auf eine Anforderung nach Nummer 2 Buchstabe a bis e durch den Zusatz „oder gleichwertig“ ergänzt werden.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 setzt die Bestimmung in Artikel 60 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um und stellt klar, dass bei der Leistungsbeschreibung auch zusätzliche Kriterien wie etwa soziale, umweltbezogene und qualitative Aspekte Berücksichtigung finden können. Die vom Auftraggeber vorgegebenen Merkmale des Auftragsgegenstandes können auch auf den Prozess oder die Methode zur Produktion beziehungsweise der darüber hinaus angeforderten Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes beziehen. Dabei wird klargestellt, dass ein Auftragsbezug auch dann angenommen werden kann, wenn derartige Faktoren kein materieller Bestandteil der Leistung sind. Damit sind Vorgaben zu bestimmten Umständen der Herstellung von Lieferleistungen – wie etwa die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen entlang der Produktionskette – bereits auf Ebene der Leistungsbeschreibung möglich.

Allerdings müssen die genannten Merkmale einen Auftragsbezug aufweisen und dürften nicht außer Verhältnis zum Auftragswert und dem Beschaffungsziel des Auftrags stehen.

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 dient der Umsetzung von Artikel 60 Absatz 1 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU und stellt klar, dass der Auftraggeber auch die Übertragung gewerblicher Schutzrechte oder die Einräumung von Nutzungsrechten verlangen kann, wenn dies zur Leistungserbringung erforderlich ist.

#### **Zu Absatz 5**

In § 121 Absatz 2 GWB ist bereits geregelt, dass der Auftraggeber Kriterien der Barrierefreiheit außer in ordnungsgemäß begründeten Fällen zwingend berücksichtigen und in der Leistungsbeschreibung vorgeben muss. In Umsetzung von Artikel 60 Absatz 1 Unterabsatz 5 der Richtlinie 2014/25/EU enthält Absatz 5 hierzu ergänzende Pflichten des Auftraggebers.

#### **Zu Absatz 6**

Absatz 6 dient der Umsetzung von Artikel 60 Absatz 4 der Richtlinie 2014/25/EU.

Die Verpflichtung des Auftraggebers zur produktneutralen Ausschreibung in Satz 1 ist Ausfluss des Wettbewerbsgrundsatzes. Die Leistungsbeschreibung darf grundsätzlich nicht zu einer ungerechtfertigten Begünstigungen oder dem Ausschluss von bestimmten Unternehmen oder Produkten führen. Deshalb darf in der Leistungsbeschreibung nicht auf eine bestimmte Herstellung, eine bestimmte Herkunft, besondere Verfahren oder Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion Bezug genommen werden. Allerdings lässt Satz 1 eine Ausnahme vom Grundsatz der Produktneutralität zu, wenn diese durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist. Einschränkungen, die aus der Definition des Beschaffungsgegenstandes resultieren, sind grundsätzlich hinzunehmen.

Satz 2 regelt den zweiten Ausnahmetatbestand vom Gebot der Produktneutralität. Danach ist eine Produktangabe ausnahmsweise zulässig, wenn dadurch eine verständlichere Beschreibung des Auftragsgegenstands möglich ist; gleichzeitig dürfen aber auch Alternativprodukte angeboten werden.

### **§ 29 (Technische Anforderungen)**

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 dient der Umsetzung von Artikel 60 Absatz 5 der Richtlinie 2014/25/EU. Weist der Bieter in seinem Angebot nach, dass die von ihm angebotene Leistung den technischen Anforderungen entspricht, darf der Auftraggeber das Angebot nicht ausschließen. Verwendet der Auftraggeber als technische Anforderungen die Verwendung von Normen nach § 28 Absatz 2 Nummer 2, muss sich der Nachweis des Bieters darauf beziehen, dass die vorgeschlagene Lösung den technischen Anforderungen, auf die Bezug genommen wurde, gleichermaßen entspricht. Der Bieter hat diesen Nachweis in seinem Angebot zu führen.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 Satz 1 setzt die Bestimmung in Artikel 60 Absatz 6 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um. Verwendet der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung Leistungs- und Funktionsanforderungen nach § 28 Absatz 2 Nummer 1, darf er ein Angebot nicht mit der Begründung ablehnen, dass die angebotene Leistung nicht den in Nummer 1 bis 5 genannten Anforderung entspreche, wenn diese Anforderungen die von ihm geforderten technischen Anforderungen betreffen.

Satz 2 entspricht Artikel 60 Absatz 6 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU. Der Bieter muss in seinem Angebot nachweisen, dass die den in Nummer 1 bis 5 genannten Vorschriften entsprechende Leistung den Funktions- und Leistungsanforderungen des Auftraggebers entspricht. Als geeignetes Mittel kann eine technische Beschreibung des Herstellers oder ein Prüfbericht einer anerkannten Stelle gelten.

### **§ 30 (Bekanntmachung technischer Anforderungen)**

In Umsetzung des Artikels 63 der Richtlinie 2014/25/EU regelt § 30 die Bekanntmachung und Zurverfügungstellung der technischen Anforderungen, auf die sich der Auftraggeber bezieht.

#### **Zu Absatz 1**

Die Verpflichtung des Auftraggebers, die relevanten technischen Anforderungen zur Verfügung zu stellen, ergibt sich aus dem Transparenzgrundsatz. Er stellt sie auf Anfrage zur Verfügung.

#### **Zu Absatz 2**

Wie auch die Vergabeunterlagen sind die technischen Anforderungen vom Auftraggeber uneingeschränkt, vollständig, unentgeltlich und unmittelbar zugänglich zu machen.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 regelt die Ausnahme, wenn die technischen Anforderungen nicht elektronisch zugänglich gemacht werden können.

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 setzt Artikel 73 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um und regelt Fristen, innerhalb derer der Auftraggeber zusätzliche Auskünfte zu erteilen hat.

### **§ 31 (Nachweisführung durch Bescheinigungen von Konformitätsbewertungsstellen)**

§ 31 dient der Umsetzung von Artikel 62 der Richtlinie 2014/25/EU.

#### **Zu Absatz 1**

Nach Absatz 1 Satz 1 können Auftraggeber den Wirtschaftsteilnehmern vorschreiben, einen Testbericht einer Konformitätsbewertungsstelle oder eine von dieser ausgegebenen Zertifizierung als Beleg für die Konformität des Angebotes mit den in der Leistungsbeschreibung geforderten technischen Anforderungen beizubringen.

Nach Satz 2 hat der Auftraggeber auch die Bescheinigungen anderer gleichwertiger Konformitätsbewertungsstellen zu akzeptieren, wenn er die Bescheinigung einer bestimmten Konformitätsbewertungsstelle verlangt.

#### **Zu Absatz 2**

Nach Absatz 2 Satz 1 hat der Auftraggeber auch andere als die in Absatz 1 genannten Unterlagen, beispielsweise ein technisches Dossier des Herstellers, zuzulassen. Voraussetzung ist, dass das Unternehmen keinen Zugang zu den in Absatz 1 genannten Belegen hatte oder er es nicht zu vertreten hatte, dass er diesen Beleg nicht innerhalb der vorgegebenen Fristen einholen konnte.

Satz 2 bestimmt, dass das Unternehmen zu belegen hat, dass die von ihm angebotene Leistung die in den technischen Anforderungen festgelegten Kriterien erfüllt.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 entspricht inhaltlich Artikel 62 Absatz 1 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU.

### **§ 32 (Nachweisführung durch Gütezeichen)**

§ 32 dient der Umsetzung von Artikel 61 der Richtlinie 2014/25/EU. Mit der Richtlinie wird die Möglichkeit der Nachweisführung durch Gütezeichen erstmalig ausdrücklich eingeführt und die sog. "Max-Havelaar-Rechtsprechung" des EuGH in Teilen kodifiziert. Da der Auftraggeber den Wettbewerb durch die zwingende Vorgabe bestimmter Gütezeichen erheblich einschränken kann, knüpft Artikel 61 der Richtlinie 2014/25/EU an deren Verwendung strenge Voraussetzungen. Diese Voraussetzungen sind § 32 nachgebildet.

#### **Zu Absatz 1**

Nach Absatz 1 können Auftraggeber ein bestimmtes Gütezeichen als Beleg dafür verlangen, dass die Leistung den in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen entspricht, sofern die in den Absätzen 2 bis 5 genannten Bedingungen erfüllt sind.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 nennt die Bedingungen, die ein Gütezeichen erfüllen muss.

#### **Zu Nummer 1**

Nach Nummer 1 müssen ausnahmslos alle Anforderungen des Gütezeichens für die Bestimmung der Leistung geeignet sein und mit dem mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen.

#### **Zu Nummer 2**

Nummer 2 legt fest, dass die Anforderungen an das Gütezeichen auf objektiven nachprüfbaren und nicht diskriminierenden Kriterien beruhen müssen.

#### **Zu Nummer 3**

Nach Nummer 3 muss das Gütezeichen im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens eingeführt worden sein, an dem alle relevanten interessierten Kreise wie staatliche Stellen, Verbraucher, Sozialpartner, Hersteller, Händler und Nichtregierungsorganisationen teilnehmen konnten.

#### **Zu Nummer 4**

Nummer 4 sieht vor, dass das Gütezeichen und seine Anforderungen allen Betroffenen zugänglich sind, etwa durch die Veröffentlichung der Anforderungen im Internet.

#### **Zu Nummer 5**

Nach Nummer 5 müssen die Anforderungen an die Gütezeichen von einem Dritten festgelegt worden sein, auf den das das Gütezeichen beantragende Unternehmen keinen maßgeblichen Einfluss ausüben kann.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 entspricht inhaltlich der Regelung in Artikel 61 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU. Verlangt der Auftraggeber nicht, dass alle Anforderungen des Gütezeichens erfüllt werden, muss er angeben, welche Anforderungen gemeint sind und diese konkret benennen.

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 entspricht bis auf redaktionelle Änderungen Artikel 61 Absatz 1 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU, wonach Auftraggeber, die ein bestimmtes Gütezeichen fordern, alle andere Gütezeichen akzeptieren müssen, die bestätigen, dass die Lieferung oder Dienstleistung gleichwertige Gütezeichen-Anforderungen erfüllen. Dies gilt insbesondere für Gütezeichen, die in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union ausgestellt wurden.

#### **Zu Absatz 5**

Absatz 5 setzt Artikel 61 Absatz 1 Unterabsatz 4 der Richtlinie 2014/25/EU um. Danach muss ein Auftraggeber andere Belege als die geforderten Gütezeichen akzeptieren, wenn ein Wirtschaftsteilnehmer aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, nachweislich keine Möglichkeit hatte, das vom Auftraggeber geforderte oder ein gleichwertiges Gütezeichen innerhalb einer angemessenen Fristen zu erlangen. Der Wirtschaftsteilnehmer muss jedoch nachweisen, dass die von ihm zu erbringende Leistung die Anforderungen des geforderten Gütezeichens oder die vom Auftraggeber angegebenen spezifischen Anforderungen erfüllt.

### **§ 33 (Nebenangebote)**

§ 33 setzt Artikel 64 der Richtlinie 2014/25/EU um.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 64 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um. Der Auftraggeber kann danach Nebenangebote zulassen oder verlangen. Aufgrund der Bedeutung von Innovationen für die öffentliche Auftragsvergabe, sollten Nebenangebote so oft wie möglich zugelassen werden.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 regelt in Umsetzung von Artikel 64 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU die Anforderungen für den Fall, dass der Auftraggeber Nebenangebote zulässt oder vorschreibt.

Insbesondere muss der Auftraggeber die Mindestanforderungen für Nebenangebote definieren. Die für Nebenangebote vorzugebenden Mindestanforderungen brauchen dabei im Allgemeinen nicht alle Details der Ausführung zu erfassen, sondern dürfen Spielraum für eine hinreichend große Variationsbreite in der Ausarbeitung von Alternativvorschlägen lassen und sich darauf beschränken, den Bietern, abgesehen von technischen Anforderungen, in allgemeinerer Form den Standard und die wesentlichen Merkmale zu vermitteln, die eine Alternativausführung aufweisen muss.

Über die Erfüllung der Mindestanforderungen hinaus müssen Nebenangebote nicht mit dem „Amtsvorschlag“ gleichwertig sein. Eine allgemeine Gleichwertigkeitsprüfung, für die es keine benannten Bezugspunkte gibt, genügt nicht den Anforderungen an ein transparentes Verfahren.

Die Vorschrift stellt ferner klar, dass Nebenangebote auch dann zulässig sind und gewertet werden dürfen, wenn der Preis alleiniges Zuschlagskriterium ist. Unabhängig davon liegt jedoch die Festlegung aussagekräftiger, auf den jeweiligen Auftragsgegenstand und den mit ihm zu deckenden Bedarf zugeschnittener Zuschlagskriterien durch den Auftraggeber nahe. Auf diese Weise kann eingeschätzt werden, ob ein preislich günstigeres Nebenangebot mit einem solchen Abstand hinter der Qualität eines dem „Amtsvorschlag“ entsprechenden Hauptangebots zurückbleibt, dass es nicht als das wirtschaftlichste Angebot bewertet werden kann.

Der Auftraggeber muss ferner vorgeben, auf welche Art und Weise Nebenangebote einzureichen sind. Dabei kann er insbesondere vorschreiben, dass Nebenangebote nur zugelassen sind, sofern auch ein Hauptangebot eingereicht wird.

#### **Zu Absatz 3**

Mit Absatz 3 wird Artikel 64 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU umgesetzt.

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 setzt Artikel 64 Absatz 2 um.

### **§ 34 (Unteraufträge)**

§ 34 dient der Umsetzung von Artikel 88 der Richtlinie 2014/25/EU. Im Rahmen der Unterauftragsvergabe wird der gesamte oder ein Teil des Auftrags auf eine dritte Person übertragen. Die Unterauftragsvergabe, bei der die Erbringung von Teilen der Leistung durch den Auftragnehmer auf einen Unterauftragnehmer übertragen wird, ist von der Eignungslleihe nach § 47 zu unterscheiden, bei der sich ein Bieter auf die Eignung Dritter berufen kann, ohne dass dieser zwingend zugleich als Nachunternehmer mit einem Teil der Leistungserbringung beauftragt werden muss.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 88 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um. Nach Satz 1 können die Auftraggeber die Unternehmen in der Auftragsbekanntmachung 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. Satz 2 trägt dem Umstand Rechnung, dass der Auftraggeber die in Absatz 5 geregelte Überprüfung des Nachunternehmers nur dann vornehmen kann, wenn ihm dieser vor Zuschlagserteilung genannt wurde und ihm die entsprechenden Nachweise, wie beispielsweise die Verpflichtungserklärung des Nachunternehmers gegenüber dem Hauptauftragnehmer, vorliegen. Das Verlangen des Auftraggebers ist unter Berücksichtigung der Ver-



hältnismäßigkeit jedoch auf solche Unternehmen beschränkt, die in die engere Auswahlentscheidung kommen.

#### **Zu Absatz 2**

Mit Absatz 2 wird die Bestimmung in Artikel 88 Absatz 4 der Richtlinien 2014/25/EU umgesetzt, wonach klargestellt wird, dass die Haftung des Hauptauftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber von Absatz 1 unberührt bleibt.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 entspricht inhaltlich der Regelung in Artikel 88 Absatz 5 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU. Danach hat der Auftraggeber in bestimmten Fällen Mitteilungspflichten des Hauptauftragnehmers in seine Vertragsbedingungen aufzunehmen.

In Bezug auf Leistungen, die in einer Einrichtung des Auftraggebers unter dessen direkter Aufsicht zu leisten sind, ist der Auftraggeber nach Satz 1 verpflichtet, in den Auftragsbedingungen vorzuschreiben, dass der Hauptauftragnehmer ihm spätestens zum Beginn der Auftragsdurchführung den Namen, die Kontaktdaten und die gesetzlichen Vertreter seiner Unterauftragnehmer sowie jede weitere Änderung auf der Ebene der Unterauftragnehmer mitteilt. Nach den Sätzen 2 und 3 steht es dem Auftraggeber frei, diese Mitteilungspflichten durch die Vertragsbedingungen auch in den dort genannten Fällen vorzuschreiben.

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 setzt die Regelung in Artikel 88 Absatz 1 und 6 der Richtlinie 2014/25/EU um. Danach haben alle Unterauftragnehmer – gleich auf welcher Stufe der Unterauftragsvergabe sie eingesetzt werden – bei der Ausführung des Auftrags die Vorgaben des § 128 Absatz 1 GWB zu beachten.

#### **Zu Absatz 5**

Absatz 5 setzt Artikel 88 Absatz 6 Buchstabe b der Richtlinie 2014/25/EU um und regelt die Pflicht des „öffentlichen“ Sektorenauftraggebers im Sinne des § 100 Absatz 1 Nummer 1 GWB, vor der Zuschlagserteilung das Vorliegen von Ausschlussgründen nach den §§ 123 und 124 GWB bei Nachunternehmern des Auftragnehmers zu prüfen. Nach Satz 2 verlangen „öffentliche“ Sektorenauftraggeber beim Vorliegen zwingender Ausschlussgründe nach § 123 GWB die Ersetzung des Unterauftragnehmers. Nach Satz 4 können die „öffentlichen“ Sektorenauftraggeber beim Vorliegen fakultativer Ausschlussgründe nach § 124 GWB verlangen, dass der betreffende Nachunternehmer ersetzt wird.

#### **Zu Absatz 6**

Absatz 6 setzt Artikel 88 Absatz 5 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU um.

### **Unterabschnitt 4 (Veröffentlichungen, Transparenz)**

Die Bekanntmachungsvorschriften entsprechen inhaltlich den Artikeln 67 bis 72 der Richtlinie 2014/25/EU. Sie sind Ausdruck des im Vergaberecht geltenden Transparenzgrundsatzes und dienen der Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Wettbewerbs.

### **§ 35 (Auftragsbekanntmachung, Beschafferprofil)**

Die Durchführung eines Vergabeverfahrens ist grundsätzlich europaweit bekannt zu machen. Der in der Richtlinie 2014/25/EU verwendete Begriff des „Aufrufs zum Wettbewerb“ wird im deutschen Recht nicht übernommen, sodass diese Begriffsebene ersatzlos entfällt. Dem liegt die Tatsache zugrunde, dass Missverständnissen vorgebeugt werden soll, weil die deutsche Sprache anders als die englische nicht mehrere Worte für den Begriff des Wettbewerbs kennt. Im deutschen Vergaberecht wird der Begriff des Wettbewerbs bereits in § 103 Absatz 6 GWB als Planungswettbewerb beziehungsweise Auslobungsverfahren legal definiert. Zudem hat sich

der Ausdruck „Teilnahmewettbewerb“ für die erste Stufe im nicht offenen Verfahren, dem Verhandlungsverfahren, dem wettbewerblichen Dialog und der Innovationspartnerschaft etabliert.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 dient der Umsetzung von Artikel 69, Artikel 50, Artikel 67 Absatz 2 sowie Artikel 68 der Richtlinie 2014/25/EU. Danach können Vergabeverfahren unabhängig von der gewählten Verfahrensart grundsätzlich durch eine Auftragsbekanntmachung in Gang gesetzt werden. Dies soll Transparenz, Gleichbehandlung und Wettbewerb gewährleisten. Ausnahmen vom Bekanntmachungsgrundsatz bilden lediglich Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 13 Absatz 2.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 setzt Artikel 69 und Artikel 71 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um. Die Auftragsbekanntmachung muss die Informationen nach Anhang XI der Richtlinie 2014/25/EU enthalten und nach dem Muster gemäß Anhang V der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2015/1986 erstellt werden.

#### **Zu Absatz 3**

Zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes schreibt Absatz 3 vor, dass die Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung die zuständige Vergabekammer als Nachprüfungsbehörde benennen müssen. Dies folgt aus Anhang XI Abschnitt A Nummer 25 der Richtlinie 2014/25/EU. Unter Umständen können auch mehrere Nachprüfungsbehörden zuständig sein; dann sind alle zuständigen Nachprüfungsbehörden zu nennen. Die zuständige Vergabekammer ergibt sich aus den §§ 156 und 158 GWB.

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 ist an Artikel 67 Absatz 1 Satz 3 der Richtlinie 2014/25/EU angelehnt. Auftraggeber haben danach die Möglichkeit, ein Beschafferprofil im Internet einzurichten, in dem eine regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung nach § 36 Absatz 1 oder andere für die Auftragsvergabe relevante Informationen, beispielsweise die Kontaktdaten des Auftraggebers, veröffentlicht werden können.

### **§ 36 (Regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung)**

§ 36 entspricht Artikel 67 der Richtlinie 2014/25/EU. Die regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung dient der frühzeitigen Information des Marktes über eine beabsichtigte Auftragsvergabe. Zudem ermöglicht sie die Verkürzung der Bekanntmachungsfristen im offenen Verfahren. Unter bestimmten Umständen kann sie das Vergabeverfahren auch in Gang setzen.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 entspricht abgesehen von redaktionellen Änderungen Artikel 67 Absatz 1 Satz 1 der Richtlinie 2014/25/EU. Satz 1 bestimmt, dass Auftraggeber eine beabsichtigte Auftragsvergabe mittels regelmäßiger nicht verbindlicher Bekanntmachung anzeigen können. Die regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung dient der frühzeitigen Information von interessierten Unternehmen. Dabei ist es den Auftraggebern freigestellt, eine regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung zu veröffentlichen. Die regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung begründet keine Verpflichtung für die Auftraggeber, die dort genannten Leistungen tatsächlich auszuschreiben. Dabei muss die regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung unabhängig davon, ob die Veröffentlichung über das Beschafferprofil oder das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union erfolgt, die Angaben nach Anhang VI Teil A Abschnitt I der Richtlinie 2014/25/EU enthalten.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 entspricht inhaltlich Artikel 67 Absatz 1 Satz 2 bis 4 der Richtlinie 2014/25/EU und regelt, in welcher Form die Veröffentlichung der regelmäßigen nicht verbindlichen Bekanntmachung zu erfolgen hat.

Nach Satz 1 kann der Auftraggeber die regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung entweder nach dem Muster gemäß Anhang IV der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2015/1986 an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union schicken oder in seinem Beschafferprofil nach § 35 Absatz 4 veröffentlichen.

Veröffentlichen die Auftraggeber die regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung in ihrem Beschafferprofil, besagt Satz 2, dass die Auftraggeber dem Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union eine Mitteilung nach dem Muster gemäß Anhang VIII der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2015/1986 zukommen lassen müssen.

### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 dient der Umsetzung von Artikel 45 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU. Wollen die Auftraggeber die regelmäßige Angebotsfrist im offenen Verfahren nach § 14 verkürzen, ist die Veröffentlichung einer regelmäßigen nicht verbindlichen Bekanntmachung über das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union abweichend von Absatz 1 verpflichtend. Dabei darf es sich nicht um eine regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung nach Absatz 4 handeln und es müssen die nachfolgenden Kriterien kumulativ erfüllt sein.

### **Zu Nummer 1**

Die regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung muss alle nach Anhang IV der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2015/1986 geforderten Informationen enthalten, soweit diese zum Zeitpunkt ihrer Veröffentlichung vorlagen.

### **Zu Nummer 2**

Die regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung wurde zwischen 35 Tagen und 12 Monaten vor dem Tag der Absendung der Auftragsbekanntmachung übermittelt.

### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 setzt Artikel 67 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um. Danach kann die regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung ein Vergabeverfahren in Gang setzen.

Nach Satz 1 kann eine regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung die Auftragsbekanntmachung abweichend von § 35 Absatz 1 entfallen lassen, wenn es sich um ein nicht offenes Verfahren oder ein Verhandlungsverfahren handelt und die nachfolgenden Voraussetzungen kumulativ vorliegen.

### **Zu Nummer 1**

Die regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung muss die zu vergebene Liefer- oder Dienstleistung benennen.

### **Zu Nummer 2**

In der regelmäßigen nicht verbindlichen Bekanntmachung muss darauf hingewiesen werden, dass der Auftrag im nicht offenen Verfahren oder im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ohne gesonderte Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung vergeben wird.

### **Zu Nummer 3**

Die regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung muss eine Aufforderung an die interessierten Unternehmen enthalten, ihr Interesse gegenüber dem Auftraggeber zu bekunden (Interessensbekundung).

### **Zu Nummer 4**

Die regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung muss dabei dem im Anhang IV der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2015/1986 enthaltenen Muster entsprechen.

### **Zu Nummer 5**

Nach Nummer 5 kann die regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung nur dann ein Vergabeverfahren in Gang setzen, wenn sie mindestens 35 Tage und maximal 12 Monate vor der Aufforderung zur Interessensbestätigung veröffentlicht wird.

Satz 2 setzt Artikel 67 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um und besagt, dass die regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachungen, die eine Auftragsbekanntmachung entbehrlich macht, über das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union veröffentlicht werden muss. Die Veröffentlichung auf dem Beschafferprofil darf dagegen nur zusätzlich erfolgen.

#### **Zu Absatz 5**

Absatz 5 beschreibt, wie der Auftraggeber weiter zu verfahren hat, wenn er eine regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung veröffentlicht hat und auf eine zusätzliche Auftragsbekanntmachung verzichten will: Zunächst sind die Unternehmen am Zuge, die ihr Interesse an der Teilnahme am weiteren Verfahren bekunden und eine sog. Interessensbekundung übermitteln müssen. Alle diese Unternehmen werden sodann vom Auftraggeber zur Bestätigung ihres Interesses aufgefordert (Aufforderung zur Interessensbestätigung). Mit dieser Aufforderung seitens des Auftraggebers wird der Teilnahmewettbewerb beim nicht offenen Verfahren und Verhandlungsverfahren eingeleitet. Mit ihrer Interessensbestätigung übermitteln die Unternehmen gleichzeitig auch die (in der regelmäßigen nicht verbindlichen Bekanntmachung bereits veröffentlichten und vom Auftraggeber geforderten) Informationen für die Prüfung ihrer Eignung. Die Frist für den Eingang der Interessensbestätigung beträgt 30 Tage.

#### **Zu Absatz 6**

Absatz 6 dient der Umsetzung von Artikel 67 Absatz 2 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU. Danach beträgt der von der regelmäßigen nicht verbindlichen Bekanntmachung abgedeckte Zeitraum 12 Monate ab dem Datum der Übermittlung der regelmäßigen nicht verbindlichen Bekanntmachung zur Veröffentlichung an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union. Die Benennung eines solchen Zeitraums wurde erforderlich, weil die Veröffentlichung der regelmäßigen nicht verbindlichen Bekanntmachung abweichend zu früheren Regelungen nicht mehr an den Beginn des Haushaltsjahres geknüpft ist.

### **§ 37 (Bekanntmachung über das Bestehen eines Qualifizierungssystems)**

Sektorenauftraggeber haben die Möglichkeit zu entscheiden, ob sie im Rahmen der Auftragsvergabe auf ein Qualifizierungssystem zurückgreifen wollen. Das Qualifizierungssystem hat zum einen den Zweck einer vorgezogenen Eignungsprüfung und zum anderen dient es der Bekanntmachung von zu vergebenden Aufträgen.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 dient der Umsetzung von Artikel 68 Absatz 1 und Artikel 44 Absatz 4 Buchstabe b der Richtlinie 2014/25/EU. Danach können Vergabeverfahren mit Ausnahme offener Verfahren grundsätzlich durch eine Bekanntmachung über bestehende Qualifizierungssysteme in Gang gesetzt werden.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 dient der Umsetzung von Artikel 68 Absatz 2 Satz 1 und 2 der Richtlinie 2014/25/EU und schreibt vor, welche Informationen die Bekanntmachung nach Absatz 1 enthalten muss.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 dient der Umsetzung von Artikel 68 Absatz 2 Satz 2 Buchstabe a und b der Richtlinie 2014/25/EU. Wird die Gültigkeitsdauer des Systems ohne Änderung des Systems geändert, ist das Standardformular nach Absatz 2 zu verwenden. Wird das System beendet, ist eine Vergabebekanntmachung nach § 38 zu verwenden.

### **§ 38 (Vergabebekanntmachungen, Bekanntmachung über Auftragsänderungen)**

§ 38 dient der Umsetzung von Artikel 70 der Richtlinie 2014/25/EU. Auftraggeber sind danach verpflichtet, mittels Vergabebekanntmachung über vergebene Aufträge und deren Ergebnisse zu informieren. Auch über Änderungen von Aufträgen muss informiert werden. Die Vorschriften dienen der Transparenz und Marktbeobachtung.

#### **Zu Absatz 1**

Die Bestimmung des Absatzes 1 entspricht inhaltlich Artikel 50 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU. Danach hat ein Auftraggeber 30 Tage nach Auftragsvergabe beziehungsweise nach dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung eine Vergabebekanntmachung mit den Ergebnissen der Vergabe an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union zu übermitteln.

#### **Zu Absatz 2**

Nach Absatz 2 hat die Übermittlung in der Form des im Anhang VI der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2015/1986 enthaltenen Standardformulars zu erfolgen.

#### **Zu Absatz 3**

Die Regelung in Absatz 3 setzt Artikel 70 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um und schreibt vor, dass die Vergabebekanntmachung in den Fällen, in denen eine regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung nach § 36 Absatz 4 vorliegt, einen entsprechenden Hinweis enthalten muss, wenn der Auftraggeber während des zwölfmonatigen Zeitraums, der von der regelmäßigen nicht verbindlichen Bekanntmachung abgedeckt ist, keine weitere Vergabe vornehmen wird. Die Regelung ist Ausfluss des Transparenzgrundsatzes und soll die Planungssicherheit bei interessierten Unternehmen erhöhen.

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 dient der Umsetzung von Artikel 70 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU und entspricht inhaltlich dem früheren § 15 Absatz 2 SektVO.

Nach Satz 1 umfasst die Vergabebekanntmachung bei Rahmenvereinbarung den Abschluss der Rahmenvereinbarung, aber nicht der Einzelaufträge, die aufgrund der Rahmenvereinbarung vergeben wurden.

Nach Satz 2 können Auftraggeber bei Aufträgen, die im Rahmen eines dynamischen Beschaffungssystems vergeben wurden, die zu veröffentlichenden Einzelaufträge in einer quartalsweisen Zusammenstellung bündeln. In diesem Fall ist die Zusammenstellung spätestens 30 Tage nach Quartalsende an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union zu versenden.

#### **Zu Absatz 5**

Absatz 5 setzt inhaltlich die Regelung in Artikel 89 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um und betrifft die in § 132 GWB geregelte Auftragsänderung während der Vertragslaufzeit. Auftragsänderungen nach § 132 Absatz 5 in Verbindung mit § 132 Absatz 2 Nummer 2 und 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen müssen die Informationen nach Anhang XVI der Richtlinie 2014/25/EU enthalten und in der Form des im Anhang XI der in § 35 Absatz 2 genannten Verordnung (EU) in der jeweiligen Fassung enthaltenen Musters erstellt werden.

#### **Zu Absatz 6**

Absatz 6 entspricht inhaltlich Artikel 70 Absatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU. Nach Absatz 6 sind bestimmte Angaben über die Auftragsvergabe von den Bekanntmachungspflichten über die Auftragserteilung ausgenommen.

#### **Zu Nummer 1**

Nach Nummer 1 müssen Auftraggeber bestimmte Angaben nicht veröffentlichen, wenn die Weitergabe dieser Angaben den Gesetzesvollzug vereiteln würde.

#### **Zu Nummer 2**

Nummer 2 sieht eine Ausnahme von der Bekanntmachungspflicht vor, wenn die Weitergabe bestimmter Angaben dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen würde.

#### **Zu Nummer 3**

Nach Nummer 3 kann von der Weitergabe bestimmter Angaben im Rahmen der Vergabebekanntmachung abgesehen werden, wenn diese den berechtigten geschäftlichen Interessen eines Unternehmens schaden würde.

#### **Zu Nummer 4**

Nummer 4 räumt eine Ausnahme von der Bekanntmachungspflicht ein, soweit bestimmte Angaben den lautereren Wettbewerb zwischen den Unternehmen beeinträchtigen würden.

#### **Zu Absatz 7**

Bei der Vergabe von Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen können die Angaben zu Art und Menge begrenzt werden.

### **§ 39 (Bekanntmachungen über die Vergabe sozialer und anderer besonderer Dienstleistungen)**

§ 39 dient der Umsetzung von Artikel 92 der Richtlinie 2014/25/EU (Sonderregime). Welche Dienstleistungen von dem Sonderregime erfasst sind, ergibt sich aus Anhang XVII der Richtlinie 2014/25/EU.

#### **Zu Absatz 1**

Oberhalb des Schwellenwertes sind Auftraggeber dazu verpflichtet, die beabsichtigte Vergabe europaweit entweder in einer Auftragsbekanntmachung, einer regelmäßigen nicht verbindlichen Bekanntmachung oder einer Bekanntmachung über bestehende Qualifizierungssysteme zu veröffentlichen. Eine Ausnahme davon ist nach Artikel 92 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU nur unter den engen Voraussetzungen des Artikels 50 der Richtlinie 2014/25/EU möglich.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 dient der Umsetzung von Artikel 92 Absatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 dient der Umsetzung von Artikel 92 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU.

### **§ 40 (Veröffentlichung von Bekanntmachungen)**

§ 40 dient der Umsetzung der Artikel 71 und 72 der Richtlinie 2014/25/EU, der die Modalitäten der Veröffentlichung der Bekanntmachungen regelt.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 71 Absatz 1, 2 und 5 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um. Auftraggeber müssen für die Bekanntmachung öffentlicher Aufträge an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union elektronische Mittel verwenden. Für die Bekanntmachung sind die Standardformulare der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2015/1986 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge in der jeweils geltenden Fassung zu verwenden. Die verwendeten elektronischen Mittel müssen über eine Funktion verfügen, die es Auftraggebern erlaubt, das Datum der Übersendung eines Bekanntmachungsformulars an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union zu ermitteln und zu speichern, sodass es gegebenenfalls im späteren Verlauf eines öffentlichen Vergabeverfahrens, beispielsweise wenn die Rechtmäßigkeit eines öffentlichen Vergabeverfahrens angegriffen wird, nachgewiesen werden kann.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 entspricht abgesehen von redaktionellen Änderungen Artikel 71 Absatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU.

Nach Satz 1 werden Bekanntmachungen durch das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union veröffentlicht. Dies geschieht in der Originalsprache, deren Wortlaut verbindlich ist.

Satz 2 setzt Artikel 71 Absatz 5 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um. Danach dient die Bestätigung des Amtes für Veröffentlichungen der Europäischen Union über die Veröffentlichung der übermittelten Inhalte gegenüber dem Auftraggeber als Nachweis der Veröffentlichung. In der Bestätigung hat das Amt den Tag der Veröffentlichung anzugeben.

### **Zu Absatz 3**

Die Regelung in Absatz 3 Satz 1 basiert auf Artikel 72 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU. Veröffentlichungen auf nationaler Ebene dürfen grundsätzlich nicht vor der Veröffentlichung durch das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union erfolgen, es sei denn, zwischen der Bestätigung über den Erhalt der Bekanntmachung und der Bestätigung über die Veröffentlichung durch diese Behörde liegen mehr als 48 Stunden.

Nach Satz 2 dürfen die Veröffentlichungen auf nationaler Ebene nur die Angaben enthalten, die in den an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union übermittelten Bekanntmachungen enthalten sind oder im Falle einer regelmäßigen nicht verbindlichen Bekanntmachung in einem Beschafferprofil veröffentlicht wurden.

Satz 3 bestimmt darüber hinaus, dass in der nationalen Bekanntmachung der Tag der Übermittlung an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union oder der Tag der Veröffentlichung im Beschafferprofil zu nennen sind.

### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 basiert auf der Bestimmung in Artikel 71 Absatz 6 der Richtlinie 2014/25/EU, wonach der Auftraggeber eine europaweite Bekanntmachung auch dann wählen kann, wenn die Auftragsvergabe nicht der Richtlinie 2014/25/EU unterfällt.

## **§ 41 (Bereitstellung der Vergabeunterlagen)**

§ 41 dient der Umsetzung von Artikel 73 der Richtlinie 2014/25/EU und regelt die Bereitstellung, insb. die elektronische Verfügbarkeit der Vergabeunterlagen.

### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 73 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um. Die Vergabeunterlagen müssen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt vom Tag der Veröffentlichung einer Bekanntmachung an von jedem Interessenten mithilfe elektronischer Mittel unter einer Internetadresse abgerufen werden können.

Zu den Vergabeunterlagen gehören sämtliche Unterlagen, die von Auftraggebern erstellt werden oder auf die sie sich beziehen, um Teile des Vergabeverfahrens zu definieren. Sie umfassen alle Angaben, die erforderlich sind, um interessierten Unternehmen eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen.

Unentgeltlich abrufbar sind die Vergabeunterlagen dann, wenn kein an den Vergabeunterlagen Interessierter für das Auffinden, den Empfang und das Anzeigen von Vergabeunterlagen einem Auftraggeber oder einem Unternehmen ein Entgelt entrichten muss. Von dem Merkmal der Unentgeltlichkeit sind sämtliche Funktionen elektronischer Mittel, die nach dem jeweils aktuellen Stand der Technik erforderlich sind, um auf Vergabeunterlagen zuzugreifen, umfasst.

Der Unentgeltlichkeit steht nicht entgegen, wenn Auftraggeber oder Unternehmen über das Auffinden, den Empfang und das Anzeigen von Vergabeunterlagen sowie die dafür erforderlichen Funktionen elektronischer Mittel hinaus weitere, entgeltpflichtige Dienste anbieten, die zum Beispiel das Auffinden von Bekanntmachungen im Internet erleichtern. Allerdings darf nicht ausgeschlossen werden, dass solche entgeltpflichtigen Dienste auch unentgeltlich angeboten werden.

Uneingeschränkt und direkt abrufbar sind die Vergabeunterlagen dann, wenn die Bekanntmachung mit der anzugebenden Internetadresse einen eindeutig und vollständig beschriebenen medienbruchfreien elektronischen Weg zu den Vergabeunterlagen enthält. In der Bekanntmachung sind alle Informationen anzugeben, die es einem Bürger oder einem Unternehmen ohne wesentliche Zwischenschritte und ohne wesentlichen Zeitverlust ermöglichen, mit elektronischen Mitteln an die Vergabeunterlagen zu gelangen. Die angegebene Internetadresse muss potenziell erreichbar sein und die Vergabeunterlagen enthalten.

Mit den Vorschriften zum Einsatz elektronischer Mittel bei der Kommunikation und bei der Datenübermittlung vollzieht die Richtlinie 2014/25/EU einen Paradigmenwechsel. Leitgedanke ist der vollständige Übergang von einer papierbasierten und -gebundenen Auftragsvergabe zu einer durchgängig auf der Verwendung elektronischer Mittel basierenden, medienbruchfreien Auftragsvergabe. Dieser Paradigmenwechsel bedingt eine Neuorganisation der Abläufe im Rahmen einer öffentlichen Auftragsvergabe – bei den Auftraggebern ebenso wie bei den Unternehmen. Weiterhin ist mit diesem Paradigmenwechsel eine erhöhte Verantwortung der Auftraggeber und der Unternehmen verbunden, die Möglichkeiten der auf dem Einsatz elektronischer Medien basierenden öffentlichen Auftragsvergabe bewusst zu nutzen.

Uneingeschränkt und direkt abrufbar sind Vergabeunterlagen im Rahmen der auf elektronische Mittel gestützten Auftragsvergabe ausschließlich dann, wenn weder interessierte Bürger noch interessierte Unternehmen sich auf einer elektronischen Vergabeplattform mit ihrem Namen, mit einer Benutzerkennung oder mit ihrer E-Mail-Adresse registrieren müssen, bevor sie sich über bekanntgemachte öffentliche Auftragsvergaben informieren oder Vergabeunterlagen abrufen können. Beides muss interessierten Bürgern oder interessierten Unternehmen ohne vorherige Registrierung möglich sein. Aus dieser Freiheit resultiert allerdings auch die Pflicht zur selbständigen, eigenverantwortlichen Information interessierter Bürger und Unternehmen über etwaige Änderung der Vergabeunterlagen oder die Bereitstellung zusätzlicher Informationen, z.B. durch Antworten des Auftraggebers auf Bieterfragen. Die Auftraggeber müssen solche Änderungen allen Interessierten direkt und eingeschränkt verfügbar machen. Sie müssen jedoch nicht dafür sorgen, dass sie tatsächlich zur Kenntnis genommen werden.

Vollständig abrufbar sind die Vergabeunterlagen dann, wenn über die Internetadresse in der Bekanntmachung sämtliche Vergabeunterlagen und nicht nur Teile derselben abgerufen werden können.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 regelt Pflichten des Auftraggebers im Falle der Bekanntmachung eines Qualifizierungssystems. Damit wird Artikel 73 Absatz 1 Unterabsatz 2 umgesetzt.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 setzt Artikel 73 Absatz 1 Unterabsatz 3 in Verbindung mit Artikel 40 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um. Es wird klargestellt, dass die Pflicht, die Vergabeunterlagen grundsätzlich mithilfe elektronischer Mittel zur Verfügung zu stellen, nicht angemessen wäre, wenn dies in besonderem Maße aufwändig wäre. Dies gilt insbesondere dann, wenn kein unentgeltlicher, uneingeschränkter, vollständiger und direkter Zugang zu den Vergabeunterlagen angeboten werden kann. Die Angebotsfrist verlängert sich in diesen Fällen nach Satz 2 allerdings zwingend um fünf Tage. Andere als elektronische Mittel sollen ausschließlich in Bezug auf jene Bestandteile der Vergabeunterlagen verwendet werden, die ausdrücklich zu den in den Nummern 1, 2 und 3 geregelten Fällen zu zählen sind.

#### **Zu Nummer 1**

Nummer 1 regelt Fälle, in denen der Auftraggeber spezielle elektronische Mittel verwendet, die nicht allgemein verfügbar sind.

#### **Zu Nummer 2**

Nummer 2 regelt Fälle, in denen der Auftraggeber spezielle Dateiformate vorgibt, die entweder nicht allgemein verfügbar sind oder lizenzrechtlich geschützt sind.



### **Zu Nummer 3**

Nummer 3 regelt Fälle, in denen die Verwendung elektronischer Mittel spezielle Bürogeräte voraussetzt, die Auftraggebern nicht allgemein zur Verfügung stehen. Hiervon erfasst sind beispielsweise Bürogeräte wie Großformatdrucker oder Plotter.

### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 setzt Artikel 73 Absatz 1 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU um. Es wird klargestellt, dass in Fällen, in denen zwar bei Verwendung allgemein verfügbarer elektronischer Mittel das erforderliche Datenschutzniveau nicht sichergestellt werden, in denen jedoch die kombinierte Verwendung elektronischer, alternativer elektronischer und/oder anderer als elektronischer Mittel dieses sichern kann, es den Auftraggebern gestattet ist, so zu verfahren. Die Verwendung anderer als elektronischer Mittel ist Auftraggebern nur hinsichtlich des Schutzes besonders sensibler Daten gestattet. Genügt der Rückgriff auf alternative elektronische Mittel, um das nötige Schutzniveau zu sichern, müssen alternative elektronische Mittel genutzt werden. Das ist beispielsweise der Fall, wenn die Auftraggeber die Verwendung spezieller, sicherer elektronischer Kommunikationskanäle vorschreiben, zu denen sie den Zugang gewähren.

Die Angebotsfrist verlängert sich grundsätzlich um fünf Tage, sofern nicht ein Fall hinreichend begründeter Dringlichkeit vorliegt. Dies gilt auch in Fällen, in denen die Maßnahme zum Schutz der Vertraulichkeit (lediglich) in der Vorgabe für die Bewerber/Bieter besteht, eine Verschwiegenheitserklärung zu unterzeichnen. Hier erscheint ein zwingendes Gebot zur Fristverlängerung überzogen, weil die Abgabe einer solchen Erklärung für den Bewerber/Bieter nur mit sehr geringem Mehraufwand verbunden ist.

## **§ 42 (Aufforderung zur Interessensbestätigung, zur Angebotsabgabe, zu Verhandlungen oder zur Teilnahme am Dialog)**

§ 42 dient der Umsetzung des Artikels 74 der Richtlinie 2014/25/EU.

### **Zu Absatz 1**

Nach Absatz 1 fordern die Auftraggeber bei nicht offenen Verfahren, beim wettbewerblichen Dialog, bei Innovationspartnerschaften und bei Verhandlungsverfahren die im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs ausgewählten Bewerber auf, ein Angebot einzureichen, am wettbewerblichen Dialog oder an Verhandlungen im Rahmen der Innovationspartnerschaft teilzunehmen. Dabei können sie die Zahl der Bewerber nach § 51 begrenzen.

Will der Auftraggeber nicht gemäß § 15 Absatz 4 bereits auf das Erstangebot im Verhandlungsverfahren den Zuschlag erteilen, verhandelt er mit den Bietern über deren Erstangebote.

### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 regelt die sich aus Anhang XIII der Richtlinie 2014/25/EU ergebenden Inhalte der Aufforderung.

### **Zu Nummer 1**

Nach Nummer 1 muss die Aufforderung nach Absatz 1 einen Hinweis auf die veröffentlichte Auftragsbekanntmachung enthalten.

### **Zu Nummer 2**

Nummer 2 sieht vor, dass die Aufforderung nach Absatz 1 den Tag, an dem die Angebotsfrist endet, die Anschrift der Stelle, bei der das Angebot einzureichen ist, die Art der Einreichung sowie die Sprache in der das Angebot abgefasst werden muss, enthält.

### **Zu Nummer 3**

Nach Nummer 3 muss die Aufforderung nach Absatz 1 beim wettbewerblichen Dialog den Termin und den Ort des Beginns der Dialogphase sowie die verwendete Sprache nennen.

### **Zu Nummer 4**

Nummer 4 sieht vor, dass die Aufforderung nach Absatz 1 die Bezeichnung der gegebenenfalls beizufügenden Unterlagen enthalten muss, sofern sie nicht bereits in der Auftragsbekanntmachung enthalten sind.

#### **Zu Nummer 5**

Nach Nummer 5 muss die Aufforderung nach Absatz 1 die Gewichtung der Zuschlagskriterien oder gegebenenfalls die Kriterien in der absteigenden Reihenfolge ihrer Bedeutung beinhalten, sofern sie nicht bereits in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung enthalten sind.

Satz 2 entspricht Anhang XIII Nummer 1 Buchstabe a der Richtlinie 2014/25/EU. Bei öffentlichen Aufträgen, die in einem wettbewerblichen Dialog oder im Rahmen einer Innovationspartnerschaft vergeben werden, sind die in Nummer 2 genannten Angaben erst in der Aufforderung zur Angebotsabgabe und nicht schon in der Aufforderung zur Teilnahme am Dialog zu nennen.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 dient der Umsetzung von Artikel 74 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU.

Satz 1 betrifft die Aufforderung zur Interessensbestätigung. Im Falle einer regelmäßigen nicht verbindlichen Bekanntmachung nach § 38 Absatz 4, die eine Auftragsbekanntmachung entfallen lässt, fordern Auftraggeber alle Unternehmen auf, ihr nach der Veröffentlichung der regelmäßigen nicht verbindlichen Bekanntmachung bekundetes Interesse zu bestätigen.

Satz 2 regelt in Anlehnung an Anhang XIII Nummer 2 der Richtlinie 2014/25/EU, welche Angaben die Aufforderung der Interessensbestätigung enthalten muss.

#### **Zu Nummer 1**

Nach Nummer 1 muss die Aufforderung zur Interessensbestätigung den Umfang des Auftrags einschließlich aller Optionen auf zusätzliche Aufträge und, sofern möglich, eine Einschätzung der Frist für die Ausübung der Optionen enthalten. Bei wiederkehrenden Aufträgen sind Art und Umfang des Auftrags zu nennen und, sofern möglich, das voraussichtliche Datum zukünftiger Auftragsbekanntmachungen für die Liefer- und Dienstleistungen, die Gegenstand des Auftrags sein sollen.

#### **Zu Nummer 2**

Nach Nummer 2 ist anzugeben, ob es sich um ein nicht offenes Verfahren oder um ein Verhandlungsverfahren handelt. Bei anderen Verfahrensarten findet die Vorschrift des § 36 Absatz 4 keine Anwendung.

#### **Zu Nummer 3**

Nummer 3 sieht vor, dass gegebenenfalls der Zeitpunkt, zu dem die Lieferung erbracht beziehungsweise die Dienstleistung beginnt oder abgeschlossen wird, in der Aufforderung zur Interessensbestätigung zu nennen sind.

#### **Zu Nummer 4**

Nummer 4 schreibt vor, dass die Aufforderung zur Interessensbestätigung die Internetadresse, über die die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt und vollständig direkt verfügbar sind, enthält.

#### **Zu Nummer 5**

Für den Fall, dass kein elektronischer Zugang zu den Vergabeunterlagen bereitgestellt werden kann, sieht Nummer 5 vor, dass die Anschrift und der Schlusstermin für die Anforderung der Vergabeunterlagen sowie die Sprache, in der diese abzufassen ist, in der Aufforderung zur Interessensbestätigung mitzuteilen ist. Ist das Anfordern der Vergabeunterlagen in mehreren Sprachen möglich, ist dies ebenfalls mitzuteilen.

#### **Zu Nummer 6**

Nach Nummer 6 ist die Anschrift des öffentlichen Auftraggebers mitzuteilen.

#### **Zu Nummer 7**

Nummer 7 schreibt vor, dass die Aufforderung zur Interessensbestätigung alle wirtschaftlichen und technischen Anforderungen, finanziellen Sicherheiten und Angaben, die von den Wirtschaftsteilnehmern verlangt werden, aufzählt.

#### **Zu Nummer 8**

Nach Nummer 8 muss zudem die Art des Auftrags, der Gegenstand der Vergabe ist, bezeichnet werden.

#### **Zu Nummer 9**

Nach Nummer 9 sind in der Aufforderung zur Interessensbestätigung die Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung oder gegebenenfalls die Kriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung, wenn diese Angaben nicht in der regelmäßigen nicht verbindlichen Bekanntmachung oder der Leistungsbeschreibung enthalten sind, mitzuteilen

### **§ 43 (Form und Übermittlung der Angebote, Teilnahmeanträge, Interessensbekundungen und Interessensbestätigungen)**

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 40 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um. Nach Absatz 1 haben die Unternehmen ihre Angebote, Teilnahmeanträge, Interessensbekundungen und Interessensbestätigungen mittels elektronischer Mittel in Textform nach § 126b BGB einzureichen.

Außer für den Fall, dass die Verwendung elektronischer Mittel bereits ab Inkrafttreten der Vergabeverordnung verbindlich vorgeschrieben ist (wie z.B. bei der Beschaffung im Rahmen dynamischer Beschaffungssysteme, bei elektronischen Auktionen und bei Angeboten in Form eines elektronischen Katalogs) findet diese Vorschrift aufgrund der nach Artikel 106 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU eingeräumten Übergangsfristen für zentrale Beschaffungsstellen erst ab dem 18.04.2017 und im Übrigen ab dem 18.10.2018 Anwendung.

Nach Artikel 106 Absatz 2 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU können Auftraggeber bis zu diesem Zeitpunkt für den gesamten Informationsaustausch wählen, ob sie den Unternehmen die Übermittlung auf dem Postweg, einem anderen geeigneten Weg oder einer Kombination von postalischem oder einem anderen geeigneten Weg und Verwendung elektronischer Mittel vorgeben.

Diese Regelungen finden sich in § 64 bei den Übergangsbestimmungen.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 setzt Artikel 40 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um. Auftraggeber sind in bestimmten Fällen nicht verpflichtet, die Verwendung elektronischer Mittel zur Einreichung von Angeboten und Teilnahmeanträgen durch Unternehmen zu verlangen. Hierzu gehören Fälle, in denen spezielle Bürogeräte verwendet werden müssten, die Auftraggebern nicht generell zur Verfügung stehen. Davon sind beispielsweise Großformatdrucker oder so genannte Plotter umfasst. Ebenso gehören hier Fälle, in denen in den Vergabeunterlagen die Einreichung eines physischen oder maßstabsgetreuen Modells verlangt wird, das den Auftraggebern nicht auf elektronischem Weg übermittelt werden kann. Das physische oder maßstabsgetreue Modell kann dem Auftraggeber auf dem Post- oder auf einem anderen geeigneten Weg übermittelt werden.

Die Verwendung anderer als elektronischer Mittel ist auf die Bestandteile beschränkt, für die die Verwendung elektronischer Mittel nicht verlangt wird. In diesen Fällen werden diese dem Auftraggeber per Post oder auf einem anderen geeigneten Weg oder in Kombination des postalischen mit einem anderen geeigneten Weg und mit elektronischen Mitteln übermittelt.

### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 setzt Artikel 40 Absatz 1 Unterabsatz 3 der Richtlinie 29014/25/EU um und regelt die Dokumentationspflicht im Falle der Inanspruchnahme der Ausnahme nach Absatz 2.

## **§ 44 (Erhöhte Sicherheitsanforderungen bei der Übermittlung der Angebote, Teilnahmeanträge, Interessensbekundungen und Interessensbestätigungen)**

### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 40 Absatz 6 der Richtlinie 2014/25/EU um und regelt die Verwendung elektronischer Signaturen sowie elektronischer Siegel bei der Einreichung von Angeboten, Teilnahmeanträgen, Interessensbekundungen und Interessensbestätigungen. Dabei ist ab dem 1. Juli 2016 die Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des europäischen Parlamentes und des Rates vom 23. Juli 2014 (eIDAS-Verordnung) zu beachten. Aufgrund der nach Artikel 106 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU eingeräumten Übergangsfristen für zentrale Beschaffungsstellen findet die Regelung für zentrale Beschaffungsstellen erst ab dem 18.04.2017 und im Übrigen ab dem 18.10.2018 Anwendung, wobei diese Option schon vorher besteht.

Voraussetzung für die Anwendung der Vorschrift ist eine vorherige Festlegung des Sicherheitsniveaus, dem Daten, die in direktem Zusammenhang mit der Angebotseinreichung gesendet, empfangen, weitergeleitet oder gespeichert werden, genügen müssen, durch die Auftraggeber. Die Festlegung dieses Sicherheitsniveaus muss das Ergebnis einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zwischen den zur Sicherung einer richtigen und zuverlässigen Authentifizierung der Datenquelle und der Unversehrtheit der Daten erforderlichen Maßnahmen einerseits und den von nicht berechtigten Datenquellen stammenden und/oder von fehlerhaften Daten ausgehenden Gefahren andererseits im Einzelfall sein.

Unter ansonsten gleichen Bedingungen wird beispielsweise das Sicherheitsniveau, dem eine E-Mail genügen muss, die ein Unternehmen an einen Auftraggeber sendet, um sich nach der Postanschrift des Auftraggebers zu erkundigen, deutlich niedriger einzuschätzen sein als das Sicherheitsniveau, dem das von einem Unternehmen eingereichte Angebot genügen muss. In gleicher Weise kann Ergebnis einer Einzelfallabwägung sein, dass bei der erneuten Einreichung elektronischer Kataloge oder bei der Einreichung von Angeboten im Rahmen von Kleinstwettbewerben bei einer Rahmenvereinbarung oder beim Abruf von Vergabeunterlagen nur ein niedriges Sicherheitsniveau zu gewährleisten ist.

Ist das zu gewährleistende Sicherheitsniveau so hoch, dass zur Authentifizierung der Datenquelle im Einzelfall elektronische Signaturen eingesetzt werden müssen, so können sowohl fortgeschrittene als auch qualifizierte elektronische Signaturen gemäß den Artikeln 25 und 26 der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des europäischen Parlamentes und des Rates vom 23. Juli 2014 (eIDAS-Verordnung) verwendet werden.

Den Auftraggebern steht es frei, ihre Zuschlagserklärungen mit fortgeschrittenen elektronischen Signaturen oder mit fortgeschrittenen elektronischen Signaturen, die auf einem qualifizierten Zertifikat beruhen, zu versehen, soweit dies die Kenntnisnahme des Erklärungsinhaltes durch die Bieter nicht beeinträchtigt.

Schreiben die Auftraggeber vor, dass elektronisch zu signieren ist, so müssen sie die technischen Rahmenbedingungen so gestalten, dass gültige fortgeschrittene elektronische Signaturen und gültige qualifizierte Zertifikate, die von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ausgestellt wurden, akzeptiert werden. Eine Diskriminierung von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union aufgrund der Verwendung anderer als deutscher elektronischer Signaturen und qualifizierter Zertifikate ist nicht zulässig.

### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 dient der Umsetzung des Artikels 40 Absatz 1 Unterabsatz 4 der Richtlinie 2014/25/EU und regelt die Möglichkeit des Auftraggebers, im Falle besonders schutzwürdiger Daten andere als elektronische Mittel zur Angebotseinreichung zu verlangen.

## **Unterabschnitt 5 (Anforderungen an Unternehmen)**

Die Vorschriften der §§ 45 bis 51 beinhalten die Regeln zu Anforderungen an Unternehmen. Gemäß §142 Nummer 1 GWB und damit abweichend von § 122 Absatz 1 und Absatz 2 GWB wählen Auftraggeber die Unternehmen anhand objektiver Kriterien aus, die sie allen Interessierten zugänglich machen. Damit werden die Artikel 76 bis 81 der Richtlinie 2014/25/EU umgesetzt.

### **§ 45 (Grundsätze)**

#### **Zu Absatz 1**

§ 45 legt bestimmte Grundsätze für die Auswahl von Unternehmen fest, die Auftraggeber zu beachten haben. Damit werden die Vorgaben aus den Artikeln 76, 78 und 39 der Richtlinie 2014/25/EU umgesetzt.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 macht grundsätzliche Vorgaben zu bestimmten Anforderungen, die nicht gestellt werden dürfen, wenn sie bereits beim Auftraggeber vorhanden sind. Die Anforderungen sind zudem allen Unternehmen gegenüber zu stellen und nicht nur einzelnen.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 regelt in Umsetzung des Artikel 78 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU die Möglichkeit des Auftraggebers in Verfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb zur Reduzierung des geeigneten Bewerberkreises, der zur Angebotsabgabe aufgefordert werden soll.

### **§ 46 (Objektive und nichtdiskriminierende Kriterien)**

§ 46 setzt Artikel 78 Absatz 1 und Artikel 80 Absatz 1 Unterabsatz 1 und Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um.

#### **Zu Absatz 1**

Im Gegensatz zur klassischen Auftragsvergabe haben die Auftraggeber im Sektorenbereich größere Spielräume bei der Festlegung von Auswahlkriterien für Unternehmen an einem Vergabeverfahren.

Absatz 1 legt den Grundsatz fest, dass die Kriterien objektiv, also nichtdiskriminierend und allen zugänglich, also einerseits transparent andererseits hindernisfrei abrufbar sein müssen.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 setzt Artikel 80 Absatz 1 Unterabsatz 1 und 2 der Richtlinie 2014/25/EU um. Er regelt die Möglichkeit für Auftraggeber, gegebenenfalls Ausschlussgründe nach § 123 GWB festzulegen. Handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber nach § 100 Absatz 1 Nummer 1 GWB, kann sich eine Verpflichtung zur Anwendung der Ausschlussgründe ergeben.

### **§ 47 (Eignungsleihe)**

§ 47 regelt, wann der Bewerber oder Bieter zulässigerweise für den Nachweis seiner Eignung gegenüber dem Auftraggeber die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen darf. Die Möglichkeit der Eignungsleihe besteht für den Bewerber oder Bieter nur hinsichtlich der erforderlichen wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sowie der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit.

Die Vorschrift dient der Umsetzung von Artikel 79 der Richtlinie 2014/25/EU.

Die Eignungsleihe ist von der Unterauftragsvergabe nach § 34 zu unterscheiden. Während im Rahmen der Vergabe von Unteraufträgen ein Teil des Auftrags durch den Bewerber oder Bieter auf eine dritte Person übertragen wird, die dann diesen Teil ausführt, beruft sich bei der Eignungsleihe der Bewerber oder Bieter für die Eignungsprüfung auf die Kapazitäten eines anderen Unternehmens, ohne dass er zwingend zugleich diesen mit der Ausführung eines Teils des Auftrags beauftragen muss. Der Auftraggeber überprüft im Fall einer Eignungsleihe im Rahmen der Prüfung der Eignung des Bewerbers oder Bieters, ob die Kapazitäten von dritten Unternehmen, die der Bewerber oder Bieter für die Erfüllung bestimmter Eignungskriterien wie beispielsweise der finanziellen Leistungsfähigkeit in Anspruch nehmen will, dem Bewerber oder Bieter wirklich zur Verfügung stehen werden sowie ob die dritten Unternehmen selbst die entsprechenden Eignungskriterien erfüllen und ob bei ihnen Ausschlussgründe vorliegen.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 79 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU um. Im Hinblick auf den Nachweis der beruflichen Befähigung ist die Eignungsleihe nur zulässig, wenn das andere Unternehmen die Leistung auch ausführt, für die die Kapazitäten benötigt werden.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 setzt die Vorschrift des Artikels 79 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um, die die Prüfung der Eignung des in Anspruch genommenen anderen Unternehmens und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen im Rahmen der Eignungsprüfung des Bewerbers oder Bieters vor der Zuschlagserteilung betrifft.

Der Auftraggeber legt fest, bis wann er den Nachweis der Eignung der Bewerber oder Bieter verlangt. Wenn das andere Unternehmen, dessen Kapazitäten der Bewerber oder Bieter zum Nachweis seiner eigenen Eignung in Anspruch nehmen will, das entsprechende Eignungskriterium nicht erfüllt (beispielsweise selbst nicht ausreichend finanziell leistungsfähig ist) oder bei dem anderen Unternehmen ein zwingender Ausschlussgrund vorliegt, muss der Auftraggeber fordern, dass der Bewerber oder Bieter das andere Unternehmen ersetzt und kann ihm dafür eine Frist setzen. Der Auftraggeber kann auch in dem Fall, dass bei dem anderen Unternehmen, dessen Kapazitäten der Bewerber oder Bieter zum Nachweis seiner eigenen Eignung in Anspruch nehmen will, ein fakultativer Ausschlussgrund vorliegt, den Bewerber oder Bieter zum Ersetzen des anderen Unternehmens verpflichten und dafür eine Frist setzen. Wenn der Bewerber oder Bieter der Aufforderung nicht oder nicht fristgemäß nachkommt, hat er seine Eignung nicht nachgewiesen. Weder durch die Eignungsleihe noch durch das unter Umständen erforderliche Ersetzen eines in Anspruch genommenen anderen Unternehmens durch den Bieter oder Bewerber darf das Angebot an sich verändert werden, da die Eignungsleihe nur die Frage der Eignung des Bewerbers oder Bieters betrifft. Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, nach dem Ersetzen eines anderen Unternehmens auch das Ersetzen des neu in Anspruch genommenen anderen Unternehmens zu verlangen, wenn auch bei diesem ein Grund dafür vorliegt.

#### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 regelt in Umsetzung von Artikel 79 Absatz 1 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU die Möglichkeit des Auftraggebers, eine gemeinsame Haftung zu verlangen. Welche Form und welchen Umfang der gemeinsamen Haftung der Auftraggeber verlangt, obliegt der Festlegung durch diesen im Einzelfall.

### **§ 48 (Qualifizierungssysteme)**

Sektorenauftraggeber haben die Möglichkeit zu entscheiden, ob sie im Rahmen der Auftragsvergabe auf ein Qualifizierungssystem zurückgreifen wollen. Das Qualifizierungssystem hat zum einen den Zweck einer vorgezogenen Eignungsprüfung und zum anderen dient es der Bekanntmachung von zu vergebenden Aufträgen.

Mit § 48 werden die Artikel 75, 77 und 79 der Richtlinie 2014/25/EU umgesetzt.

### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 dient der Umsetzung von Artikel 77 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU und legt fest, dass ein Qualifizierungssystem jederzeit zur Zulassung für Unternehmen offen sein muss. Ein Qualifizierungssystem darf verschiedene Stufen, die beispielsweise gesteigerte Anforderungen an die Unternehmen stellen, umfassen.

### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 setzt Artikel 77 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um. Hat der Auftraggeber im Rahmen der objektiven Kriterien technische Anforderungen festgelegt, so gelten die §§ 28 (Leistungsbeschreibung) und 29 (Technische Anforderungen).

### **Zu Absatz 3**

Der Auftraggeber muss für die Dauer des Qualifizierungssystems zu dessen Funktion (zum Beispiel Aufnahmeverfahren, Aktualisierung der Kriterien, Kommunikationsprozess, Abschluss) objektive Vorschriften festlegen.

### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 setzt Artikel 77 Absatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU um. Der Auftraggeber darf sich auch auf ein Qualifizierungssystem anderer Stellen berufen, wenn es seinen Anforderungen entspricht. In diesem Fall teilt er die entsprechenden Kontaktdaten und Kriterien den Interessierten mit.

### **Zu Absatz 5 und Absatz 6**

Absatz 5 setzt Artikel 79 Absatz 1 Satz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um und erlaubt dem Auftragnehmer die Berufung auf Kapazitäten eines anderen Unternehmens in Bezug auf die wirtschaftliche oder finanzielle Leistungsfähigkeit oder die fachliche oder berufliche Befähigung.

Wie nach § 47 Absatz 1 gilt auch hier: Im Hinblick auf den Nachweis der beruflichen Befähigung ist die Eignungsleihe nur zulässig, wenn das andere Unternehmen die Leistung auch ausführt, für die die Kapazitäten benötigt werden.

### **Zu Absatz 7**

Der Nachweis, dass die Kapazitäten eines Dritten auch tatsächlich während der Leistungserbringung zur Verfügung stehen, kann durch die Vorlage einer Verpflichtungserklärung erfolgen.

### **Zu Absatz 8**

Absatz 8 setzt Artikel 77 Absatz 5 der Richtlinie 2014/25/EU um. Dort wird geregelt, dass die geprüften Unternehmen vom Auftraggeber in einem Verzeichnis zu führen sind.

### **Zu Absatz 9**

Absatz 9 setzt Artikel 77 Absatz 5 um. Erfolgte die Bekanntmachung des Qualifizierungssystems gemäß § 37, so erfolgt die Auftragsvergabe in einem nicht offenen Verfahren oder einem Verhandlungsverfahren und nicht in einem offenen Verfahren.

### **Zu Absatz 10**

In Umsetzung des Artikel 77 Absatz 6 der Richtlinie 2014/25/EU erlaubt Absatz 10 dem Auftraggeber die Erhebung von Gebühren. Zwar handelt es sich nicht um eine Gebühr im gebührenrechtlichen Sinn, gleichwohl kann das dem öffentlichen Gebührenrecht zugrunde liegende Äquivalenzprinzip als Maßstab für die geforderte Festlegung einer verhältnismäßigen Gebühr dienen.

### **Zu Absatz 11**

Absatz 11 setzt Artikel 75 Absatz 4 und Absatz 5 der Richtlinie 2014/25/EU um. Er regelt die Mitteilungspflichten des Auftraggebers gegenüber den Unternehmen, die eine Aufnahme in das Qualifizierungssystem beantragt haben.

### **Zu Absatz 12**

Absatz 12 setzt Artikel 75 Absatz 6 der Richtlinie 2014/25/EU um. Geregelt werden Fristen bezüglich einer Ablehnungsentscheidung sowie der Beendigung des Systems. Eine Ablehnung darf sich nur auf die gemäß Absatz 2 festgelegten objektiven Kriterien beziehen.

#### **§ 49 (Normen für Qualitätssicherung und Umweltmanagement)**

§ 49 dient der Umsetzung von Artikel 81 der Richtlinie 2014/25/EU.

Auftraggeber können Anforderungen stellen, die die Einhaltung von Qualitätssicherungs- und Umweltmanagementnormen vorsehen. Dabei nehmen sie auf Systeme Bezug, die den einschlägigen europäischen Normreihen genügen und von akkreditierten Stellen zertifiziert sind.

#### **§ 50 (Rechtsform von Unternehmen, Bietergemeinschaften)**

§ 50 setzt Artikel 37 der Richtlinie 2014/25/EU um und regelt Anforderungen an die Rechtsform von Unternehmen und von Bietergemeinschaften.

### **Unterabschnitt 6 (Prüfung und Wertung der Angebote)**

#### **§ 51 (Prüfung und Wertung der Angebote, Nachforderung von Unterlagen)**

##### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 stellt klar, dass die Angebote zunächst durch den Auftraggeber formell zu prüfen sind und dann entsprechend den Zuschlagskriterien gewertet werden.

Die Prüfung dient der Vorbereitung der Wertung und ist notwendige Voraussetzung für eine mögliche Nachforderung von Unterlagen durch den Auftraggeber.

##### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 dient der Umsetzung von Artikel 76 Absatz 4 der Richtlinie 2014/25/EU. Die Vorschrift regelt die grundsätzliche Möglichkeit des Auftraggebers, bestimmte Unterlagen unter Berücksichtigung des Transparenz- und des Gleichbehandlungsgrundsatzes nachzufordern. Der frühere Begriff der Erklärungen und Nachweise wird durch den Begriff Unterlagen ersetzt.

Grundsätzlich kann der Auftraggeber nur Unterlagen nachfordern, die wirksam gefordert wurden. Das erstmalige Anfordern von Unterlagen, deren spätere Anforderung sich der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen zunächst vorbehalten hat, stellt keine Nachforderung im Sinne dieser Vorschrift dar.

Die Nachforderungsmöglichkeit scheidet aus, wenn das Angebot wegen im Rahmen der Festlegung objektiver Kriterien nach § 46 bestimmter Ausschlussgründe zwingend auszuschließen ist.

Hinsichtlich der Nachforderung ist zunächst zwischen in Absatz 3 behandelten leistungsbezogenen Unterlagen, die die Wertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen, und den in Absatz 2 geregelten Erklärungen zu anderen Punkten zu unterscheiden. Nach Absatz 2 Satz 1 ist bei den Erklärungen zu anderen Punkten wiederum zwischen unternehmensbezogenen und leistungsbezogenen Unterlagen zu unterscheiden. Unternehmensbezogene Unterlagen betreffen die Eignungsprüfung. Die Vorschrift nennt dazu beispielhaft Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise. Es wird klargestellt, dass fehlende oder unvollständige unternehmensbezogene Unterlagen nachzureichen oder zu vervollständigen sein können. Darüber hinaus besteht die in Artikel 76 Absatz 4 der Richtlinie 2014/25/EU ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit, fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen korrigieren zu lassen. Bei leistungsbezogenen Unterlagen besteht diese Möglichkeit nicht. Leistungsbezogene Unterlagen, die beispielsweise für die Erfüllung der Kriterien der Leistungsbeschreibung vorzulegen sind, können lediglich nachzureichen oder zu vervollständigen sein. Dies gilt jedoch ausdrücklich nicht für solche leistungsbezogenen Unterlagen, die in die Wirtschaftlichkeitsbe-



wertung nach den Zuschlagskriterien eingehen und damit die Wertungsreihenfolge beeinflussen können.

Die Möglichkeit der Nachforderung von Unterlagen steht im Ermessen des Auftraggebers. Er kann die Nachforderung auf diejenigen Bieter oder Bewerber beschränken, deren Teilnahmeanträge oder Angebote in die engere Wahl kommen. Er ist nicht verpflichtet, von allen Bietern oder Bewerbern gleichermaßen Unterlagen nachzufordern.

Wenn Auftraggeber grundsätzlich keinen Gebrauch von der Nachforderungsmöglichkeit machen wollen, dürfen sie dies nach Absatz 2 Satz bereits in der Auftragsbekanntmachung mitteilen.

### **Zu Absatz 3**

Unterlagen, die die Zuschlagskriterien betreffen, dürften grundsätzlich nicht nachgefordert werden; dies gilt insbesondere für Preisangaben, es sei denn, es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, bei denen die Nachholung der Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändert oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigt wird.

### **Zu Absatz 4**

Nach Absatz 4 bestimmt der Auftraggeber für das Nachreichen von Unterlagen eine angemessene Frist nach dem Kalender. Die Länge der Frist ist dabei dem Ermessen des Auftraggebers überlassen, weil der Zeitaufwand je nach nachzureichender Unterlage verschieden ausfallen kann.

### **Zu Absatz 5**

Nach Absatz 5 sind die Entscheidung zur Nachforderung und das Ergebnis der Nachforderung zu dokumentieren.

## **§ 52 (Zuschlag und Zuschlagskriterien)**

Die Vorschrift regelt Einzelheiten zum Verfahren bei der Zuschlagserteilung und konkretisiert die Kriterien, nach welchen der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung trifft. Damit gestaltet die Norm den § 127 GWB näher aus. Durch die Erteilung des Zuschlages bestimmt der Auftraggeber, welches Unternehmen letztlich den Auftrag erhält. Die Zuschlagsentscheidung stellt daher eines der zentralen Elemente des Vergabeverfahrens dar.

§ 52 dient der Umsetzung des Artikels 82 der Richtlinie 2014/25/EU.

### **Zu Absatz 1**

Durch Absatz 1 wird unter Verweisung auf die Regelungen des § 127 GWB klargestellt, dass der Zuschlag auch weiterhin (vgl. § 97 Absatz 5 des GWB a.F.) auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist. Damit entspricht die Norm dem Grundgedanken des Artikels 82 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU.

### **Zu Absatz 2**

Das wirtschaftlichste Angebot ist auf Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses zu ermitteln. Ebenso wie § 127 Absatz 1 Satz 4 GWB stellt § 82 Absatz 2 Halbsatz 1 klar, dass bei dieser Ermittlung stets eine Preis- oder Kostenkomponente berücksichtigt werden muss. Auch weiterhin kann der Zuschlag daher allein auf das preislich günstigste Angebot erteilt werden.

Daneben kann der Auftraggeber auch nach Maßgabe des § 127 GWB qualitative, umweltbezogene und soziale Faktoren eines Angebots berücksichtigen, soweit die entsprechenden Kriterien einen Bezug zum Auftragsgegenstand aufweisen (§ 127 Absatz 3 GWB), den Wettbewerb nicht behindern (§ 127 Absatz 4 GWB) und vom Auftraggeber ordnungsgemäß festgelegt und bekanntgemacht worden sind (§ 127 Absatz 5 GWB).

Absatz 2 Halbsatz 2 setzt Artikel 82 Absatz 2 Satz 2 Buchstabe a bis c der Richtlinie 2014/25/EU um, indem er eine exemplarische Auflistung zulässiger Zuschlagskriterien vorgibt.

Die aufgeführten Beispiele füllen die unbestimmten Rechtsbegriffe der „qualitativen“, „umweltbezogenen“, und „sozialen“ Zuschlagskriterien aus, ohne diese abschließend zu determinieren.

### **Zu Nummer 1**

Nummer 1 entspricht Artikel 82 Absatz 2 Satz 2 Buchstabe a der Richtlinie 2014/25/EU. Als erstes mögliches Kriterium nennt Nummer 1 die Qualität. Dieser Aspekt kann auch die Prozessqualität umfassen. So kann etwa bei Großprojekten der Bauherr als qualitatives Kriterium neben dem planerischen und technischen Wert oder den Betriebs- und Folgekosten auch die Qualität der Auftragsdurchführung, z.B. des Risikomanagements im Rahmen des Zuschlags berücksichtigen.

Im Hinblick auf die von der Richtlinie verwendeten Begriffe der „Zugänglichkeit“ sowie des „Design für Alle“ erfolgt eine begriffliche Klarstellung. So wird klargestellt, dass die Zugänglichkeit der Leistung für Menschen mit Behinderungen berücksichtigt werden kann. Damit wird die Terminologie des Artikel 9 Absatz 1 der UN-Behindertenrechtskonvention aufgegriffen, welche in Deutschland aufgrund des Zustimmungsgesetzes vom 21. Dezember 2008 (BGBl 2008 II, 1419) unmittelbare Wirkung entfaltet und auch für das Unionsrecht aufgrund des Beschlusses des Rates vom 26. November 2009 über den Abschluss des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch die Europäische Gemeinschaft (ABl. L 23 vom 27.1.2010, S. 35) maßgeblich ist.

Die Anforderungen des „Designs für Alle“ erfassen über den Begriff der „Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderungen“ hinaus auch die Nutzbarkeit und Erlebbarkeit für möglichst alle Menschen – also die Gestaltung von Bauten, Produkten und Dienstleitungen auf eine Art und Weise, dass sie die Bandbreite menschlicher Fähigkeiten, Fertigkeiten, Bedürfnisse und Vorlieben berücksichtigen, ohne Nutzer durch Speziallösungen zu stigmatisieren. Das Kriterium des „Designs für Alle“ schließt also die „Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderungen“ ein, so dass auch bei diesem Zuschlagskriterium die Vorgaben zur Sicherstellung der Barrierefreiheit zu beachten sind.

Nummer 1 nennt auch umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien. Voraussetzung ist auch hier, dass der notwendige Bezug zum Auftragsgegenstand besteht. Allerdings stellt bereits § 127 Absatz 3 GWB in Umsetzung des Artikels 67 Absatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU klar, dass ein Auftragsbezug künftig auch dann angenommen werden kann, wenn sich das Kriterium auf ein beliebiges Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht. Dies kann insbesondere Prozesse der Herstellung (auch der Rohstoffgewinnung), Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung betreffen, aber (insbesondere bei Warenlieferungen) z.B. auch den Handel mit ihr. Dabei müssen sich solche Kriterien nicht zwingend auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken. Künftig kann somit ein zu beschaffendes Produkt, das aus fairem Handel (z.B. durch die Beachtung internationaler Standards, wie etwa die ILO-Kernarbeitsnormen entlang der Produktions- und Lieferkette) stammt, im Rahmen der Zuschlagswertung mit einer höheren Punktezahl versehen werden als ein konventionell gehandeltes Produkt. Damit steigen dessen Chancen, auch bei einem höheren Angebotspreis den Zuschlag zu erhalten. Gleiches gilt nach dem Erwägungsgrund 102 der Richtlinie 2014/25/EU z.B. für Kriterien, wonach zur Herstellung der zu beschaffenden Waren keine giftigen Chemikalien verwendet werden dürfen, oder dass die auszuführenden Dienstleistungen unter Einsatz energieeffizienter Maschinen erbracht werden.

Mögliches Zuschlagskriterium sind auch innovative Aspekte. Über die Möglichkeiten hinaus, die sich etwa aus dem neuen Verfahren der Innovationspartnerschaft ergeben, kommt damit der Innovation auch auf Zuschlagsebene eine wichtige Rolle zu. Das gilt um so mehr, als öffentliche Aufträge, wie es der Erwägungsgrund 100 der Richtlinie 2014/25/EG festhält, insbesondere als Motor für Innovationen eine entscheidende Rolle spielen.

Die Bedingung des Bezugs zum Auftragsgegenstand schließt allerdings Kriterien und Bedingungen bezüglich der allgemeinen Unternehmenspolitik aus, da es sich dabei nicht um einen Faktor handelt, der den konkreten Prozess der Herstellung oder Bereitstellung der beauftragten Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen charakterisiert. Daher sollte es öffentlichen

Auftraggebern nicht gestattet sein, losgelöst vom Beschaffungsgegenstand von Bietern eine bestimmte Politik der sozialen oder ökologischen Verantwortung zu verlangen.

Selbstverständlich sind unter der Nummer 1 noch viele weitere Zuschlagskriterien möglich, da die Auflistung nicht abschließend ist (wie im Übrigen auch die Nummern 2 und 3). In Frage kommen dabei insbesondere auch die Erfüllung von Sicherheitsaspekten und sicherheitstechnischen Aspekten.

#### **Zu Nummer 2**

Nummer 2 setzt Artikel 82 Absatz 2 Satz 2 Buchstabe b der Richtlinie 2014/25/EU um. Auftraggeber sollen ausweislich des Erwägungsgrundes 99 zur Richtlinie 2014/25/EU, insbesondere bei der Vergabe von Aufträgen für geistig-schöpferische Dienstleistungen wie Beratungstätigkeiten oder Architektenleistungen, die Qualität des mit der Ausführung des konkreten Auftrages betrauten Personals der Zuschlagsentscheidung zugrunde legen können. Dies gilt nach dem zweiten Halbsatz jedoch nur, soweit die bezeichneten Eigenschaften des Personals einen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung – mithin auf den wirtschaftlichen Wert der Leistung – haben kann.

#### **Zu Nummer 3**

Nummer 3 setzt Artikel 82 Absatz 2 Satz 2 Buchstabe c der Richtlinie 2014/25/EU um. Die Liste der Nummern 1 bis 3 des Absatzes 2 ist nicht abschließend. Über die hier exemplarisch genannten Zuschlagskriterien wie z.B. der Liefertermin oder die Wartung der Leistung durch einen qualitativ hochwertigen Kundendienst ist die Vorgabe einer Vielzahl weiterer Kriterien denkbar, wie z.B. die Prozessqualität bei der Auftragsdurchführung.

#### **Zu Absatz 3**

Durch Absatz 3 wird – in Umsetzung von Artikel 82 Absatz 5 der Richtlinie 2014/25/EU – § 127 Absatz 5 GWB ausgestaltet. Die Pflicht zur Angabe der Wertungskriterien und deren Gewichtung bereits in der Auftragsbekanntmachung bzw. in den Vergabeunterlagen trägt zur Wahrung der Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung im Vergabeverfahren bei.

#### **Zu Absatz 4**

Mit Absatz 4 wird klargestellt, dass ein Auftraggeber von den Unternehmen auch für den Nachweis, dass eine angebotene Leistung den Zuschlagskriterien entspricht, Bescheinigungen von Konformitätsbewertungsstellen (nach Maßgabe des § 31) oder die Vorlage von Gütezeichen (gemäß § 32) verlangen kann.

#### **Zu Absatz 5**

Mit Absatz 5 wird klargestellt, dass ein Auftraggeber von den Unternehmen auch für den Nachweis, dass eine angebotene Leistung den Ausführungsbedingungen im Sinne des § 128 Absatz 2 GWB entspricht, Bescheinigungen von Konformitätsbewertungsstellen (nach Maßgabe des § 31) oder die Vorlage von Gütezeichen (gemäß § 32) verlangen kann.

### **§ 53 (Berechnung der Lebenszykluskosten)**

Durch § 53 wird Artikel 83 der Richtlinie 2014/25/EU umgesetzt. Ein Auftraggeber kann bei der Ermittlung der Kosten eines Angebotes sämtliche über den gesamten Lebenszyklus der Leistung anfallende Kosten nach Maßgabe dieser Vorschrift als Zuschlagskriterium berücksichtigen.

#### **Zu Absatz 1**

Im Hinblick auf Artikel 83 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU und des Erwägungsgrunds 101 dieser Richtlinie stellt Absatz 1 klar, dass ein Auftraggeber das Zuschlagskriterium der „Kosten“ auch auf Grundlage der Lebenszykluskosten der Leistung berechnen kann.

#### **Zu Absatz 2**

Will der Auftraggeber die Lebenszykluskosten bei seiner Vergabeentscheidung berücksichtigen, so muss er dies zur Wahrung der Transparenz des Vergabeverfahrens bereits in der Auftragsbekanntmachung bzw. in den Vergabeunterlagen kenntlich machen und die von ihm gewählte Berechnungsmethode ebenso angeben wie die Informationen, welche Unternehmen ihm zur Berechnung zu übermitteln haben. Die Vorschrift setzt Artikel 83 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um.

Die Aufzählung des Absatzes 2 Satz 2 setzt Artikel 83 Absatz 1 Buchstabe a und b der Richtlinie 2014/25/EU um und zählt exemplarisch verschiedene berücksichtigungsfähige Kostenelemente auf. In den Nummern 1 bis 4 werden interne – also auf die Leistung bezogene – Kostenpositionen, wie Kosten für Anschaffung (einschließlich der Kosten für durchzuführende Forschung, Entwicklung, Produktion und Transport), Nutzung (einschließlich des Energie- und Ressourcenverbrauchs), der Wartung sowie der Entsorgung aufgeführt. Absatz 2 Satz 2 Nummer 5 stellt klar, dass bei den Lebenszykluskosten auch externe, das heißt umweltbezogene Effekte berücksichtigt werden können, sofern ihr Geldwert bestimmbar ist und die Voraussetzungen des Absatzes 3 erfüllt sind.

Mit der Einbeziehung umweltbezogener Kostenfaktoren soll das Ziel eines intelligenten, nachhaltigen und integrativen Wachstums bei der öffentlichen Auftragsvergabe gefördert werden (Erwägungsgrund 101 der Richtlinie 2014/25/EU).

### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 legt fest, welche Voraussetzungen eine Methode zur Berechnung der Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, erfüllen muss, um den Anforderungen der Transparenz, Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Nachprüfbarkeit gerecht zu werden. Die Vorschrift setzt damit Artikel 83 Absatz 2 Unterabsatz 2 Buchstabe a bis c der Richtlinie 2014/25/EU um.

### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 setzt Artikel 83 Absatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU um. Auftraggeber sind verpflichtet, eine Methode zur Berechnung von Lebenszykluskosten in der Auftragsbekanntmachung bzw. in den Vergabeunterlagen verbindlich vorzugeben, wenn diese durch einen Rechtsakt der Europäischen Union vorgeschrieben worden ist.

## **§ 54 (Ungewöhnlich niedrige Angebote)**

§ 54 setzt Artikel 84 der Richtlinie 2014/25/EU um. Regelungen mit im Wesentlichen übereinstimmendem Regelungsgehalt fanden sich bereits in § 19 EG Absatz 6 VOL/A sowie § 27 SektVO<sup>4</sup>. Auftraggeber können sogenannte unauskömmliche Angebote, also solche deren Preis im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheint, nach Maßgabe dieser Vorschrift ablehnen.

### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 setzt Artikel 84 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um und trägt dem Anspruch des betroffenen Unternehmens auf rechtliches Gehör Rechnung. Nur wenn das Unternehmen die bezeichneten Bedenken im Hinblick auf seine technischen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Annahmen nicht hinreichend erklären kann, besteht die Möglichkeit, sein Angebot abzulehnen. Er ist daher vor einer Ablehnung seines Angebotes zu dessen Einzelpositionen zu hören.

### **Zu Absatz 2**

Nach Absatz 2 nehmen die Auftraggeber eine erneute Prüfung der Zusammensetzung des Angebots unter Berücksichtigung der im Zuge einer Aufklärung nach Absatz 1 übermittelten Unter-

---

<sup>4</sup> Sowie in § 16 Absatz 8 (EG) VOB/A

lagen vor. Die nicht abschließende Aufzählung möglicher Prüfungsgegenstände in Absatz 2 Satz 2 konkretisiert in Umsetzung des Artikels 84 Absatz 2 Buchstabe a bis d der Richtlinie 2014/25/EU die Prüfungskompetenz des Auftraggebers. Die Prüfung kann darüber hinaus im Hinblick auf Artikel 84 Absatz 4 der Richtlinie 2014/25/EU (vgl. u. Absatz 5) auch die etwaige Gewährung staatlicher Beihilfen an das Unternehmen umfassen.

### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 setzt Artikel 84 Absatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU um. Er gibt dem Auftraggeber die Möglichkeit, den Zuschlag auf ein Angebot abzulehnen, wenn er nach der Prüfung gemäß Absatz 1 und 2 die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären kann. Durch den zwingenden Ausschluss von Angeboten, deren Preise oder Kosten wegen Nichteinhaltung der Verpflichtungen nach § 128 Absatz 1 GWB, insbesondere von umweltrechtlichen Verpflichtungen oder von Vorschriften über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen (u.a. des Mindestlohngesetzes) ungewöhnlich niedrig sind, trägt die Vorschrift auch dem Erwägungsgrund 108 sowie Artikel 36 Absatz 2 (ggf. in Verbindung mit Artikel 88 Absatz 1) der Richtlinie 2014/25/EU Rechnung.

### **Zu Absatz 4**

In Umsetzung von Artikel 84 Absatz 4 der Richtlinie 2014/25/EU bestimmt Absatz 4, dass ein Angebot, dessen ungewöhnlich niedriger Preis darauf beruht, dass das Unternehmen auf rechtmäßige Weise staatliche Beihilfen empfängt oder empfangen hat, nicht abgelehnt werden darf. Die Beweislast für die Rechtmäßigkeit – also für die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt im Sinne des Artikels 107 AEUV – trägt dabei das Unternehmen. Die Vorschrift stellt sicher, dass der rechtmäßige Empfang von Beihilfen einem Unternehmen im Vergabeverfahren nicht zum Nachteil gereicht. Die Europäische Kommission ist als Aufsichtsorgan über die Binnenmarktkonformität staatlicher Beihilfen darüber zu informieren, wenn ein Unternehmen den Nachweis der Rechtmäßigkeit einer gewährten Beihilfe nicht erbringt und ein Angebot daraufhin abgelehnt wird.

## **§ 55 (Angebote, die Erzeugnisse aus Drittländern umfassen)**

§ 55 dient der Umsetzung des Artikels 85 der Richtlinie 2014/25/EU. Gegenüber der Vorgängerrichtlinie 2004/17/EG hat sich keine Veränderung ergeben. Daher wird der bisherige § 28 SektVO im Wortlaut übernommen.

## **§ 56 (Unterrichtung der Bewerber oder Bieter)**

### **Zu Absatz 1**

Mit Absatz 1 wird Artikel 75 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU umgesetzt. Die Informationspflicht des Auftraggebers wird zudem teilweise in § 134 Absatz 1 GWB geregelt.

### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 Nummer 1 bis 4 setzt Artikel 75 Absatz 2 Buchstabe a bis d der Richtlinie 2014/25/EU um.

Absatz 2 Nummer 4 regelt in Umsetzung von Artikel 75 Absatz 2 Buchstabe d der Richtlinie 2014/25/EU die Information der Bieter über den Verlauf und die Fortschritte der Verhandlungen und des wettbewerblichen Dialogs auf deren Verlangen. Eine entsprechende Regelung war in Artikel 49 Absatz 2 der Richtlinie 2004/17/EG noch nicht vorgesehen.

### **Zu Absatz 3**

Nach Absatz 3 sind mit Verweis auf § 38 Absatz 6 dieser Verordnung bestimmte Angaben von den Unterrichtungspflichten des Auftraggebers ausgenommen. Die Vorschrift dient der Umsetzung von Artikel 75 Absatz 3 der Richtlinie 2014/25/EU.

## **§ 57 (Aufhebung und Einstellung des Vergabeverfahrens)**

Die Aufhebung eines Vergabeverfahrens ist in Artikel 75 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU zwar erwähnt, sie enthält jedoch keine weiteren Vorgaben beispielsweise hinsichtlich möglicher Gründe für eine Aufhebung. Ungeachtet dessen sind die aus dem Primärrecht und den Richtlinien folgenden allgemeinen Grundsätze zu beachten.

Nach Satz 1 kann der Auftraggeber ein Vergabeverfahren jederzeit aufheben bzw. einstellen. Die Vorschrift ist auf alle Verfahrensarten anwendbar.

Satz 2 dient der Umsetzung von Artikel 75 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU, soweit sich die Mitteilungspflicht des Auftraggebers auf die Aufhebung des Vergabeverfahrens bezieht. Die Regelung geht über die Vorgaben aus der Richtlinie hinaus, da Artikel 75 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU nur Aufträge betrifft, für die eine Auftragsbekanntmachung erfolgt ist. Ein Bieter in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb ist jedoch gleichermaßen schutzbedürftig und soll daher das Recht erhalten, die Gründe für die Aufhebung des Verfahrens zu erfahren.

## **Abschnitt 3 (Besondere Vorschriften für die Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Leistungen und von Straßenfahrzeugen)**

### **Zu § 58 (Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Leistungen)**

§ 58 enthält Sonderregelungen zur Energieeffizienz, die bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Leistungen, Waren, Geräte oder Ausrüstungen zwingend zu beachten sind. Diese Vorgaben beruhen auf europäischem Recht.

§ 58 überführt den Regelungsgehalt des bisherigen § 7 Absatz 4 der SektVO, in diese Verordnung. Die Regelung dient damit der Umsetzung von Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinie 2009/125/EG und 2010/30/EU und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/8/EG und 2006/32/EG.

### **Zu § 59 (Beschaffung von Straßenfahrzeugen)**

§ 59 enthält spezielle Regelungen für die Beschaffung von Straßenfahrzeugen. Diese gehen den Regelungen zur Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Liefer- oder Dienstleistungen in § 58 vor.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 überführt den Regelungsgehalt des bisherigen § 7 Absatz 5 der SektVO in diese Vergabeverordnung. Satz 1 dient der Umsetzung von Artikel 1 der Richtlinie 2009/33/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge (sog. "Clean-Vehicles-Directive"). Satz 2 dient der Umsetzung von Artikel 5 Absatz 2 derselben Richtlinie.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 überführt den Regelungsgehalt des bisherigen § 7 Absatz 6 der SektVO in diese Verordnung.

## **Abschnitt 4 (Planungswettbewerbe)**

Abschnitt 4 dient der Umsetzung von Titel III Kapitel II der Richtlinie 2014/25/EU und umfasst die allgemeinen Bestimmungen zu Planungswettbewerben, die sich bisher in § 11 der SektVO fanden.

### **Zu § 60 (Anwendungsbereich)**

§ 60 legt den Anwendungsbereich des Abschnitts 4 fest.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 führt die praktischen Anwendungsfälle für Wettbewerbe nach § 103 Absatz 6 GWB auf.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 setzt Artikel 97 Absatz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um. Danach hat der Auftraggeber neben den Bestimmungen in Abschnitt 4, die §§ 5 (Vertraulichkeit), 6 (Interessenkonflikte) und 50 (Rechtsform von Unternehmen, Bietergemeinschaften) bei der Durchführung eines Planungswettbewerbs anzuwenden.

### **Zu § 61 (Veröffentlichung, Transparenz)**

§ 61 dient der Umsetzung von Artikel 96 der Richtlinie 2014/25/EU.

#### **Zu Absatz 1**

Nach Absatz 1 ist mittels Wettbewerbsbekanntmachung zu einem Planungswettbewerb aufzurufen. Die Veröffentlichung erfolgt entsprechend § 40.

#### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 setzt Artikel 50 und Artikel 96 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um. Beabsichtigen Auftraggeber im Anschluss an einen Planungswettbewerb ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchzuführen, müssen die erst im Rahmen der späteren Eignungsprüfung zu erfüllenden Eignungskriterien und die entsprechend verlangten Nachweise bereits in der Wettbewerbsbekanntmachung genannt werden. Damit bedient die Vorschrift den Transparenzgrundsatz. Sie stellt sicher, dass Unternehmen bereits vor der Teilnahme an einem Planungswettbewerb erkennen können, ob sie den späteren Dienstleistungsauftrag erbringen können. Zudem führt die Regelung dazu, dass sich Auftraggeber frühzeitig mit der Frage nach den zu fordernden Eignungskriterien und Nachweisen auseinandersetzen.

#### **Zu Absatz 3**

Nach Absatz 3 Satz 1 und 2 sind die Ergebnisse des Planungswettbewerbs innerhalb von 30 Tagen mittels Standardformular an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union zu versenden.

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 bezieht sich auf die Vorschrift des § 38 Absatz 6, wonach bestimmte Mitteilungen des Auftraggebers unterlassen werden dürfen.

### **Zu § 62 (Ausrichtung)**

§ 62 setzt Artikel 97 der Richtlinie 2014/25/EU um.

### **Zu § 63 (Preisgericht)**

§ 63 dient der Umsetzung von Artikel 97 Absatz 4 und Artikel 98 der Richtlinie 2014/25/EU.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 regelt die Zusammensetzung des Preisgerichts.

#### **Zu Absatz 2**

Nach Absatz 2 ist das Preisgericht in seinen Entscheidungen und Stellungnahmen unabhängig. Bei seinen Entscheidungen legt es nur die in der Wettbewerbsbekanntmachung genannten Kri-

terien zugrunde. Wettbewerbsarbeiten sind ihm anonym vorzulegen; die Anonymität ist bis zur Stellungnahme oder Entscheidung des Preisgerichts zu wahren.

### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 regelt die Berichtspflichten des Preisgerichts.

### **Zu Absatz 4**

Nach Absatz 4 kann das Preisgericht den Teilnehmern am Planungswettbewerb Fragen zu den Wettbewerbsarbeiten stellen. Diese müssen ebenso wie die entsprechenden Antworten dokumentiert werden. Das Protokoll wird neben dem in Absatz 3 erwähnten Bericht geführt.

## **Abschnitt 5 (Übergangs- und Schlussbestimmungen)**

### **Zu § 64 (Übergangsbestimmungen)**

Diese Vorschrift greift die durch Artikel 106 Absatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU vorgesehene Möglichkeit auf, die umfassende Verpflichtung zur Verwendung elektronischer Mittel für zentrale Beschaffungsstellen bis zum 18. April 2017, für alle anderen Auftraggeber bis zum 18. Oktober 2018 zu schieben. Bis zu diesen Zeitpunkten kann der Auftraggeber auch noch z.B. die papierbasierte Übermittlung von Angeboten vorgeben. Allerdings wird auch klargestellt, dass Auftraggeber auch schon vor Ablauf dieser Übergangsfristen die Möglichkeiten haben, die Einreichung von Teilnahmeanträgen und Angeboten ausschließlich mit elektronischen Mitteln vorzuschreiben. In diesen Fällen ist der Bewerber oder Bieter verpflichtet, die Dokumente entsprechend elektronisch (in der Regel über entsprechende Vergabepattformen) einzureichen. Die Übermittlung in Papierform wäre in diesen Fällen ein Formfehler, der zum Ausschuss des Teilnahmeantrags oder Angebots führen würde.

Spätestens ab dem 18. April 2018 sind für die Vergabe von Aufträgen oberhalb der EU-Schwellenwerte elektronische Mittel von allen Beteiligten des Vergabeverfahrens verbindlich vorzugeben und zu verwenden.

### **Zu § 65 (Fristenberechnung)**

§ 65 stellt klar, dass bei der Berechnung aller Fristen dieser Vergabeverordnung die Verordnung (EWG) Nr. 1182/71 des Rates vom 3. Juni 1971 anzuwenden ist. Die Verordnung bestimmt, dass eine Frist grundsätzlich an dem Tag, nachdem das relevante Ereignis stattfindet, zu laufen beginnt. Da hier die EU-Vergaberichtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU sprachlich unsauber sind, wird in dieser Verordnung auch bei der Regelung der einzelnen Fristen ausdrücklich festgehalten, dass der Fristlauf am Tag nach einem bestimmten Ereignis (z.B. der Absendung der Auftragsbekanntmachung) beginnt.