

Stellungnahme



des BDI zu den Vorschlägen der Kommission zur Neufassung der EU-Vergaberichtlinien

Wettbewerb, Öffentliche
Aufträge und Verbraucher

betreffend die Neufassung der Richtlinien

für klassische öffentliche Auftraggeber (Richtl. 2004/18/EG)
durch die Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe
(Dok. KOM (2011) 896)

Dokumenten Nr.
D 0532/1

und

Datum
31. Mai 2012

für Sektorenauftraggeber (Richtl. 2004/17/EG)
durch die Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im
Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der
Postdienste (Dok. KOM (2011) 895)

Seite
1 von 32

I. Vorbemerkung und Zusammenfassung

1. Vorbemerkung

Der BDI begrüßt den Reformvorschlag der Kommission zur Richtlinie 2004/18/EG als grundsätzlich sorgfältig und überlegt ausgearbeitet. In einigen, teils sehr bedeutsamen Punkten besteht allerdings noch deutlicher Überarbeitungsbedarf, wenn die Reform nicht zu Rückschritten hinter den bereits erreichten Stand des Binnenmarktes für öffentliche Aufträge führen soll. Dies gilt vor allem für die erheblich zu weit formulierten, kritischen Ausnahmeregelungen für Beziehungen zwischen öffentlichen Stellen (insbesondere Inhouse-Vergaben), unakzeptabel weit gehende Erlaubnisse zu Vorgaben bezüglich des Produktionsprozesses, nicht angemessene Ausnahmenvorschriften für subzentrale öffentliche Auftraggeber und die ebenfalls nicht sinnvolle Beibehaltung des niedrigsten Preises als weiter zulässiges Prinzip für die Zuschlagserteilung.

Die Auseinandersetzung der Kommission mit der Richtlinie 2004/17/EG ist im Grundsatz ebenfalls als sorgfältig zu beurteilen. Dies trifft sowohl für die Entscheidung zu, dass eine derartige Richtlinie weiterhin notwendig ist, als auch dafür, dass wegen der Besonderheiten der Auftraggeber im Sektorenbereich teilweise abweichende oder geringere Regulierung als nach der Richtlinie 2004/18/EG angemessen ist. Die Beurteilung des Kommissionsvorschlags für eine neugefasste Sektorenrichtlinie wird allerdings gravierend negativ dadurch beeinflusst, dass beabsichtigte Übernahmen von Vorschriften in die Sektorenrichtlinie, die bisher nur für die Richtlinie 2004/18/EG galten, unangemessen und für die Praxis der Sektorenauftraggeber sehr nachteilig sind, wie beispielsweise im Bereich der Rahmenvereinbarungen. Während diese Vorschriften bisher bewusst

**Bundesverband der
Deutschen Industrie e.V.**
Mitgliedsverband
BUSINESSEUROPE

Telekontakte
T: +493020281412
F: +493020282412

Internet
www.bdi.eu

E-Mail
P.Schaefer@bdi.eu

nur für den Bereich klassischer öffentlicher Auftraggeber vorgesehen waren und dort auch weiterhin notwendig sind, ist nicht ersichtlich, warum sie jetzt auf die tendenziell eher wirtschaftsnäheren Sektorenauftraggeber erstreckt werden sollen, für die sie kritischen Mehraufwand im Vergleich zu den bisher bewährten Verfahren verursachen würden.

Außerordentlich kritisch und daher mit Nachdruck abzulehnen ist ferner die vorgesehene Erstreckung der ohnehin höchst problematischen neuen Richtlinie zu Konzessionen auf Sektorenauftraggeber; denn diese waren bisher aus guten Gründen gänzlich von spezifischen Konzessionsregelungen ausgenommen.

Den Vorschlag für eine Konzessionsrichtlinie, dessen Folgenabschätzungsverfahren mit gravierenden Mängeln behaftet ist, lehnen wir sowohl für den Bereich der klassischen öffentlichen Auftragsvergabe als auch für den Sektorenbereich insgesamt ab. Soweit eine ausdrückliche Legislativregelung zu Dienstleistungskonzessionen für unverzichtbar gehalten wird, wäre sowohl unter dem Gesichtspunkt der nötigen Flexibilität für die Praxis als auch nach den Grundsätzen von „better regulation“ – wie vom BDI wiederholt vorgetragen – allein eine sehr schlanke Regelung in möglichst enger Anlehnung an die knapp gefassten, bewährten Vorschriften für Baukonzessionen im Rahmen der klassischen Richtlinie für öffentliche Auftraggeber sachgerecht.

2. Zusammenfassung der wichtigsten BDI-Positionen zur Neufassung der Richtlinie 2004/18/EG

a) Nachdrücklich zu begrüßen sind insbesondere

- die – sachlich und juristisch allein richtige – grundsätzliche Beibehaltung der geltenden Schwellenwerte (Art. 4 Buchst. a bis c), die allerdings *ohne jegliche Ausnahme* gelten sollte,
- die nun vorgesehenen Erleichterungen hinsichtlich der Beibringung von Nachweisen – dabei insbesondere die nun gestärkte Zulässigkeit von Eigenerklärungen (Art. 57) sowie die Beschränkung des Verlangens auf Nachweis des Mindestumsatzes auf das Dreifache des Auftragswertes (Art. 56 Abs. 3),
- die grundsätzliche Bekräftigung, dass allgemeinpolitische bzw. „strategische“ Aspekte bei der Auftragsausführung nur berücksichtigt werden dürfen, wenn sie auf den Auftragsgegenstand bezogen sind (Erwägungsgrund 43),
- die Begrenzung des Anwendungsbereichs des Verhandlungsverfahrens auf bestimmte Fallgruppen statt einer generellen Zulassung als Regelverfahrens sowie die im Kommissionsvorschlag erfolgte Einfügung unbedingt erforderlicher Mindestgarantien für ein transparentes und diskriminierungsfreies Verhandlungsverfahren (Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 4 und Art. 27, insb. Abs. 1, Abs. 4 und Abs. 6) und die
- die Einführung europaweit einheitlicher Vorschriften zur Beseitigung bestehender Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der Wiedierzulassung von Unternehmen nach effektiver „Selbstreinigung“ im Anschluss an regelwidriges Vorverhalten (Art. 55 Abs. 4)

b) Gravierend nachteilig und unbedingt überarbeitungsbedürftig sind dagegen vor allem folgende Elemente des Kommissionsvorschlags:

- die abweichend von der generellen Beibehaltung der Schwellenwerte vorgesehene starke Erhöhung der Schwellenwerte im Bereich der sozialen Dienstleistungen (Art. 4 Buchst. d), die bei sachlicher Betrachtung weder rechtlich geboten ist noch sinnvoll ist und die zu einem unerfreulichen Rückfall hinter die bereits erreichte Marktöffnung führen würde,
- erheblich zu weit gehende, ordnungspolitisch höchst kritische Ausnahmeregelungen für (vermeintlich) vergabefreie Inhouse-Geschäfte und öffentlich-öffentliche Kooperationen (Art. 11), die zu einer unakzeptablen Behinderung der Marktöffnung und der innovativen Aufgabenerledigung im Wettbewerb führen würden und daher unbedingt eingeschränkt werden müssen,
- die Ausnahmenvorschriften für subzentrale öffentliche Auftraggeber (Art. Art. 24 Abs. 2 und 46 Abs. 2), die zu einem nicht akzeptablen Rückbau der bereits erreichten und sinnvollen Transparenzvorschriften für den quantitativ bedeutenden Sektor der regionalen und lokalen Auftraggeber führen würden,
- die in den Erwägungsgründen pauschal als zulässig eingestufte Vorgabe von sozialen Anforderungen für den Zeitraum der Auftragsausführung, die dem Bieter Vorgaben abverlangen, die über das vom demokratischen Gesetzgeber geforderte Maß hinausgehen und nennenswerte wirtschaftliche und arbeitsrechtliche Probleme insbesondere für mittelständische Bieter verursachen können (Erwägungsgrund 43),
- kontraproduktive und daher abzulehnende Fristkürzungen für die Angebotsabgabe beim offenen und nicht offenen Verfahren (Art. 25 und 26)
- stellenweise zu weit und zu vage Ausschlussgründe (Art. 55 Abs. 3 Buchst. a und c),
- Unangemessenheit des Bezugs auf den „spezifischen Produktionsprozess“ im Rahmen der technischen Spezifikationen (Art. 40 Abs. 1),
- nur halbherzige und teils kontraproduktive Reform der Prinzipien für die Zuschlagserteilung (Prinzip des Zuschlags allein nach Preis und starke Ausdehnung der Zuschlagskriterien, insbesondere Ausweitung der Kriterien auf den „spezifischen Produktionsprozess“ (Art. 66 Abs. 2) abzulehnen),
- erheblich zu weit gefasste Kompetenzen bezüglich der nationalen „unabhängigen Stellen“ für öffentliche Aufsicht (Art. 84) und schließlich die
- abzulehnende Ausgliederung der Regelungen über Konzessionen aus der Richtlinie (bislang in Art. 1 Abs. 3 und 4, 56 ff der Richtlinie 2004/18/EG); der Vorschlag einer eigenständigen, sehr umfangreichen Konzessionsrichtlinie ist abzulehnen (dazu erfolgt ggf. noch gesonderte Stellungnahme).

3. Zusammenfassung der wichtigsten BDI-Positionen zur Neufassung der Richtlinie 2004/17/EG

a) Zu begrüßen ist

- die grundsätzliche und richtige Entscheidung, dass es weiterhin einer Richtlinie für Vergaben im Sektorenbereich bedarf, sowie

- die grundsätzliche Einsicht, dass wegen der Besonderheiten der Auftraggeber im Sektorenbereich teilweise abweichende oder geringere Regulierung als nach der Richtlinie 2004/18/EG angemessen ist.
- b) Die Beurteilung des Vorschlags wird allerdings durch einige Detailvorschläge gravierend negativ beeinflusst; dies gilt vor allem für
 - Unklarheiten hinsichtlich des Begriffs der Auftragsvergabe (vgl. Art. 1 Abs. 3 und Art. 13)
 - beabsichtigte Übernahmen von Vorschriften in die Sektorenrichtlinie, die bisher bewusst nur für die Richtlinie 2004/18/EG galten und für den Sektorenbereich nicht erforderlich erscheinen, wie bezüglich Rahmenvereinbarungen (Art. 45), sowie
 - die vorgesehene Erstreckung der ohnehin äußerst problematischen neuen Richtlinie zu Konzessionen auf Sektorenauftraggeber, die bisher aus guten Gründen gänzlich von spezifischen Konzessionsregelungen ausgenommen waren.

II. Stellungnahme zur Neufassung der Richtlinie 2004/18/EG im Einzelnen

- **zu Erwägungsgrund 10:
Aufhebung der Trennung zwischen A- und B-Dienstleistungen grundsätzlich ausdrücklich zu begrüßen**

Die von der Kommission vorgenommene Trennung zwischen A- und B-Dienstleistungen ist grundsätzlich ausdrücklich zu begrüßen. Allenfalls für Rechtsdienstleistungen, die strukturell kaum mit den Dienstleistungen vergleichbar sind, die sonst typischerweise von öffentlichen Stellen im Sinne einer Beschaffung nachgefragt werden, könnte eine – strikt begrenzte, isolierte und nicht auf weitere Bereiche übertragbare – Ausnahme gerechtfertigt sein.

- **zu Erwägungsgrund 43:
Berücksichtigung umweltorientierter und sozialer Aspekte: Beibehaltung der Notwendigkeit des Bezugs zum Auftragsgegenstand zu begrüßen; zu weit gehende Sozialaspekte abzulehnen**

Die grundsätzliche Bekräftigung, dass allgemeinpoltische bzw. „strategische“ Aspekte bei der Auftragsausführung nur berücksichtigt werden dürfen, wenn sie auf den Auftragsgegenstand bezogen sind, ist zu begrüßen.

Zu weit geht dagegen die in Erwägungsgrund 43 *pauschal* als zulässig eingestufte Vorgabe von sozialen Anforderungen für den Zeitraum der Auftragsausführung (Erwägungsgrund 43). Danach können dem Bieter soziale Vorgaben abverlangt werden, die über das vom demokratischen Gesetzgeber geforderte Maß hinausgehen, wie beispielsweise die Einstellung von Langzeitarbeitslosen oder die Einhaltung von ILO-Normen, selbst wenn diese vom Gesetzgeber bewusst nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt wurden. Eine derart weitreichende Interpretation der Zulässigkeit der Vorgabe von Sozialaspekten ist abzulehnen, da sie zu erheblichen Mehrbelastungen für die anbietenden Unternehmen – vor allem für kleine und mittlere Unternehmen – führen kann. Sie läuft damit den Reformzielen der Vereinfachung des Vergaberechts und des besseren Zugangs kleiner und mittlerer Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen diametral zuwider. Im Sinne der von der

Kommission angestrebten Optimierung sollte eine derart weite Interpretation der Sozialaspekte unterbleiben. Erwägungsgrund 43, Satz 3 sollte daher gestrichen werden.

Auch soweit man den Standpunkt vertritt, dass nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH (insb. „Nord Pas des Calais“, Urteil vom 26. 9. 2000, Rechtssache C-225/98) und den geltenden Richtlinien derartige zusätzliche Sozialanforderungen bisher zulässig sind, sollte die Gelegenheit der gegenwärtigen Richtlinienreform dazu genutzt werden, diese zu weit gehende Interpretation zulässiger Sozialaspekte im Interesse der Vermeidung empfindlicher Folgeprobleme einzugrenzen.

Als politische Richtschnur sollte gelten, dass, wenn Sozialstandards erhöht werden sollen, dies im Wege der *allgemeinen Sozialgesetzgebung* zu geschehen hat, nicht aber über den Umweg des öffentlichen Auftragswesens. Denn diesem werden damit erhebliche zusätzliche Schwierigkeiten aufgebürdet, die den Hauptzielen der öffentlichen Beschaffung – der möglichst effizienten Bedarfsdeckung und dem fairen und unverzerrten Bieterwettbewerb – empfindlich zuwiderlaufen.

- **zur Notwendigkeit der Beibehaltung einiger wichtiger Erwägungsgründe der Richtlinie 2004/18/EG in der neuen Richtlinie**

Der BDI vermisst in der neuen Richtlinie einige sehr wesentliche Klarstellungen bzw. Prinzipien, die in den Erwägungsgründen der bisherigen Richtlinie 2004/18/EG enthalten waren, unverändert wichtig sind und daher auch in den Erwägungsgründen der neuen Richtlinie enthalten sein sollten. Dazu zählen

- die Klarstellung, dass die Teilnahme von Einrichtungen des öffentlichen Rechts keine Wettbewerbsverzerrungen gegenüber privatrechtlichen Bietern verursachen darf (Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2004/18/EG),
- eine Klarstellung betreffend die getrennte oder gemeinsame Planung und Ausführung eines Bauauftrags (Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2004/18/EG) und
- die Klarstellung, dass elektronische Auktionen in Betracht kommen, soweit präzise Spezifikationen erstellt werden können und bestimmte Bau- und Dienstleistungsaufträge, bei denen eine geistige Leistung zu erbringen ist – wie zum Beispiel die Konzeption von Bauarbeiten – nicht Gegenstand elektronischer Auktionen sein dürfen (Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2004/18/EG).

- **zu Art. 1 Abs. 2:
Begriff der Auftragsvergabe präzisierungsbedürftig**

Nach Art. 1 Abs. 2 sollen für den Begriff der Auftragsvergabe offenbar mehrere Aufträge zusammengerechnet werden, wenn sie „Teil eines einzigen Projekts“ sind. Hierzu müsste detaillierter geregelt werden, was unter einem „einzigen Projekt“ zu verstehen ist.

- **zu Art. 3:
Begriff „Hauptgegenstand“ bei gemischten Aufträgen ebenfalls präzisierungsbedürftig**

Präzisiert werden sollte, was unter „Hauptgegenstand“ bei gemischten Aufträgen zu verstehen ist. Klärungsbedürftig ist, ob sich dies nach dem Wert der jeweiligen einzelnen Leistung richtet oder ob es insoweit auch andere Entscheidungskriterien maßgeblich sein sollen.

- **zu Art. 4:**
Beibehaltung der geltenden Schwellenwerte zu begrüßen, Ausnahmen abzulehnen

Die grundsätzliche Beibehaltung der geltenden Schwellenwerte (Art. 4 Buchst. a bis c) ist sachlich und rechtlich allein richtig. In sachlicher Hinsicht ist *jeglicher* Erhöhung der Schwellenwerte eine Absage zu erteilen, da bereits die geltenden Schwellenwerte sehr hoch sind und vor allem aus Sicht kleiner und mittlerer Unternehmen eher sogar eine Senkung der Schwellenwerte gefordert wird. Hintergrund dafür ist auch, dass der effektive Vergaberechtsschutz nach den EG-Richtlinien für öffentliche Aufträge nur ab den Schwellenwerten gilt und eine Schwellenwerterhöhung daher nicht nur zu einem Rückbau der Transparenzvorschriften, sondern auch des effektiven europarechtlichen Vergaberechtsschutzes führen würde.

Eine Erhöhung der Schwellenwerte verbietet sich im Übrigen auch unter rechtlichen Gesichtspunkten: Sie würde gegen die *zwingenden* Vorgaben des Government Procurement Agreement (GPA) der WTO verstoßen, das nach jahrelangen Verhandlungen soeben erst neu gefasst worden ist. Dessen - sinnvolle - Schwellenwertbestimmungen sind für die EU als Zeichner des GPA *de iure* zwingend zu beachten.

Die Beibehaltung der Schwellenwerte sollte ohne jegliche Ausnahme gelten. Die im Kommissionsvorschlag vorgesehene, starke Erhöhung der Schwellenwerte für den Bereich der sozialen Dienstleistungen (Art. 4 Buchst. d) ist weder rechtlich geboten noch sachlich sinnvoll. Entgegen den Behauptungen der Befürworter einer solchen Erhöhung fehlt es in Wahrheit an einer tragfähigen Begründung. Insbesondere trifft es nicht zu, dass solche Dienstleistungen anders als andere Dienstleistungen nicht „beschreibbar“ seien. Daher ist kein Grund ersichtlich, warum öffentliche Vergaben in diesem Bereich anders als alle anderen öffentlichen Aufträge behandelt werden sollten.

- **zu Art. 11:**
**Beziehungen zwischen öffentlichen Stellen:
Ausnahmen teils erheblich zu weitgehend, Ausschluss privater Beteiligung zu begrüßen**

In Art. 11 wird der Versuch unternommen, die Rechtsprechung des EuGH zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit zu kodifizieren. Zunächst ist bereits sehr fraglich, inwieweit insofern überhaupt eine ausführliche Kodifizierung notwendig und sinnvoll ist, nachdem der EuGH in einer Reihe von Entscheidungen die Kriterien für die Bedingungen nicht ausschreibungspflichtiger Inhouse-Vergaben bzw. öffentlich-öffentlicher Partnerschaften statuiert hat (vgl. insb. Rechtssachen C-107/98 „Teckal“, C-26/03 „Stadt Halle“, C-458/03 „Parking Brixen“, C-340/04 „Cabotermo“, C-295/05 „Asemfo Tragsa“, C-324/07 „Coditel Brabant“ und C-573/07 „SEA“ und zuletzt „Stadt Hamburg“ (C-480/06 vom 9.6.2009). Mit diesen Urteilen hat sich die Rechtsprechung eindeutig gefestigt. Auch mit einer

ausführlicheren Kodifizierung können neu entstehende Abgrenzungsfragen nicht ausgeschlossen werden.

Höchst problematisch ist vor allem, dass die Anwendungsfälle der Inhouse-Vergabe und damit die Möglichkeiten, Beschaffungsvorgänge dem Vergaberecht zu entziehen, durch den Kommissionsvorschlag teils erheblich ausgeweitet werden. Solche Ausweitungen, die teils noch über die ohnehin bereits weite Interpretation der Zulässigkeit von Ausnahmen nach der EuGH-Rechtsprechung hinausgehen, sind mit allem Nachdruck abzulehnen, was unten näher ausgeführt wird.

Binnenmarkt- und ordnungspolitisches Ziel muss es sein, dass vergabefreie Inhouse-Geschäfte und öffentlich-öffentliche Kooperationen als Ausnahmen von der EU-weit geltenden Ausschreibungspflicht nur in sehr engem Rahmen zugelassen werden. Denn durch Inhouse-Vergaben und öffentlich-öffentliche Kooperationen werden in zunehmendem Maße öffentliche Aufträge dem Markt entzogen und Leistungen beschafft, ohne dass im Wettbewerb privater und öffentlicher Anbieter die beste Leistung und der angemessene Preis, d.h. das wirtschaftlichste Angebot, ermittelt werden kann. Dies geht sowohl zu Lasten der ausgeschlossenen Unternehmen, als auch zu Lasten des Bürgers.

Eine übermäßige Zulassung von Inhouse-Vergaben und öffentlich-öffentlichen Kooperationen

- gefährdet die Erreichung der EU 2020-Ziele,
- steht im Widerspruch zu Sinn und Zweck des EU-Vergaberechts insgesamt und
- läuft mehreren Zielen der EU-Vergaberechtsreform, darunter insbesondere auch dem Ziel des besseren Zugangs von KMU zu öffentlichen Aufträgen und der Steigerung der Effizienz der öffentlichen Ausgaben diametral zuwider.

Im Einzelnen ist insbesondere Folgendes anzumerken:

- **zu Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. b:
Prozentanteil der Auftragsausführung für öffentliche Auftraggeber muss 100 Prozent betragen**

Der Anteil der von der beauftragten juristischen Person für den die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber ausgeführten Tätigkeiten sollte nicht – wie im Kommissionsvorschlag vorgesehen – 90 Prozent, sondern 100 Prozent betragen. Zum einen wird es in der Praxis zu Problemen führen, den für andere als den die Kontrolle ausübenden Auftraggeber ausgeführten Anteil an den Tätigkeiten der beauftragten juristischen Person zu ermitteln. Zum anderen bedeutet die ausschreibungsfreie Auftragsvergabe an die juristische Person einen Wettbewerbsvorteil auch bei einer Marktausrichtung von nur 10 Prozent. Für die in dem betroffenen Marktsegment tätigen privaten Unternehmen kann auch die Konkurrenz einer Inhouse-Tochter relevant und merklich sein, wenn die Tätigkeit nur 10 Prozent der Inhouse-Tochter ausmacht.

- **zu Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. c:
Ausschluss privater Beteiligung zu begrüßen**

Der Ausschluss jeglicher privater Beteiligung an der kontrollierten Einrichtung ist im Einklang mit der Rechtsprechung zu begrüßen und darf im Gesetzgebungsverfahren keinesfalls revidiert werden.

- **Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 2:
Grad des Einflusses des Auftraggebers auf die beauftragte Einrichtung zu präzisieren**

Bei der Festlegung, wann die Kontrolle des Auftraggebers über die beauftragte juristische Person der Kontrolle gleichkommt, die er über seine eigenen Dienststellen ausübt, sollte nicht nur ein maßgeblicher Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person erforderlich sein, sondern ein *beherrschender* oder *bestimmender* Einfluss. Orientierungs- und Vergleichsmaßstab muss auch hier die Einflussmöglichkeit auf eine eigene Dienststelle des Auftraggebers sein. Eigene Dienststellen verfügen über keine oder allenfalls nur ganz geringe Selbständigkeit, unterliegen vollständig der Aufsicht und den Weisungen ihrer der Behördenleitung. Gleiches muss daher auch für die kontrollierte juristische Person gelten. Ein nur „maßgeblicher“ Einfluss reicht daher nicht aus.

- **Art. 11 Abs. 2:
Bestimmungen zu Vergaben von Aufträgen an das kontrollierende Unternehmen abzulehnen**

Diese Bestimmung ist höchst problematisch und sollte gestrichen werden; denn durch sie würde der Anwendungsbereich ausschreibungsfreier Inhouse-Vergaben über die bisherigen Fälle hinaus deutlich – und unnötig – ausgeweitet. Dies ist nicht sachgerecht, denn das Verhältnis selbständiger Tochtergesellschaften zur Mutter-Einrichtung oder anderen Tochtergesellschaften derselben Mutter-Einrichtung entspricht keineswegs dem Verhältnis einer öffentlichen Einrichtung zu ihren eigenen Dienststellen. Tochtergesellschaften haben typischerweise keine Kontrollmöglichkeiten gegenüber ihrer Mutter oder gegenüber anderen Tochtergesellschaften derselben Mutter. Es handelt sich insoweit um rechtlich wie funktional voneinander verschiedene Personen, was keine Privilegierung rechtfertigt.

Die Regelung des Art. 11 Abs. 2 könnte einer nicht wünschenswerten Bildung öffentlich-rechtlicher Konzernstrukturen erheblichen Vorschub leisten, innerhalb derer eine Vielzahl an Leistungen und Waren am Markt vorbei beschafft und ausgetauscht werden könnten.

Insoweit ist beispielsweise auf die Freie und Hansestadt Hamburg (FHH) zu verweisen, die wegen ihrer „Stadtstaaten“-Verfassung zugleich Bundesland und auch Kommune ist und zahlreiche Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen in diversen Wirtschaftsbereichen unterhält. Dazu gehören Unternehmen in Bereichen wie Verkehr, Logistik, Hafen, Flughafen, Wohnen und Stadtentwicklung bis hin zu Sozialem, Kultur und Vermögensmanagement. 2007 hatte die FHH 390 Beteiligungen mit insgesamt rund 89.000 Beschäftigten, die einen Gesamtgewinn von fast 800 Millionen Euro erwirtschafteten. Unternehmen dieser Art könnten nach der nun erwogenen Regelung, soweit an ihnen kein privates Kapital beteiligt ist und sie 90 Prozent ihrer Tätigkeiten für die Muttergesellschaft (hier beispielsweise die FHH) oder gegenüber anderen Tochterunternehmen der Muttergesellschaft ausüben, ausschreibungsfrei Waren und Dienstleistungen untereinander beschaffen bzw. austauschen und würden damit in unvertretbarer Weise privilegiert.

- **zu Art. 11 Abs. 3:**

Anforderungen in Fällen der Beauftragung von juristischen Personen, über die der Auftraggeber keine Kontrolle hat

- **zu Art. 11 Abs. 3 Unterabs. 1 Buchst. b:**

Prozentanteil der Auftragsausführung für öffentliche Auftraggeber muss 100 Prozent betragen

In Bezug auf das Erfordernis nach Art. 11 Abs. 3 Unterabs. 1 Buchst. b) muss der Anteil der von der beauftragten juristischen Person für die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber nicht – wie im Kommissionsvorschlag vorgesehen – 90 Prozent, sondern 100 Prozent betragen; die Gründe hierfür sind die gleichen wie die oben zur parallelen Vorschrift des Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. b) ausgeführten.

- **zu Art. 11 Abs. 3 Buchst. c:**

Ausschluss jeglicher privater Beteiligung zu begrüßen

Der Ausschluss jeglicher privater Beteiligung an der kontrollierten Einrichtung ist – ebenso wie bereits zu Artikel 11 Abs. 1 Buchst. c ausgeführt im Einklang mit der Rechtsprechung – zu begrüßen und darf keinesfalls revidiert werden.

- **Art. 11 Abs. 4:**

Bedingungen für vergabefreie Vereinbarung zwischen mehreren öffentlichen Auftraggebern

- **zu Art. 11 Abs. 4 Buchst. a:**

Notwendigkeit der näheren Spezifizierung „echter“ öffentlicher Zusammenarbeit

In Art. 11 Abs. 4 Buchst. a bedarf es, wenn schon die Rechtsprechung des EUGH übernommen werden soll, der wichtigen ergänzenden Spezifizierung, dass es sich bei der gebotenen „echten“ Zusammenarbeit um einen gegenseitigen *Leistungsaustausch* handeln muss, *der nicht nur gegenseitige Rechte und Pflichten begründet, sondern eine reale Zusammenarbeit im Sinne einer allseitigen tatsächlichen Aufgabenwahrnehmung beinhalten muss* – im Gegensatz zu einem normalen Auftragsverhältnis mit bloßem Austausch von Auftragsausführung und Entgelt. Letzteres würde die Privilegierung nicht rechtfertigen.

- **zu Art. 11 Abs. 4 Buchst. b:**

Erfordernis des öffentlichen Interesses bezüglich der Kooperation zu präzisieren

In Art. 11 Abs. 4 Buchst. b ist das essenzielle Erfordernis der Bestimmung der Kooperationsvereinbarung durch das *öffentliche Interesse* als maßgebliche Determinante zu unklar formuliert. Dies würde Umgehungsversuchen Tür und Tor öffnen. Ein bloßer „Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse“ ist hier nicht ausreichend, sondern die Maßnahme muss *allein vom öffentlichen Interesse bestimmt* sein.

- **zu Art. 11 Abs. 4 Buchst. c:**
Prozentanteil für gestattete Tätigkeit auf dem offenen Markt abzulehnen

Unakzeptabel im Sinne der nötigen klaren Trennung zwischen vergabefreier öffentlicher Aufgabenerledigung einerseits und privater Tätigkeit andererseits ist, dass den an der Kooperation beteiligten öffentlichen Auftraggebern gestattet ist, bis zu 10 Prozent der mit der Kooperationsvereinbarung im Zusammenhang stehenden Tätigkeiten auf dem offenen Markt auszuüben. Dies würde nicht hinnehmbaren Wettbewerbsverzerrungen Vorschub leisten. Öffentlichen Kooperationspartnern, die sich auf Vergabefreiheit berufen, darf *keinerlei* Betätigung auf dem offenen Markt erlaubt sein.

- **zu Art. 11 Abs. 5:**
Ausschluss privater Beteiligung und Verpflichtung zur Öffnung laufender Aufträge bei Eingehung privater Beteiligung zu begrüßen

Zu begrüßen ist die eindeutige Klarstellung, dass keine private Beteiligung an den involvierten öffentlichen Auftraggebern bestehen darf. Die Möglichkeit vergabefreier Inhouse-Geschäfte oder Kooperationen mit gemischtwirtschaftlichen Einrichtungen würde zu einer unbilligen Bevorzugung der daran beteiligten privaten Unternehmen gegenüber ihren Mitbewerbern führen. Ebenso zu begrüßen ist die ausdrückliche Klarstellung, dass im Falle des Eingehens einer privaten Beteiligung laufende Aufträge für den Wettbewerb geöffnet werden müssen. An diesen beiden Regelungen ist unbedingt festzuhalten, sie dürfen im Gesetzgebungsverfahren unter keinen Umständen gelockert werden.

- **zu Art. 17:**
Regelung zu „vorbehaltenen Aufträgen“ modifizierungsbedürftig

Die Aufrechterhaltung einer Sonderregelung zur Integration und Unterstützung behinderter Menschen ist ausdrücklich zu begrüßen. Allerdings sollte insoweit an der bewährten Formulierung des Art. 19 der Richtlinie 2004/18/EG festgehalten werden. Danach ist vorauszusetzen, dass eine *Mehrheit* der Arbeitnehmer der betreffenden Stelle Behinderte sind, die aufgrund der Art oder der Schwere der Behinderung keine Berufstätigkeit unter normalen Bedingungen ausüben können.

Die nun vorgeschlagene Reduzierung des Behindertenanteils auf *nur noch 30 Prozent* könnte dazu ausgenutzt werden, einen – nunmehr deutlich geringeren – Behindertenanteil im Sinne einer „Alibifunktion“ gezielt dazu einzusetzen, Aufträge unter Ausschluss des Wettbewerbs zu erhalten. Dadurch könnte der grundsätzlich nötige Wettbewerb bei der öffentlichen Auftragsvergabe verzerrt werden.

- **zu Art. 19:**
Vorschriften über Mitteilungen (betreffend eVergabe, insb. zu Art. 19 Abs. 7): Forcierung der eVergabe zu begrüßen, aber keine zwingende Einführung der elektronischen Angebotsabgabe vor Überwindung der gravierenden Interoperabilitätsprobleme

Das Bestreben der Kommission, entschlossen auf eine voll-elektronische Vergabe hinzuwirken, ist zu begrüßen. Auch der BDI ist von Anfang an für einen konsequenten Übergang zur elektronischen Vergabe eingetreten. Er hat dies seit

Beginn des SIMAP-Projekts der Kommission mit eigenen Aktivitäten auf europäischer Ebene wie auch auf nationaler Ebene unterstützt.

Es darf allerdings nicht verkannt werden, dass aufgrund des Versäumnisses, rechtzeitig nötige Rahmenparameter oder -vereinbarungen für eine flächendeckende eVergabe, insbesondere zu elektronischen Signaturen und anwendbaren IT-Sicherheitsstandards zu schaffen, äußerst gravierende Inkompatibilitäten zwischen den mittlerweile zahlreich entstandenen eVergabe-Anwendungen entstanden sind. Dies gilt vor allem für die zur Erreichung der „kritischen Masse“ essenziellen großen europäischen Flächenstaaten mit ihren vielfältigen zentralen, regionalen und lokalen Beschaffungsstellen. An dieser Tatsache vermögen auch zuletzt häufig zitierte Beispiele neuer eVergabe-Systeme in einzelnen kleineren EU-Mitgliedstaaten nichts zu ändern. Der BDI hat in der Vergangenheit wiederholt auftraggeberübergreifende Rahmenvereinbarungen im Sinne flächendeckender (Mindest-) Standards zu essenziellen Aspekten der eVergabe angemahnt, die jedoch abgelehnt wurden, wodurch die Zersplitterung der divergierenden Anwendungen stetig gewachsen ist.

Während BDI und anbietende Wirtschaft sich anfangs mit außerordentlich großem Interesse an Pilotprojekten beteiligt haben, mussten sie wiederholt enttäuscht feststellen, dass angesichts der eingetretenen Situation für die Unternehmen eine Umstellung auf elektronische Kommunikation mit den verschiedenen öffentlichen Auftraggebern paradoxer Weise aufwendiger als die hergebrachte Kommunikation im Papierwege wäre. Wesentlicher Hintergrund dafür ist, dass erfolgreich arbeitende Unternehmen typischerweise mit einer Vielzahl zentraler, regionaler und lokaler Auftraggeber im In- und Ausland zusammenarbeiten, die jeweiligen elektronischen Systeme der öffentlichen Auftraggeber jedoch – soweit überhaupt vorhanden – äußerst unterschiedliche Anforderungen in technischer Sicht aufweisen. Dies würde die anbietenden Unternehmen dazu zwingen, eine Vielzahl unterschiedlicher technischer Anforderungen, die sich oft sogar widersprechen, gleichzeitig erfüllen zu müssen, was für die Unternehmen oft aufwändiger als die Fortführung der papiergestützten Kommunikation wäre. Dies gilt insbesondere für die Angebotsabgabe, während der Download von Dokumenten eher unproblematisch ist.

Auch das gelegentlich geäußerte Argument, auch in ihren sonstigen Geschäftsverbindungen seien die Unternehmen mit unterschiedlichen IT-Anforderungen Ihrer Kunden konfrontiert, verfängt für die speziellen Probleme der eVergabe nicht; denn im tendenziell stärker formgebundenen Sektor des öffentlichen Auftragswesens erwachsen die Probleme stärker als im b2b-Bereich vor allem aus Unklarheiten/Inkompatibilitäten über anzuwendende besondere IT-Sicherheitsvorkehrungen wie elektronische Signaturen, Authentifizierungen und Kryptierungen von Dateninhalten. Aus allem folgt, dass die inzwischen leider eingetretene Zurückhaltung der Anbieterschaft gegenüber der eVergabe keinesfalls als „Trägheit“ zu werten ist, sondern ihren Grund eindeutig in nach wie vor fehlenden, praxistauglichen Interoperabilitätslösungen hat.

Zu bedenken ist schließlich auch, dass, wenn die eVergabe zwingend wird, obwohl die Systeme noch nicht hinreichend interoperabel sind, jedes auftraggeberseitige oder plattformseitige technische Problem, das für einen Bieter zum Ausschluss von der Vergabe führt, zum Gegenstand von Vergaberechtsschutzverfahren und Vertragsverletzungsverfahren gemacht werden kann oder gar zum Rückzug von Bietern aus öffentlichen Beschaffungsmärkten führen könnte.

Aus den dargelegten Gründen vertritt der BDI folgende Position:

- (1) Die in Art. 19 Abs. 7 vorgesehene zwingende Einführung der eVergabe zu dem in Artikel 19 Abs. 7 i.V.m. Art. 92 Abs. 1 des Kommissionsvorschlags genannten Termin (30. Juni 2016) ist mit Blick auf die *elektronische Bekanntmachung* und die *elektronische Bereitstellung von Dokumenten* sinnvoll, um die elektronische Vergabe voranzutreiben. Hinsichtlich dieser – weniger problematischen – Aspekte der eVergabe könnte die zwingende Einführung möglicherweise sogar bereits für den Zeitpunkt ein Jahr nach Ende der Umsetzungsfrist der neuen Richtlinie, d.h. zum 30. Juni 2015, festgesetzt werden.
- (2) Eine *zwingende Einführung der elektronischen Angebotsabgabe* sollte dagegen nicht zu einem fixen Zeitpunkt angeordnet werden, bevor sicher ist, dass die – bisher noch nirgendwo existierenden – Interoperabilitätslösungen bis dahin tatsächlich EU-weit und praxistauglich zur Verfügung stehen. Erst wenn Letzteres der Fall ist, ist die zwingende Einführung auch der elektronischen Angebotsabgabe sinnvoll. Die Ausnahmenvorschrift des Art. 19 Abs. 7 Unterabs. 2 und 3 ist unklar formuliert und nicht ausreichend, um drohende erhebliche Nachteile einer verfrühten *zwingenden* Einführung der eVergabe zu verhindern.

In Betracht käme allenfalls, in der Richtlinie feste Zeitziele für die Schaffung von EU- Interoperabilitätsstandards hinsichtlich der im Vergaberecht anzuwendenden elektronischen Signaturen, Authentifizierungssysteme und Systeme für die Entgegennahme elektronischer Angebote vorzugeben und vorzusehen, dass, sobald diese erprobt sind, in einem zweiten Schritt über die zwingende Einführung der eVergabe entschieden wird. Der entscheidende Vorteil dieser Lösung ist, dass diese sie ebenfalls Einführung der eVergabe beschleunigt, jedoch die Risiken einer zwingenden Einführung der elektronischen Angebotsabgabe ausschließt.

- **zu Art. 21:**

Interessenkonflikte: Regelung grundsätzlich zu begrüßen, aber noch Änderungsbedarf

Es ist positiv zu bewerten, dass der Kommissionsvorschlag eine Regelung zu Interessenkonflikten enthält. Eine solche Regelung kann sowohl der Rechtssicherheit der Anwender als auch der Verhinderung von Unregelmäßigkeiten bis hin zur Korruption dienen. Allerdings bedarf Art. 21 aus unserer Sicht im Interesse der besseren Praktikabilität noch einiger Änderungen im Detail.

- **zu Art. 21 Abs. 3 Buchst. b:**
„privilegierte Beziehung“ erklärungsbedürftig

Art. 21 Abs. 3 Buchst. b halten wir für ergänzungsbedürftig. Unklar bleibt, wer auf Seiten der Bieter und Bewerber mit einer solchen privilegierten Beziehung gemeint ist. Nach der jetzigen, zu unbestimmten Formulierung bezieht sich der Begriff der Bieter und Bewerber, die eine Erklärung zur Existenz privilegierter Beziehungen abzugeben haben, offenbar auf *alle* Unternehmensmitarbeiter, was schon bei einem größeren KMU zu nicht kontrollierbarem Überprüfungsaufwand führen würde. Daher sollte der relevante Personenkreis des Art. 21 Abs. 3 Buchst. b auf einen Personenkreis in Anlehnung an Art. 55 Abs. 1 Unterabs. 2 beschränkt werden, d.h. die Unternehmensleitung, Personen mit Vertretungs-, Kontroll- und Beschlussbefugnissen sowie die mit der Angebotserstellung betrauten Mitarbeiter.

Unklar bleibt auch der Begriff der „privilegierten Beziehung“ in Art. 21 Abs. 3 Unterabs. 3. Insoweit könnte ein Rückgriff auf das „private Interesse“ i.S.d. Art. 21 Abs. 1 Unterabs. 3 Abhilfe schaffen.

- **zu Art. 21 Abs. 3 Unterabs. 3 und Abs. 4:
Weiterleitung von Informationen an die nationale Aufsichtsstelle bzw. die Kommission bedenklich**

Datenschutzrechtliche Bedenken sehen wir in der Regelung des Art. 21 Abs. 3 Unterabs. 3 und Abs. 4. Nach Abs. 3 Unterabs. 3 ist die nationale Aufsichtsbehörde von „privilegierten Beziehungen“ zu informieren, nach Art. 85 Unterabsatz 1 Buchst. h und Unterabs. 3 ist die zu erstellende Dokumentation an die Kommission oder die nationale Aufsichtsstelle zu übergeben. Dies führt dazu, dass privilegierte Beziehungen an anderer Stelle aktenkundig gemacht und nachhaltig erfasst werden. Hier ist weder die Zweckbindung einer solchen Informationssammlung definiert, noch wird klar, was genau übermittelt werden soll.

- **zu Art. 21 Abs. 3 Unterabs. 3
pauschale Möglichkeit des Ausschluss des Bewerbers/Bieters unangemessen**

In Art. 21 Abs. 3 Unterabs. 3 wird versucht, eine Lösungsmöglichkeit für Interessenkonflikte zu formulieren. Dabei ist auch die ultima ratio eines Ausschlusses des Bewerbers/Bieters vom Verfahren vorgesehen. Diese Lösung ist jedoch – auch als ultima ratio – erheblich zu einseitig. So ist es vor allem nicht ersichtlich, weshalb es zulässig sein soll, dass ein Interessenkonflikt, der aus der Sphäre des Auftraggebers herrührt, zu Lasten eines Bewerbers/Bieters geklärt werden kann. Um dies auszuschließen, sollte der letzte Satz, wonach Bieter vom Verfahren ausgeschlossen werden können, wenn sich der Interessenkonflikt nicht anderweitig lösen lässt, gestrichen werden.

- **zu Art. 24:
Wahl der Verfahren**

- **zu Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 2 und 3:
Unstimmigkeit in der deutschen Sprachfassung**

Die Formulierung des optionalen Charakters der Innovationspartnerschaft hinsichtlich der Umsetzung im nationalen Recht ist zumindest in der deutschen Sprachfassung offenbar misslungen. (Gleiches gilt auch für die Formulierungen zum Verhandlungsverfahren und zum wettbewerblichen Dialog in derselben Vorschrift). Die Formulierung „Die Mitgliedstaaten *schreiben vor, dass* ...“ entspricht jedenfalls nicht der Tatsache, dass diese Verfahren nach dem Kommissionsvorschlag nur optional sind, was sich aus Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 5 ergibt. Im Übrigen unterscheidet sich die deutsche Sprachfassung insoweit von der englischen und französischen (z.B. englisch: „Member States *may provide* ...“).

Unabhängig von diesem redaktionellen Hinweis plädiert der BDI in der Sache dafür, dass die Vorschriften zur Innovationspartnerschaft gänzlich gestrichen werden (s. u. zu Art. 29) und die Regelung zum Wettbewerblichen Dialog nicht

nur optional zur Umsetzung in den Mitgliedstaaten vorgesehen werden sollte (s. u. zu Art. 28).

- **zu Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 4 Buchst. a, letzte Variante:
Präzisierung der Voraussetzungen zum Verhandlungsverfahren bei
Baufträgen erforderlich**

Präzisierungsbedürftig erscheint, was mit der Formulierung „*in Bezug auf Bauarbeiten, wenn ...die Verhandlungen erforderlich sind, um den juristischen oder finanziellen Rahmen des Vorhabens abzustecken*“ gemeint ist.

- **zu Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 4 und Unterabs. 5:
Wahl der Verfahren/Toolbox-Approach – teilweise Unstimmigkeiten**

Eine gewisse nationale Flexibilität bei der Umsetzung der verschiedenen Verfahren mag einerseits willkommen sein, kann andererseits aber auch der Nachvollziehbarkeit des ohnehin komplizierten EU-Vergaberechts in der Praxis abträglich sein.

Jedenfalls erscheint es nicht nachvollziehbar, warum den Mitgliedstaaten bei wichtigen Verfahren wie dem Verhandlungsverfahren und dem wettbewerblichen Dialog ausdrücklich gestattet wird, diese Verfahren nicht in ihr nationales Recht umzusetzen, dagegen jedoch die bisher entweder völlig ungenutzten oder häufig problematischen Verfahren des „Dynamischen Beschaffungssystems“ und der „elektronischen Auktion“ (Art. 32 und 33), die aus gutem Grund bislang nur optional angeboten waren, nun offenbar für alle EU-Mitgliedstaaten obligatorisch zur Umsetzung vorzusehen. Allein die Tatsache, dass es sich bei letzteren beiden Verfahren um elektronische Verfahren handelt, darf nicht automatisch zu einer Rechtfertigung dieser Verfahren führen. Ob der Umstieg in die elektronische Vergabe letztlich gelingt, wird nicht von diesen Verfahren, sondern ganz entscheidend von der Erreichung der Interoperabilität bei der elektronischen Abwicklung der *allgemeinen* Vergabeverfahren abhängen. Auch Änderungen hinsichtlich des Dynamischen Beschaffungssystems lassen keine grundlegend neue Bewertung dieses Verfahrens erwarten.

- **zu Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 4:
Vorrang des offenen bzw. nichtoffenen Verfahrens vor dem
Verhandlungsverfahren weiterhin sachgerecht**

Die Beibehaltung der Begrenzung des Anwendungsbereichs des Verhandlungsverfahrens auf bestimmte Fallgruppen (im Sinne des Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 4) anstatt einer generellen Zulassung als Regelverfahren ist ausdrücklich zu begrüßen. Der Vorrang des offenen bzw. nicht offenen Verfahrens (Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 2) ist – wie von der Kommission angeführt – weiterhin sachgerecht.

Stets zu bedenken ist, dass das offene Verfahren das transparenteste Vergabeverfahren ist, das am besten geeignet ist, die Risiken der Günstlingswirtschaft und der Korruption zu verhindern. Selbst wenn ein Teilnahmewettbewerb vorgeschaltet wird, richtet dieser sich beim Verhandlungsverfahren nur an „ausgewählte Unternehmen“. Hieran können auch

die nunmehr – richtigerweise – vorgegebenen Mindestanforderungen an das Verhandlungsverfahren (s. zu Art. 27) nichts ändern.

- **zu Art. 24 Abs. 2:**

Lockerung der Bekanntmachungsvorschriften für subzentrale Auftraggeber abzulehnen

Die vorgeschlagene Reduzierung der Vorschriften zur Bekanntmachung öffentlicher Aufträge für regionale und kommunale öffentliche Auftraggeber wäre schädlich für die nötige Transparenz und ist daher abzulehnen. Kritisch ist dabei insbesondere auch, dass die vorgeschlagene Reduzierung der konkreten Ausschreibungspflicht insgesamt zu einer sehr empfindlichen Reduzierung der Transparenz im Vergabewesen führen würde, da der Anteil regionaler und kommunaler Auftraggeber mehr als drei Viertel aller Aufträge ausmachen dürfte.

Im Übrigen ist das Vergaberecht so angelegt, dass es durchaus auch für kleinere öffentliche Auftraggeber geeignet ist. Es wäre nicht nachvollziehbar, wieso die Befolgung des gesamten Vergaberechts auch kleinsten mittelständischen Unternehmen vollumfänglich zugemutet wird, dagegen weite Teile der Vergabebehörden, die dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung unterliegen und grundsätzlich mit gut ausgebildeten Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes ausgestattet sind, von essenziellen Vorschriften des Vergaberechts befreit werden sollen.

Schließlich würde die Reduzierung der Veröffentlichungspflicht auf eine lediglich erweiterte Vorinformationspflicht den Aufwand für Unternehmen, sich an konkreten Vergaben zu beteiligen, tendenziell erhöhen. Dies gilt vor allem für KMU, weswegen die Privilegierung subzentraler Auftraggeber zugleich auch mittelstandsfeindlich wäre. Zudem würde die Privilegierung eine weitere Verkomplizierung des Regelwerks des EU-Vergaberechts bewirken. Aus allen genannten Gründen müssen Art. 46 Abs. 2 und Art. 24 Abs. 2 ersatzlos gestrichen werden.

- **zu Art. 25:**

Fristkürzungen beim offenen Verfahren kontraproduktiv

Die deutliche Verkürzung der Fristen für den Eingang der Angebote (in Art. 25 Abs. 1, 2 und 4) ist problematisch. Sie ist einer guten Angebotserstellung abträglich, zumal bereits die bisherigen Fristen knapp bemessen sind. Dies folgt nach den Erfahrungen der Praxis unter anderem auch dadurch, dass die Vergabeunterlagen häufig zu wünschen übrig lassen, was eine schnellere Angebotserstellung vielfach erschwert und somit höheren Zeitaufwand erfordert. Die vorgeschlagenen Fristkürzungen sollten daher im Interesse der Gewinnung qualitätvoller Angebote nicht vorgenommen werden oder zumindest deutlich geringer ausfallen.

- **zu Art. 26:**

Fristkürzungen beim nicht offenen Verfahren ebenfalls abzulehnen

Auch die Fristkürzungen beim nicht offenen Verfahren sind sehr kritisch und aus den gleichen Gründen wie zu Art. 25 ausgeführt abzulehnen.

- **zu Art. 27:**

Verhandlungsverfahren

- zu Art. 27 Abs. 1, Abs. 4 und Abs. 6:

Einfügung von Mindestgarantien für ein transparentes Verhandlungsverfahren nachdrücklich zu begrüßen und unverzichtbar

Die im Kommissionsvorschlag erfolgte Einfügung unbedingt erforderlicher Mindestgarantien für ein transparentes und diskriminierungsfreies Verhandlungsverfahren (vgl. insb. Art. 27 Abs. 1, Abs. 4 und Abs. 6) ist nachdrücklich zu begrüßen. Derartige Bedingungen sind für das Verhandlungsverfahren, das von allen Vergabeverfahren am meisten anfällig für Intransparenz und Unregelmäßigkeiten bis hin zur Korruption ist, unabdingbar und dürfen im Laufe des weiteren Gesetzgebungsverfahrens keinesfalls revidiert werden. Dies gilt insbesondere für die Transparenz- und Vertraulichkeitsgebote der Abs. 1 und 4 und die Bestimmungen hinsichtlich des Abschlusses des Verfahrens in Abs. 6.

Für die Angemessenheit der Vorschriften spricht auch, dass das durch die nun vorgesehenen Minimalanforderungen gestaltete Verfahren im Wesentlichen dem Beschaffungsverfahren von Unternehmen der Privatwirtschaft entspricht, die *nicht* den Regelungen des öffentlichen Auftragswesens verpflichtet sind.

Idealerweise sollte in Art. 27 im Interesse der Verfahrensklarheit noch ergänzt werden, dass zu Beginn des Verfahrens ein Zeit- und Verhandlungsplan veröffentlicht wird, wie dies auch bei Ausschreibungen in der privaten Wirtschaft üblich ist.

- zu Art. 27 Abs. 3 Satz 1:

„Verhandlung zur Angebotsverbesserung“ darf nicht überdehnt werden

Nach Art. 27 Abs. 3 Satz 1 ist geregelt, dass die Auftraggeber mit den Bietern verhandeln, „um den Inhalt der Angebote zu verbessern“. Unklar ist, wie weit eine solche „Angebotsverbesserung“ gehen kann. Auf keinen Fall darf dies zu einer „Preisdrückerei“ und zu Verschlechterungen der kommerziellen Konditionen (Vertragsbedingungen) zu Lasten der Bieter führen; denn dies wäre insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen nachteilig und würde mittelfristig aller Voraussicht nach zu einer Verschlechterung der Anbieterstrukturen im öffentlichen Auftragswesen führen.

- zu Art. 28:

Wettbewerblicher Dialog muss beibehalten werden, möglichst nicht nur optional

Die Beibehaltung des Verfahrens des wettbewerblichen Dialogs ist wegen seiner Bedeutung für besonders komplexe, große Projekte ausdrücklich zu begrüßen. Die Vorschriften sollten deswegen den Mitgliedstaaten nicht nur optional zur Umsetzung in nationales Recht vorgegeben werden (s. auch oben zu Ziffer 24).

- **zu Art. 29:**
Innovationspartnerschaft tendenziell nicht sinnvoll

Der BDI hält die Regelung der Innovationspartnerschaft für zweifelhaft und lehnt sie nach der nahezu vollkommen einhelligen Überzeugung der deutschen Industrie ab.

Grundlegendes Problem der Regelung zur Innovationspartnerschaft ist, dass nach aller Erfahrung ein öffentlicher Auftraggeber, dessen Zuständigkeiten und Fähigkeiten typischerweise in anderen Bereichen als der Beurteilung innovativer Industrieprojekte liegt, in aller Regel nicht die nötige umfassende Marktkenntnis hat oder gewinnen kann, um zuverlässig bestimmen zu können, ob eine vorgestellte Entwicklung oder Projektidee im Vergleich zu anderen wirklich „innovativ“ ist. Ist damit bereits die Basis für die Entscheidung, ob ein Projekt als innovativ zu beurteilen ist, strukturell zweifelhaft, so ist damit auch das Verfahren insgesamt zweifelhaft. Dies gilt vor allem deshalb, weil eine fehlerhafte Entscheidung zugunsten eines vermeintlich innovativen Unternehmens zugleich auch eine Diskriminierung wirklich innovativer Wettbewerber ist, was sogar innovationsfeindlich wirkt.

Hilfsweise, soweit man überhaupt dem Ansatz des Verfahrens der Innovationspartnerschaft folgen sollte, ist Art. 29 Abs. 2 Satz 3 zu kritisieren. Danach kann der öffentliche Auftraggeber am Ende jeder Phase darüber befinden, ob er die Partnerschaft beendet und ein neues Vergabeverfahren für die übrigen Phasen einleitet. Ohne eine nähere Regelung des Ausstiegsszenarios, insbesondere bezüglich des „Eigentums“ am eingebrachten unternehmerischen Know-how, ist zu befürchten, dass sich Unternehmen nicht um Innovationspartnerschaften bemühen werden, weil das Risiko des Verlusts unternehmerischen Know-hows zu groß ist. Dem wird in Art. 24 Abs. 2, auch trotz des letzten Halbsatzes, bislang nicht ausreichend Rechnung getragen.

Im Gegensatz zu dem nicht unproblematischen neuen Verfahren können innovative Güter und Dienstleistungen in Wahrheit am besten im offenen, unverzerrten Wettbewerb möglichst vieler Anbieter bei möglichst großer, EU-weiter Transparenz der Ausschreibungen erreicht werden. Zur Förderung innovativer Angebote wäre es im Übrigen wichtig, die weiter vorgesehene Zulässigkeit der Vergabeentscheidung allein nach dem Preis abzuschaffen und Varianten uneingeschränkt zuzulassen (s. u. zu Art. 43 und Art. 66 Abs. 2).

- **zu Art. 30:**
Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung tendenziell problematisch

Verhandlungsverfahren, die ohne hinreichende vorherige Veröffentlichung oder Bekanntmachung durchgeführt werden, sieht der BDI prinzipiell kritisch, da insoweit Transparenz und Wettbewerb latent gefährdet sind. Hilfsweise, soweit man der Vorschrift des Art. 30 folgt, ist positiv festzuhalten, dass Art. 30 Abs. 2 die „Geeignetheit eines Angebots“ näher definiert. Ebenso positiv ist die Mitteilungspflicht gemäß Art. 30 Abs. 2 Buchst. a i.V.m. Art. 84 zu beurteilen. Diese Vorschriften können einen Beitrag zur Vermeidung einer ungerechtfertigten Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb leisten.

- **zu Art. 31:**
Rahmenvereinbarungen: Klarstellungen zu begrüßen

Die Klarstellung in Art. 31 Abs. 2 ist zu begrüßen. Danach dürfen Rahmenvereinbarung nur zwischen jenen öffentlichen Auftraggebern angewandt werden, die zu diesem Zweck im Aufruf zum Wettbewerb oder in der Aufforderung zur Interessenbekundung genannt werden und jenen Wirtschaftsteilnehmern, die ursprünglich Vertragspartei der Rahmenvereinbarung waren. Unbestimmten Öffnungsklauseln, die zwar unzulässig sind, jedoch bislang in der Praxis häufig vorkamen, wird damit deutlicher als bisher Einhalt geboten. An diesen Regelungen sollte daher unbedingt festgehalten werden.

- **zu Art. 32:**
„Dynamisches Beschaffungssystem“ sollte abgeschafft werden

Das Verfahren des „Dynamischen Beschaffungssystems“ sollte ersatzlos entfallen. Wie vom BDI bereits bei seiner Schaffung vorgetragen, ist das Verfahren überaus kompliziert und daher abzulehnen. Dementsprechend hat es in der Praxis keinerlei Bedeutung erlangt. Auch einzelne Änderungen wie z.B. der nun offenbar vorgesehene Wegfall der bisherigen Regelung, dass die „unverbindlichen“ Angebote jederzeit nachgebessert werden können, lassen nicht erwarten, dass das Verfahren künftig nennenswerte praktische Relevanz erhält. Daher dient es weiterhin nur zur unnötigen Verkomplizierung des Vergaberechts und sollte daher völlig abgeschafft werden, was zur Verschlankung des Vergaberechts beitragen würde.

- **zu Art. 33:**
Elektronischen Auktionen sollten auf voll standardisierte Güter begrenzt werden

Der Anwendungsbereich der seit Jahren viel diskutierten elektronischen Auktion, die mit etlichen Problemen behaftet ist und entgegen überzogenen Erwartungen in der Praxis keine große Bedeutung erlangt hat, sollte explizit auf *voll standardisierte Liefer- und Dienstleistungen* begrenzt werden.

Für Bauaufträge ist die elektronische Auktion generell *kein geeignetes Instrument*, denn Bauaufträge sind typischerweise keine voll standardisierten Aufträge. Sie sollten daher ausdrücklich gänzlich aus dem Anwendungsbereich der elektronischen Auktion *ausgenommen* werden. Die vorgenannten Eingrenzungen bzw. Konkretisierungen sind notwendig, um einen misslichen Leerlauf oder gar Fehlgebrauch der Regelungen zur elektronischen Auktion auszuschließen. Überdies würde die genannte Eingrenzung einen sinnvollen Beitrag zur Verschlankung des Vergaberechts leisten.

- **zu Art. 35:**
Zentrale Beschaffungsstellen: Gebündelte Beschaffung kann Wettbewerb negativ beeinträchtigen

Die Regelung über zentrale Beschaffungsstellen in Art. 35 schließt gebündelte Vergaben nicht aus. Gebündelte Vergaben sind aus Anbietersicht tendenziell problematisch, da sie dazu führen können, dass durch die Nachfragebündelung der

Markt vor allem für kleine und mittlere Unternehmen nachhaltig negativ beeinträchtigt wird.

- **zu Art. 40:**
**Technische Spezifikationen – Detailverbesserungen erforderlich;
insb. Möglichkeit des Bezugs auf den Produktionsprozess zu streichen**

Nach Art. 40 Abs. 1 sollen die Merkmale der technischen Spezifikationen auch auf den „spezifischen Produktionsprozess“ bezogen werden können. Dies ist zu kritisieren, weil damit der grundsätzlich geltende Bezug zum Auftragsgegenstand, d.h. zum ausgeschriebenen Produkt bzw. zu der Dienstleistung unterlaufen werden kann. Daher sollte der Bezug zum Produktionsprozess in Art. 40 Abs. 1 gestrichen werden.

Aus Gründen der Rechtssystematik sollte der Verweis in Art. 40 Abs. 1 auf Anhang VIII Nr. 1 gestrichen werden und die Definitionen des Anhang VIII sollten komplett in der Richtlinie – z.B. in Art. 2 – angeordnet werden. Wichtige Definitionen dieser Art gehören wie andere Definitionen auch in den Text der Richtlinie und nicht lediglich in die Anhänge.

- **zu Art. 41:**
Gütezeichen: Festhalten am Bezug zum Auftragsgegenstand begrüßenswert und unabdingbar

Zu begrüßen ist, dass in Abs. 1 Buchst. a der Bezug zum Auftragsgegenstand beim Einsatz von Gütezeichen behalten wird. Der BDI fordert, dass diese Regelung nicht geändert wird.

- **zu Art. 43:**
Varianten sollten generell zugelassen werden

Im Zuge der Zielsetzung der EU, innovative Beschaffung zu fördern, sollte die Zulassung von Varianten weitergehend als bisher vorgeschlagen erfolgen. Nachteilig wirkt zunächst Art. 43 Abs. 1 Satz 3, der aus der geltenden Regelung des Art. 24 Abs. 2 Halbsatz 2 der Richtlinie 2004/18/EG übernommen wurde und die Zulassung von Varianten allzu sehr einengt. Wenig hilfreich ist ferner die in Artikel 43 Absatz 2 des Richtlinienentwurfs genannte Forderung, wonach der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen die Mindestbedingungen für Nebenangebote angeben muss. Die Regelung, die bereits in Art. 24 Abs. 3 der (derzeitigen) Richtlinie 2004/18/EG enthalten ist (vgl. auch die dazu ergangene Rechtsprechung seit dem Urteil des EuGH 16.10.2003 - Rechtssache C-421/01), hat die Möglichkeit der Zulassung von Nebenangeboten erheblich eingeschränkt. Welche Anforderungen an die Nennung von Mindestanforderungen aufzustellen sind, ist immer noch umstritten und nicht abschließend geklärt. Angesichts dieser Unsicherheit neigen viele Auftraggeber dazu, bei Vergaben ab den Schwellenwerten grundsätzlich keine Varianten zuzulassen.

Varianten sollten demgegenüber künftig generell zugelassen werden. Um die Möglichkeit der Abgabe von Nebenangeboten zu verstärken, sollten Art. 43 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 gestrichen werden. Die Gleichwertigkeit mit der ausgeschriebenen Leistung sollte Kriterium für das Nebenangebot sein.

Hilfsweise, soweit eine uneingeschränkte Zulassung von Varianten nicht durchsetzbar sein sollte, müsste zumindest vorgeschrieben werden, dass öffentliche Auftraggeber, wenn sie auf Varianten verzichten wollen, dies hinreichend zu begründen, die Begründung bekannt zu machen und entsprechend Art. 85 zu dokumentieren haben.

- **zu Art. 46 Abs. 2:**
Lockerung der Bekanntmachungsvorschriften für subzentrale Auftraggeber abzulehnen

S. dazu bereits zu Art. 24 Abs. 2

- **zu Art. 54:**
Allgemeine Grundsätze der Auftragsvergabe – Unklarheiten und Änderungsbedarf

- **zu Art. 54 Abs. 2:**
Unklarheiten zu beseitigen

Art. 54 Abs. 2 ist der Ausschluss von Bietern geregelt, die „*nicht in angemessener Weise*“ den Anforderungen der Unionsrechtsvorschriften auf dem Gebiet des Sozial- und Arbeitsrechts oder des Umweltrechts bzw. den in Anhang XI genannten internationalen Sozial- und Umweltrechtsvorschriften genügen. Diese Formulierung ist unklar und kann daher Rechtsunsicherheiten und -streitigkeiten hervorrufen.

- **Art. 54 Abs. 2 a.E:**
Bezug auf internationale Vorschriften über geltendes EU-Recht hinaus abzulehnen;

In Artikel 54 Abs. 2 a.E. muss die vorgeschlagene Bezugnahme auf die internationalen Sozial- und Umweltnormen unbedingt entfallen. Sie stellt ein völlig unzumutbares Risiko für alle Bieter dar, trotz Bestgebots und vollkommen korrekter Einhaltung des Umwelt- und Sozialrechts der EU und ihres Heimatlandes vom Auftrag ausgeschlossen zu werden, falls die in Anhang XI genannten internationalen Sozial- und Umweltschutzvorschriften nicht eingehalten werden. Die Nachforschung, ob diese Vorschriften national umgesetzt sind und somit durch gesetzestreu Verhalten erfüllt werden bzw. welche weiteren Anforderungen zu beachten wären, würde den Auftragnehmern ebenso unzumutbare wie unsinnige Mehrbelastungen aufbürden. Daran ändert auch der Verweis auf Anhang XI in Art. 54 Abs. 4 nichts; denn der Anhang besagt nichts über die konkreten Inhalte der betreffenden Vorschriften und die Frage, inwieweit sie in den EU-Mitgliedstaaten umgesetzt sind oder nicht.

Es muss demgegenüber ausreichend sein, dass Bieter in der EU den Anforderungen des *EU-Rechts* und der *nationalen Umsetzung* – und damit den Anforderungen der Rechtsordnung eines international *höchst entwickelten* Rechtsraums (!) – Genüge tun. Jede andere Regelung läuft dem grundsätzlichen Ziel des Beschaffungswesens, den Auftrag an gesetzestreue Bestbieter zu vergeben, zuwider. Insbesondere ist die Regelung dezidiert mittelstandsfeindlich; denn gerade für KMU, die zumeist nicht über eigene Stabs- und Rechtsabteilungen oder Mittel für teuren externen Rechtsrat verfügen, dürfte eine

zuverlässige Prüfung der nach Art. 54 Abs. 2 a. E. erforderlichen komplizierten Rechtsfragen durchweg unmöglich sein. Art. 54 Abs. 2 a. E. läuft damit auch den erklärten Reformzielen der Vereinfachung und der Erleichterung des Zugangs zu öffentlichen Aufträgen für KMU diametral zuwider. Aus den genannten Gründen ist ferner Art. 54 Abs. 4, der die Kommission ermächtigt, die Liste der zu beachtenden internationalen Abkommen noch zu erweitern, ersatzlos zu streichen.

- **zu Art. 54 Abs. 3:
Vorgezogene Angebotsprüfung nicht sinnvoll**

Art. 54 Abs. 3, der dem Auftraggeber die Möglichkeit einräumt, vor der Eignungsprüfung die Angebotswertung vornehmen zu können, erscheint nicht sinnvoll, da er in Wahrheit nicht den Vereinfachungs- und Modernisierungseffekt hat, der einer solchen Regelung im Vorfeld vereinzelt beigemessen wird, sondern sogar neue Fehlerrisiken in sich birgt. Es droht eher eine Vermischung von Zuschlags- und Eignungskriterien oder gar die Gefahr, dass Auftraggeber versucht sein könnten, bei Bietern, die sie im Rahmen einer Vorab-Prüfung bevorzugen, die jedoch die Auswahlkriterien nicht erfüllen, die Einhaltung letzterer Kriterien letztlich entgegen der wahren Sachlage zu fingieren, um den bevorzugten Bieter beauftragen zu können.

- **zu Art. 55:
Ausschlussgründe: Kritik am Ausschlussgrund des Art. 55 Abs. 3; Begrüßung des Art. 55 Abs. 4 zur „Selbstreinigung“**

- **Art. 55 Abs. 3:
Ausschlussgrund erheblich zu vage**

Unakzeptabel ist die Formulierung des Ausschlussgrunds des Art. 55 Abs. 3 Buchst. a, nach dem es für einen fakultativen Ausschluss bereits ausreichen soll, dass der Auftraggeber bloße „Kenntnis“ von einem Verstoß gegen Unionsvorschriften auf dem Gebiet des Sozial- und Arbeitsrechts oder gar der in Anhang XI genannten internationalen Vorschriften hat – also offenbar auch dann, wenn letztere Vorschriften etwa bewusst nicht in nationales Recht in der EU umgesetzt worden sind (!). Wenn überhaupt an einer derartigen Vorschrift festgehalten werden soll, darf ein Ausschluss eines Bieters nur dann zulässig sein, wenn der Verstoß gegen eine Vorschrift des EU-Rechts oder seines nationalen Rechts *gerichtlich* unanfechtbar festgestellt ist; darüber hinaus darf der Ausschluss nicht an die Nichteinhaltung von – möglicherweise weitgehend unbekanntem oder in der EU nicht umgesetzten – Vorschriften des internationalen Rechts begründet werden. Zur Begründung verweisen wir auf unsere entsprechend zu Art. 54 Abs. 2 a. E. angeführten Argumente.

Unklar ist ferner die Bedeutung der Formulierung „auf angemessenen Weise“ in Art. 54 Abs. 3 Buchst. a. Vorschriften werden entweder erfüllt oder nicht erfüllt. Jede Wertung einer besonders guten oder weniger guten Erfüllung als Maßstab für einen Ausschluss würde der Willkür und Bieterdiskriminierung Tür und Tor öffnen.

Nachdrücklich abzulehnen ist ferner die der Ausschlussgrund des Art. 54 Abs. 3 Buchst. c, nach dem es für einen Ausschluss ausreichen soll, dass der Auftraggeber mit „*mit jeglichen Mitteln*“ nachweisen kann, dass der Bieter eine „*sonstige*

schweren Verfehlung“ begangen hat. Diese uferlos weite Formulierung ist abzulehnen, weil sie willkürliche Auslegungen heraufbeschwören kann und der Maßstab zum Verfall des einen Bieter empfindlich treffenden Ausschlusses erheblich zu vage ist. Wenn überhaupt an einer solchen Vorschrift festgehalten werden soll, ist zur Präzisierung zumindest die Formulierung „*im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit*“ nach Art 45 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2004/18/EG wieder aufzunehmen und müssen die Worte „mit jeglichen Mitteln“ gestrichen werden.

- **zu Art. 55 Abs. 4:**
EU-weite Klarstellung zur „Selbstreinigung“ nachdrücklich zu begrüßen

Die Einführung einer EU-weit einheitlichen Vorschrift bezüglich der Wiedezulassung von Unternehmen nach effektiver „Selbstreinigung“ im Anschluss an regelwidriges Vorverhalten ist ausdrücklich zu begrüßen. Sie ist erforderlich, um die in diesem Bereich bestehenden erheblichen Rechtsunsicherheiten aufgrund divergierender nationaler Praxis zu überwinden. Die vorgeschlagene Regelung in Art. 55 Abs. 4 leistet einen wichtigen Beitrag zur Rechtsklarheit im Sektor der Korruptionsbekämpfung und -überwindung und zur Rechtssicherheit im Binnenmarkt für öffentliche Aufträge insgesamt.

- **zu Art. 56 Abs. 3:**
Auswahlkriterien: Begrenzung des Mindestumsatz-Nachweises auf das Dreifache des Auftragswertes zu begrüßen

Die neue Regelung des Art 56 Abs. 3 Unterabs. 2, wonach der geforderte Mindestjahresumsatz das Dreifache des geschätzten Auftragswertes nicht übersteigen darf, begrüßen wir ausdrücklich.

- **zu Art. 57:**
Erleichterungen betreffend Eigenerklärungen zu begrüßen

Die Stärkung der Eigenerklärungen, die die Kommission mit Art. 57 des Entwurfes vorgeschlagen hat, ist zu begrüßen. - Es sollte geprüft werden, inwieweit der Begriff „unverzüglich“ in Art. 57 Abs. 1 Buchst. d durch eine präzisere Frist ersetzt werden kann, um Streitigkeiten über die Fristlänge von vornherein zu vermeiden.

- **zu Art. 58:**
Zwingende Nutzung von e-Certis zu begrüßen

Die nach Art. 58 vorgesehene zwingende Nutzung von e-Certis durch öffentliche Auftraggeber ist im Sinne der Bemühungen um eine EU-weite Verbesserung der Klarheit und Vereinfachung hinsichtlich der in Vergabeverfahren von den Bietern geforderten Bescheinigungen bzw. Dokumente zu begrüßen.

Bezüglich der unterschiedlichen Präqualifizierungssysteme in den einzelnen Mitgliedstaaten ist darauf zu achten, dass sie den gleichen Standards entsprechen und eine gegenseitige Anerkennung erfolgt.

- **zu Art. 62 Abs. 2:**
Erlaubnis zur Vorgabe der Eigenausführung des Auftrags durch den Bieter problematisch

Kritisch ist der Kommissionsvorschlag, dass Vergabestellen künftig vorschreiben können, dass Unternehmen sich unter Umständen nicht auf die technischen Kapazitäten anderer Unternehmen stützen dürfen. Würde diese Vorschrift konsequent angewandt, könnten Projektgesellschaften künftig keine Aufträge mehr erhalten. Art. 62 Abs. 2 sollte daher gänzlich gestrichen werden.

Auch wenn bestehende EuGH-Rechtsprechung nicht generell künftige legislative Änderungen ausschließt, spricht die Tatsache, dass die von der Kommission vorgeschlagene Änderung der – vernünftigen – Rechtsprechung des EuGH (s. zuletzt z.B. Ur. v. 18. März 2004, Rechtssache C-314/01 8 („Siemens“), und Ur. v. 2. Dezember 1999, Rechtssache C-176/98 („Ruhrwasser“)) zuwiderläuft, in der Sache gegen die vorgeschlagene Änderung.

Für die Richtigkeit der EuGH-Rechtsprechung und gegen den aktuellen Kommissionsvorschlag spricht vor allem auch die tatsächliche Betrachtung, dass nahezu kein leistungsfähiges, im Wettbewerb stehendes Unternehmen es sich heute noch leisten kann, für bei öffentlichen Aufträgen potenziell geforderte Eigenleistungen generell die dafür nötigen eigenen Kapazitäten im Unternehmen vorzuhalten. Der Kommissionsvorschlag zu Art. 62 Abs. 2 würde insofern gravierend nachteilig in die Struktur moderner, innovativ und arbeitsteilig wirtschaftender Unternehmen eingreifen und sollte daher entfallen.

- **zu Art. 66 Abs. 2:**

Zuschlagskriterien - Prinzip des Zuschlags allein nach Preis ganz abschaffen - Zuschlagskriterien erheblich zu weit gehend, insb. bezüglich des Produktionsprozesses

Das Prinzip des Zuschlags allein nach Preis hätte vollständig gestrichen werden sollen; insofern bleibt die Reform bisher „halbherzig“: Zwar nennt der Entwurf in Art. 66 Abs. 1 Buchst. b das Kriterium „die günstigsten Kosten“, das allerdings nach der Wahlmöglichkeit des Unterabs. 2 eine alleinige Entscheidung nach dem Preis weiterhin zulässt. Dies wirkt sich insbesondere negativ mit Blick auf angestrebte Stärkung der Innovation und der Umweltorientierung bei der Vergabe aus, dem die Beibehaltung der Möglichkeit von Vergabeentscheidungen allein nach dem Preis erheblich zuwiderläuft.

Die Möglichkeit des Art. 66 Abs. 1 Buchst. b sollte daher gestrichen werden und der Zuschlag künftig nur nach dem Prinzip des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ i.S.d. Art. 66 Abs. 1 Buchst. a zugelassen werden. Falls dennoch am Fortbestand der Zulässigkeit der Entscheidung allein nach dem Preis festgehalten werden sollte, müsste zumindest bestimmt werden, dass beim Kriterium des niedrigsten Preises immer auch die Lebenszykluskosten zu berücksichtigen sind.

Die erhebliche Ausweitung der Zuschlagskriterien in Art. 66 Abs. 2 ist nicht sinnvoll und teilweise sogar gravierend kontraproduktiv. Insoweit sollte es bei den klaren Kriterien im Sinne des geltenden Art. 53 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2004/18/EG bleiben. Vor allem ist Art. 66 Abs. 2 Buchst. d, nach dem der „spezifische Produktionsprozess“ mit gewertet werden darf, mit allem Nachdruck abzulehnen. Durch die vorgeschlagene Vorschrift würde das grundlegende Prinzip der Produkt-

und Leistungsbezogenheit bei der Vergabe, das auch hier gilt, in uferlos weitem und unvertretbarem Maße ausgehebelt.

Ebenfalls ausdrücklich abzulehnen und daher zu streichen ist die Regelung in Art. 66 Abs. 2 Buchst. b, nach der das Personal des Auftragnehmers nach dem Zuschlag nur mit Zustimmung des Auftraggebers ersetzt werden darf, und dieser prüfen muss, dass mit einem Wechsel eine gleichwertige Organisation und Qualität gegeben sind. Diese Regelung ist überzogen und würde unvertretbaren bürokratischen Aufwand auf allen Seiten, in vielen Fällen arbeitsrechtliche Probleme und Schwierigkeiten vor allem für KMU mit sich bringen. Die Notwendigkeit der Streichung des Art. 66 Abs. 2 Buchst. b folgt im Übrigen auch daraus, dass diese Vorschrift eklatant dem grundlegenden und sinnvollen Prinzip der Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien zuwiderlaufen würde.

- **zu Art. 67:**
stärkere Fokussierung auf Lebenszykluskosten zu begrüßen

Die stärkere Fokussierung auf die Berücksichtigung von Lebenszykluskosten in Art. 67 ist zu begrüßen. Zu den dort bereits angeführten möglichen Lebenszykluskosten sollten ergänzend auch noch die ebenfalls wichtigen Planungskosten aufgenommen werden.

Für eine konsequente Durchsetzung der Berücksichtigung der Lebenszykluskosten wäre es allerdings notwendig, in Art. 66 Abs. 2 das bisher weiter wahlweise zulässige Prinzip der Zuschlagserteilung allein nach dem Preis völlig abzuschaffen.

- **zu Art. 69:**
Ungewöhnlich niedrige Angebote: Wichtige Vorschrift, Regelungslücken vermeiden!

Art. 69 ist eine gerade wegen der zunehmenden Fälle von Dumpingangeboten aus Drittstaaten eine sehr wichtige Vorschrift. Sie ist anderen, pauschalen Marktausschlüssen von Angeboten aus Drittstaaten eindeutig vorzuziehen, da sie ein *nichtdiskriminierendes* Anti-Dumping-Instrument ist. Allerdings muss, wenn die Vorschrift Wirkung entfalten soll, erreicht werden, dass sie tendenziell eine stärkere Verpflichtung zum Ausschluss ungewöhnlich niedriger Angebote enthält als bisher vorgesehen.

In Art. 69 Abs. 1 kann eine sehr empfindliche Regelungslücke entstehen, wenn die Voraussetzungen des Art. 69 Abs. 1 Buchst. a und b erfüllt sind (Angebot 50 Prozent unter Durchschnittspreis und 20 Prozent unter dem zweitniedrigsten Angebot), nicht jedoch die des Art. 69 Abs. 1 Buchst. c (keine fünf Angebote). Hier könnte die wichtige Vorschrift des Art. 69 nicht zur Anwendung gelangen, obwohl auch bei nur fünf Angeboten die Ermittlung eines ungewöhnlich niedrigen Angebotes durchaus möglich ist. Die Mindestanzahl insgesamt eingegangener Angebote sollte daher in Art. 69 Abs. 1 Buchst. c auf *drei Angebote* festgesetzt werden.

In Art. 69 Abs. 2 sollte das Verlangen einer Erklärung bei Angeboten, die aus anderen Gründen ungewöhnlich niedrig sind, *nicht fakultativ, sondern zwingend* sein.

Auch im Rahmen des Art. 69 Abs. 4 sollte geprüft werden, inwieweit die Verpflichtung der Vergabestelle, ein ungewöhnlich niedriges Angebot auszuschließen, dessen Preis durch die angeforderten Nachweise nicht gerechtfertigt wird, gegenüber dem jetzigen Textvorschlag weiter verstärkt werden kann.

- **zu Art. 70:**
Bedingungen für die Auftragsausführung: Präzisierung erforderlich; Hedging-Klausel unakzeptabel

In Art. 70 Abs. 1 sollten die Worte „für die Ausführung eines Auftrags“ durch die Formulierung „die im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen“ ersetzt werden. Diese Präzisierung ist erforderlich, um klarzustellen, dass auch insoweit nur Bedingungen gestellt werden können, die einen *konkreten Bezug* zur Beschaffung des nachgefragten Produkts bzw. der Dienstleistung stehen.

Abzulehnen ist die Regelung insoweit, als danach Bedingungen der Auftraggeber die Auflage enthalten können, dass Wirtschaftsteilnehmer einen Ausgleich für das Risiko von Preiserhöhungen infolge von Preisschwankungen (Hedging) vorsehen können, die die Auftragsausführung wesentlich beeinträchtigen können. Eine solche *einseitige Überwälzung allgemeiner Kursrisiken* im Rohstoffsektor auf die Anbieterseite ist nicht akzeptabel. Angemessen könnten dagegen Preisgleitklauseln sein, die das allgemeine Kursrisiko *ausgewogen* auf beide Vertragspartner verteilen.

- **zu Art. 71:**
Direktzahlung des Auftraggebers an den Unterauftragnehmer abzulehnen

Die in Abs. 2 optional vorgesehene Möglichkeit des Auftraggebers, eine Zahlung *direkt* an Unterauftragnehmer vorzunehmen, mag vordergründig für Unterauftragnehmer von Vorteil sein, kann aber auch erhebliche Probleme aufwerfen. Sie läuft den grundlegenden Prinzipien des Zivilrechts, das bei der Vertragsabwicklung zwischen öffentlichem Auftraggeber, Auftragnehmer und Unterauftragnehmer gilt und nach dem sich grundsätzlich jeder an seinen Vertragspartner zu halten hat, zuwider.

Nach der von der Kommission vorgeschlagenen Regelung können beispielsweise erhebliche Probleme entstehen, wenn der Auftraggeber auf Wunsch des Unterauftragnehmers direkt zahlt, jedoch noch vertragliche Ansprüche des Hauptauftraggebers an den Unterauftragnehmer, z.B. wegen Schlechtleistung, bestehen. Eine direkte Zahlung an den Unterauftragnehmer darf keinesfalls dazu führen, dass dem Hauptauftragnehmer ihm noch zustehende Rechte durch die Direktzahlung des Auftraggebers an den Unterauftragnehmer verlustig gehen. Auch ist nicht auszuschließen, dass die Regelung bei unangemessener Direktzahlung des Auftraggebers an den Unterauftragnehmer eventuell zu Regressansprüchen gegen den Auftraggeber führen kann.

Aus allen genannten Erwägungen ist die vorgeschlagene Regelung abzulehnen. Sollte eine gänzliche Ablehnung im Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzbar sein, müsste mindestens unbedingt sichergestellt werden, dass eine Direktzahlung nur unter sehr engen Voraussetzungen erfolgen darf. Insoweit könnte eine Regelung an der deutschen Vorschrift des § 16 Abs. 6 VOB/B orientiert werden, die eine

Direktzahlung nur sehr unter engen Voraussetzungen vorsieht, z.B. wenn der Hauptauftragnehmer in Verzug geraten ist.

- **zu Art. 73:**
Kündigung von Aufträgen: Ausgleichsregelung für gutgläubige Vertragspartner erforderlich

Im Rahmen der Regelung zur Kündigung von Aufträgen müsste ergänzend eingefügt werden, dass bei einer Kündigung aufgrund Rechtsverstößes gemäß Art. 73 Buchst. c dem gutgläubigen Vertragspartner ein Schadensersatzanspruch zusteht; denn ein Gemeinschaftsrechtsverstoß eines Auftraggebers darf nicht im Ergebnis durch ein Kündigungsrecht des Auftraggebers „belohnt“ werden, ohne dass der Auftragnehmer, wenn er keine Kenntnis von dem Rechtsverstoß des Auftraggebers hatte, zweifelsfrei Ersatz für im Vertrauen auf den Bestand des Vertrags getätigte Aufwendungen bzw. ihm durch die Kündigung entstandenen Schaden beanspruchen kann. Im Sinne der Vermeidung von Rechtsunklarheiten ist hierzu eine ergänzende, ausdrückliche Regelung erforderlich.

- **zu Art. 84:**
Vorschriften zu unabhängiger Stelle für öffentliche Aufsicht problematisch und zumindest teilweise nachdrücklich abzulehnen

Die nach Art. 84 vorgesehene „unabhängige Stelle“, die für die Beaufsichtigung, Ausführung und Kontrolle der öffentlichen Aufträge zuständig sein soll, mag für kleinere oder jüngere Mitgliedstaaten der EU, in denen keine bisher keine erprobten Strukturen in der Nachprüfung öffentlicher Aufträge bestehen, unter einigen Aspekten möglicherweise hilfreich sein. In Staaten, die über ein gut eingerichtetes Behörden- und Rechtsschutzsystem verfügen, kann eine Verpflichtung zur Einrichtung solcher Stellen allerdings erheblich kontraproduktiv sein, indem sie zu Kompetenzwirrwah und neuen Rechtsunsicherheiten im Vergaberechtsschutz und neuer Bürokratie führt. Zumindest in einigen Punkten sind die vorgesehenen Kompetenzen teilweise erheblich zu weit gefasst und nachdrücklich abzulehnen.

Besonders kritisch ist insbesondere Folgendes:

- **zu Art. 84 Abs. 3 Buchst. a und Buchst. f:**
Prüfkompetenzen unklar

Die nur vage formulierte Kompetenz zur Überwachung der Anwendung der Vorschriften für das öffentliche Auftragswesen nach Art. 84 Abs. 3 Buchst. a bzw. der Prüfung von Beschwerden von Bürgern und Unternehmen nach Art. 84 Abs. 3 Buchst. f lassen bereits jetzt erhebliche Unsicherheiten hinsichtlich des Verhältnisses dieser Prüfkompetenzen zum spezifischen Vergaberechtsschutz nach den Rechtsschutzrichtlinien oder der allgemeinen Gerichtsbarkeit und sonstigen Rügerechten -und Obliegenheiten sicher erwarten.

- **zu Art. 84 Abs. 4 Unterabs. 2 und 3:**
Übertragung von Überwachungsbefugnissen der Kommission auf die nationale Stelle abzulehnen

Die in Art. 84 Abs. 4 Unterabs. 2 und 3 vorgesehene Übertragung von Überwachungsbefugnissen der Kommission auf die nationale Stelle in

Einzelfällen kann sich sehr nachteilig auf die Wirksamkeit der kommissionsseitigen Nachprüfungs Kompetenzen bzw. Rechtsbehelfe auswirken. Dies gilt gerade in Streitfällen im grenzüberschreitenden Bereich. Denn erfahrungsgemäß sind nationale Marktabschottungen wie beispielsweise unzulässige Direktvergaben oder rechtsmissbräuchliche nationale Berufungen auf die Ausnahmevorschrift des Art. 296 EG erst durch rückhaltlose *kommissionsseitige* Nachprüfung aufgedeckt und korrigiert worden, wogegen *nationale* Stellen in manchen Staaten bis heute noch versuchen, derartige Verstöße zu tolerieren oder gar gezielt zu begünstigen. Insoweit könnte die vorgesehene Beauftragung von nationalen Stellen in Einzelfällen – selbst dann, wenn die Kommission sich eine eigene Nachprüfung vorbehält – im Ergebnis sehr schädlich für eine effektive EU-weite Überwachung der korrekten Einhaltung des Vergaberechts sein.

- **zu Art. 84 Abs. 6:**
Mitteilungspflichten erheblich zu weit gehend und abzulehnen

Die Pflicht zur Mitteilung des *vollständigen Wortlauts* aller vergebenen Aufträge ist völlig überschießend. Sie verstößt gegen den allgemeinen Grundsatz, dass Vertragsangelegenheiten zwischen zwei Parteien – Auftraggeber und Auftragnehmer – allein Sache der Parteien sind und grundsätzlich nicht irgendwelchen Weitergabepflichten, zumal noch unter Mitteilung des „vollen Wortlauts“ der Aufträge unterliegen. Unklar ist überdies, was mit „Wortlaut der Aufträge“ überhaupt gemeint ist. Wie auch immer diese Vorschrift zu verstehen ist, ist sie abzulehnen, da sie nicht wünschenswerten Ausspähungen von Details von Auftragsbeziehungen und Inhalten Tür und Tor öffnen würde und im Übrigen unnötigen nutzlosen neuen bürokratischen Aufwand verursachen würde.

- **zu Art. 84 Abs. 7:**
„Unbeschränktes Zugangsrecht“ zu allen vergebenen Verträgen gemäß Art. 84 Abs. 6 nachdrücklich abzulehnen

Entsprechend der zu Art. 84 Abs. 6 ausgeführten Gründen muss umso mehr die Vorschrift des Art. 84 Abs. 7 gestrichen werden. Angesichts der in aller Regel in öffentlichen Aufträgen enthaltenen sensiblen Informationen, zu denen sowohl der Preis als auch unternehmerisches Know how gehören, sind die in dieser Vorschrift vorgesehenen Zugangs- bzw. Einsichtsrechte insgesamt abzulehnen. Auch die Einschränkungen in Art. 84 Abs. 7 Abs. 1 Satz 2 ändern daran nichts. Denn trotz dieser Einschränkungen verbleibt eine mit Blick auf Unsicherheiten der praktischen Anwendung solcher Einschränkungen ein erhebliches Risiko nicht akzeptabler Ausspähung wichtiger Inhalte von Vertragsbeziehungen. Im Übrigen ist die Vorschrift auch insoweit unnötig, als bereits das – sachgerechte – Akteneinsichtsrecht im Vergaberechtsschutzverfahren und die bereits weit reichenden Vorschriften der allgemeinen Informationsfreiheitsgesetze weit gehenden Zugang zu Dokumenten ermöglichen.

Zumindest die vorgenannten Elemente des Art. 84 müssen unbedingt entfallen.

- **zu Art. 1 Abs. 3 und 4, 56 ff der geltenden Richtlinie 2004/18/EG:
Ausgliederung der Regelungen über Konzessionen aus der Vergaberichtlinie
und Schaffung einer eigenständigen Konzessionsrichtlinie mit allem Nachdruck
abzulehnen**

Die Ausgliederung der Regelungen über Konzessionen aus der Richtlinie ist äußerst nachteilig. Der stattdessen vorgelegte Vorschlag einer eigenständigen, umfangreichen Konzessionsrichtlinie führt – entgegen den Grundsätzen von „better regulation“ zu einer völlig unnötigen Aufblähung der EU-Rechtsvorschriften durch Duplizierung der allgemeinen Vorschriften und zu einer weiteren Fragmentierung und Verkomplizierung des EU-Vergabe- und Konzessionsrechts.

Das Folgenabschätzungsverfahren der Kommission zur beabsichtigten Konzessionsrichtlinie liefert weder eine nachvollziehbare, stichhaltige Begründung für den Erlass einer ausführlichen Konzessionsrichtlinie überhaupt noch für die Erstreckung der Konzessionsrichtlinie auf den Sektorenbereich. Die vorgeschlagene Neuregelung zu Konzessionen ist daher insgesamt abzulehnen. Wenn überhaupt Änderungen bezüglich Konzessionen für erforderlich gehalten werden, sollten die geltenden Regelungen zu Baukonzessionen gemäß der Richtlinie 2004/18/EG entsprechend auf Dienstleistungskonzessionen erstreckt werden. (Zu Konzessionen erfolgt ggf. noch gesonderte Stellungnahme.)

III. Stellungnahme zur Neufassung der Richtlinie 2004/17/EG im Einzelnen

Zu begrüßen ist

- die grundsätzliche und richtige Entscheidung, dass es weiterhin einer Richtlinie für Vergaben im Sektorenbereich bedarf, sowie die
- die prinzipielle Einsicht, dass wegen der Besonderheiten der Auftraggeber im Sektorenbereich teilweise abweichende oder geringere Regulierung als nach der Richtlinie 2004/18/EG angemessen ist.

Die Beurteilung des Vorschlags wird allerdings durch einige Detailvorschläge, die teilweise erheblichen Mehraufwand für Sektorenauftraggeber mit sich bringen, gravierend negativ beeinflusst.

Im Einzelnen ist insbesondere Folgendes hervorzuheben:

- **zu Art. 1 Abs.2:
Unklarheiten hinsichtlich des Begriffs der Auftragsvergabe**

Wie auch schon zur Neufassung der Richtlinie 2004 18/EG (Art. 1 Abs. 2) angemerkt, ist der Begriff der Auftragsvergabe, für den offenbar mehrere Aufträge zusammengerechnet werden sollen, wenn sie „Teil eines einzigen Projekts“ sind, unklar. Hier sind Klarstellungen erforderlich, insbesondere zur Frage, was unter einem „einzigem Projekt“ zu verstehen ist.

- **zu Art. 3:
Begriff „ Hauptgegenstand“ bei gemischten Aufträgen ebenfalls
präziserungsbedürftig**

Ebenso wie bei der Neufassung der Richtlinie 2004/18/EG sollte in Art. 3 präzisiert werden, was unter „Hauptgegenstand“ bei gemischten Aufträgen zu verstehen ist. Klärungsbedürftig ist, ob sich dies nach dem Wert der jeweiligen einzelnen Leistung richtet oder ob insoweit auch andere Entscheidungskriterien maßgeblich sein sollen.

- **zu Art. 34:**
eVergabe - Forcierung der eVergabe zu begrüßen, aber keine zwingende Einführung der elektronischen Angebotsabgabe vor Überwindung der gravierenden Interoperabilitätsprobleme

Aus denselben Gründen, die oben schon ausführlich zu Art. 19 Abs. 7 der Neufassung der Richtlinie 2004/18/EG dargelegt wurden, begrüßt der BDI zwar einen intensiveren Einsatz für die eVergabe, lehnt aber – mit übereinstimmenden Voten von Auftraggebern und Auftragnehmern – eine zwingende Einführung zu einem fixen Termin ohne Rücksicht darauf, ob die immer noch gravierenden und leider erheblich unterschätzten Interoperabilitätsprobleme tatsächlich überwunden sind, nachdrücklich ab.

Nach unseren Informationen dürften interoperable Systeme im Sektorenbereich sogar eher noch weniger in Entwicklung begriffen sein als im ebenfalls nach wie vor noch kritischen Bereich der eVergabe klassischer öffentlicher Auftraggeber; denn die erst vor noch nicht langer Zeit gestarteten Interoperabilitätsinitiativen sind mit Blick auf die „kritische Masse“ zunächst offenbar eher auf den Bereich der klassischen öffentlichen Aufträge fokussiert. Wenn feste Zeitziele gesetzt werden sollen, müssten diese nach der logischen Abfolge seriöser Weise zunächst für die definitive, EU-weite Überwindung der Interoperabilitätsprobleme bei der eVergabe gesetzt werden, wenn empfindlicher Schaden für das Funktionieren des Vergabewesens als Ganzes vermieden werden soll. Erst danach ist zu prüfen, inwieweit die eVergabe flächendeckend angeordnet werden kann.

Im Einzelnen gilt entsprechend das oben zu Art. 19 Abs. 7 der Neufassung der Richtlinie 2004/18/EG Ausgeführte.

- **zu Art. 45:**
Rahmenvereinbarungen – Änderungen nachteilig für Sektorenauftraggeber, bisherige Regelung sollte beibehalten werden

Die Änderungen der Regelungen zu Rahmenverträgen in Art. 45, die offenbar auf eine Anpassung an die ausführlicheren Regelungen der allgemeinen Vergaberichtlinie abzielen, führen zu erheblichem Mehraufwand für Sektorenauftraggeber, für die bisher gemäß Art. 14 der Richtlinie 2004/17 EG eine erheblich weniger spezifizierte Regelung als für Rahmenvereinbarungen klassischer öffentlicher Auftraggeber (Art. 32 der Richtlinie 2004/18/EG) galt.

Zwar sind Vereinheitlichungen der Regelungen im Vergaberecht prinzipiell zu begrüßen, doch gilt für den Bereich der Sektorenauftraggeber, dass mit Blick auf ihre tendenziell eher wirtschaftsnähere Verfassung von Anfang an bewusst nicht alle – nach wie vor notwendigen – detaillierten Regelungen für klassische öffentliche Auftraggeber auch für den Sektorenbereich zu gelten haben. Auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass bisher nicht über gravierende Probleme bei der

Anwendung der geltenden, erheblich einfacheren Regelung zu Rahmenvereinbarungen im Sektorenbereich berichtet worden ist, sollte die bisherige Regelung des Art. 14 der Richtlinie 2004/17/EG beibehalten und der Kommissionsvorschlag zu Art. 45 der neuen Sektorenrichtlinie entsprechend geändert werden.

- **zu Art. 58:**
Varianten sollten generell zugelassen werden

Im Zuge der Zielsetzung der EU, innovative Beschaffung zu fördern, sollte die Zulassung von Varianten weitergehend als bisher vorgeschlagen erfolgen und sollten Varianten generell zugelassen werden. Es gilt entsprechend das oben zu Art. 43 der Neufassung der Richtlinie 2004/18/EG Ausgeführte.

- **zu Art. 81:**
Direktzahlung des Auftraggebers an den Unterauftragnehmer abzulehnen

Die in Art. 81 Abs. 2 optional vorgesehene Möglichkeit des Auftraggebers, eine Zahlung *direkt* an Unterauftragnehmer vorzunehmen, ist entsprechend der bereits zu Art. 71 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG näher dargelegten Gründen ausdrücklich abzulehnen.

- **zu Art. 83:**
Kündigung von Aufträgen: Ausgleichsregelung für gutgläubige Vertragspartner erforderlich

Ebenso wie zu Art. 73 der Neufassung der Richtlinie 2004/18/EG (s. dazu die entsprechende Anmerkung in Teil II, zu Art. 73) müsste im Rahmen der Regelung zur Kündigung von Aufträgen ergänzend eingefügt werden, dass bei einer Kündigung aufgrund Rechtsverstößes gemäß Art. 83 Buchst. c dem gutgläubigen Vertragspartner ein Schadensersatzanspruch zusteht; denn ein Gemeinschaftsrechtsverstoß eines Auftraggebers darf nicht im Ergebnis durch ein Kündigungsrecht des Auftraggebers „belohnt“ werden, ohne dass der Auftragnehmer, wenn er keine Kenntnis von dem Rechtsverstoß des Auftraggebers hatte, zweifelsfrei Ersatz für im Vertrauen auf den Bestand des Vertrags getätigte Aufwendungen bzw. ihm durch die Kündigung entstandenen Schaden beanspruchen kann. Im Sinne der Vermeidung von Rechtsunklarheiten ist hierzu eine ergänzende, ausdrückliche Regelung erforderlich.

- **zu Art. 93: Durchsetzung, Öffentliche Aufsicht –
Vorschriften zu unabhängiger Stelle für öffentliche Aufsicht problematisch und
zumindest teilweise abzulehnen**

Die Vorschriften zu der nach Art. 93 vorgesehenen „unabhängigen Stelle“ sind, wie oben entsprechend zu Art. 84 der Neufassung der Richtlinie 2004/18/EG entsprechend ausgeführt, teils erheblich kontraproduktiv und daher zumindest in einigen Punkten unbedingt änderungsbedürftig. Besonders kritisch ist insbesondere Folgendes:

- **zu Art. 93 Abs. 3 Buchst. a und Buchst. f:
Unklare Prüfkompetenzen**

Die hier vorgeschlagenen neuen Prüfkompetenzen sind vage und unklar. Sie geben Anlass zu Rechtsunsicherheiten bezüglich des Verhältnisses zum bestehenden Vergaberechtsschutz und sonstigen Rügerechten bzw. -obliegenheiten.

- **zu Art. 93 Abs. 4 Unterabs. 2 und 3:
Übertragung von Überwachungsbefugnissen der Kommission auf die nationale Stelle abzulehnen**

Die in Art. 93 Abs. 4 Unterabs. 2 und 3 vorgesehene Übertragung von Überwachungsbefugnissen der Kommission auf die nationale Stelle in Einzelfällen kann sich sehr nachteilig auf die Wirksamkeit der kommissionsseitiger Nachprüfungs Kompetenzen bzw. Rechtsbehelfe auswirken. Dies gilt gerade in Streitfällen im grenzüberschreitenden Bereich. Diese Regelung sollte entfallen.

- **zu Art. 93 Abs. 6:
Mitteilungspflichten erheblich zu weitgehend und abzulehnen**

Die Pflicht zur Mitteilung des *vollständigen Wortlauts* aller vergebenen Aufträge ist völlig überschießend und verstößt gegen den allgemeinen Grundsatz, dass Vertragsangelegenheiten zwischen zwei Parteien – Auftraggeber und Auftragnehmer – allein Sache der Parteien sind und grundsätzlich nicht irgendwelchen Weitergabepflichten, zumal noch unter Mitteilung des „vollen Wortlauts“ der Aufträge, unterliegen. Die Regelung, die überdies unklar formuliert ist und weiteren unnötigen bürokratischen Aufwand mit sich brächte, ist ersatzlos zu streichen.

- **zu Art. 93 Abs. 7:
„Unbeschränktes Zugangsrecht“ zu allen vergebenen Verträgen gemäß Art. 93 Abs. 6 nachdrücklich abzulehnen**

Entsprechend dem Vorstehenden muss umso mehr die Vorschrift des Art. 93 Abs. 7 gestrichen werden. Ohne zwingende Notwendigkeit angesichts bereits bestehender Akteneinsichts- und Zugangsrechte, würde die Vorschrift völlig unnötige neue Gefahren der Ausspähung vertraulicher Angaben aus Auftrags- bzw. Vertragsverhältnissen verursachen. Daran würde auch die Einschränkungen des Zugangs in Art. 93 wegen der Fehleranfälligkeit der damit verbundenen Interessenabwägungen nichts ändern.

Zumindest die vorgenannten Elemente des Art. 93 müssen unbedingt entfallen.

- **vorsorglich zur Einbeziehung des Sektorenbereichs in den Anwendungsbereich der neuen Konzessionsrichtlinie:**

Die vorgeschlagene Einbeziehung der Aufträge des Sektorenbereichs in die neue, insgesamt unangemessene Konzessionsrichtlinie ist abzulehnen.

Schließlich sei vorsorglich angemerkt, dass – soweit in Teil III dieser Stellungnahme nicht anders ausgeführt – die Kommentare in Teil II zur Neufassung der Richtlinie 2004/18/EG auch entsprechend für parallele Vorschriften der Neufassung der Richtlinie 2004/17/EG gelten.