



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch
den Ausschuss Vergaberecht

zum

Referentenentwurf einer Verordnung zur
Modernisierung des Vergaberechts
(Stand: 09.11.2015)

Stellungnahme Nr.: xx/2015

Berlin, im Dezember 2015

Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting, Frankfurt/Main
(Vorsitzender)
- Rechtsanwältin Gritt Diercks-Oppler, Hamburg
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Marius Raabe, Kiel
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Stickler, Leipzig
- Rechtsanwalt Bernhard Stolz, München
- Rechtsanwältin Dr. Andrea Vetter, Stuttgart

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Bettina Bachmann, DAV-Berlin

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Registernummer: 87980341522-66

Verteiler

- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit
- Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages
- Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA)
- CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag
- Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- Deutscher Verdichtungsausschuss für Leistungen (DVAL)
- Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V.
- Bundesverband der Freien Berufe
- Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.
- Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V.
- Deutsche Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e.V.
- Deutscher Baugerichtstag e.V.
- Deutscher Städte- und Gemeindebund e.V.
- Deutscher Landkreistag
- Deutscher Städtetag
- Bund Deutscher Baumeister, Architekten und Ingenieure e.V.
- Institut für Baurecht Freiburg im Breisgau e.V.
- Forum Vergabe e.V.
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Wirtschaftsprüferkammer
- Deutscher Richterbund e.V.
- Neue Richtervereinigung (NRV)
- Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen (BDVR)
- DAV-Vorstand und Geschäftsführung
- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Vergaberecht
- Vergaberecht – Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
- VPR – Vergabep Praxis- & -recht
- NZBau - Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht
- IBR Immobilien- und Baurecht
- Redaktion NVwZ
- Redaktion NJW

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

1. Einleitung

Der Deutsche Anwaltverein begrüßt den Ansatz des Verordnungsgebers, die Bestimmungen der Richtlinien möglichst textgetreu am Wortlaut der europäischen Vorschriften orientiert umzusetzen. Denn jede Abweichung vom Richtlinienwortlaut birgt die Gefahr, die Europarechtskonformität der Umsetzung in Frage zu stellen.

2. Verhältnis zur VOB (§ 2 VgV-E)

- 2.1 § 2 VgV-E verweist für die Vergabe von Bauaufträgen grundsätzlich auf die VOB/A. Für die Vergabe von Bauaufträgen gelten aus der Vergabeverordnung nur der Abschnitt 1 und Unterabschnitt 2 des Abschnittes 2. Soweit möglich sollten Verfahrensregeln „vor die Klammer“ gezogen und der Normierung im Rahmen der VOB die für Bauaufträge spezifischen Anforderungen überlassen bleiben. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit bei den Verfahrensarten (Unterabschnitt 1 des Abschnittes 2) Besonderheiten bei Bauaufträgen bestehen. Es wird daher angeregt, die Geltung auch dieser Vorschrift, die nach der Richtlinie ohne Differenzierung exakt gleich für alle Auftragsarten normiert ist, in der Vergabeverordnung einheitlich zu regeln.
- 2.2 Der Deutsche Anwaltverein würde es im Übrigen begrüßen, wenn die Vorschriften der VOB so wenig wie möglich von den Vorgaben der VgV abweichen, um die in der Praxis zu beklagenden uneinheitlichen Vorgaben für die Vergabe von Bau- und sonstigen Aufträgen anzugleichen. Dies betrifft etwa die heute schon unterschiedlichen Bestimmungen zur Nachforderung von unvollständigen Unterlagen und zur Unbeachtlichkeit fehlender Preisangaben. Hier enthält § 56 VgV-E aus der Sicht des Deutschen Anwaltvereins eine sinnvolle Regelung, die Unsicherheiten in der Praxis ausräumt und möglichst spiegelbildlich auch in der VOB/A übernommen werden sollte.

3. Schwellenwerte (§ 3 VgV-E)

- 3.1 § 3 VgV-E setzt Art. 5 der Richtlinie 2014/24/EU um. Allerdings findet sich die Regelung in § 3 Abs. 1 Satz 2 VgV-E, wonach der Wert der Leistungen, die „in einem funktionalen Zusammenhang stehen“, zusammengerechnet werden soll, in Art. 5 der Richtlinie 2014/24/EU nicht. Die Regelung sollte im Sinne des Prinzips der „Eins zu Eins - Umsetzung“ gestrichen werden. Sie geht in dieser allgemeinen und undifferenzierten Form auch deutlich über die Rechtsprechung des EuGH in Sachen „Autalhalle“ (Urt. v. 15.03.2015 – C-574/10) und „Kommission./Frankreich (Urt. v. 05.10.2000 – C-16/98) hinaus.
- 3.2 Zu § 3 Abs. 6 VgV-E sollte zumindest in der Begründung klargestellt werden, dass Planungsleistungen von Architekten oder Ingenieuren, die im Auftrag des Auftraggebers und für diesen erbracht wurden und nach denen die Bauausführung erfolgt, keine zu berücksichtigenden Dienstleistungen im Sinne dieser Vorschrift sind.
- 3.3 Der Deutsche Anwaltverein regt an, die bisher in § 3 Abs. 7 S. 3 VgV enthaltene Regelung, wonach bei losweiser Vergabe eine Zusammenrechnung der Auftragswerte nur für Teilaufträge derselben freiberuflichen Leistung nötig ist, in § 3 Abs. 7 VgV-E zu übernehmen. Ohne diese Übernahme müssten nämlich künftig z.B. Aufträge für Fachplanungsleistungen und Begutachtungen im Zusammenhang mit Bauvorhaben (wie die Tragwerkplanung) sehr häufig europaweit vergeben werden, obgleich ihr Wert deutlich den Schwellenwert unterschreitet und deshalb keine Binnenmarktrelevanz besteht.

Der Entwurf begründet den Wegfall dieser Regelung durch einen Hinweis auf das EuGH-Urteil „Autalhalle“ (EuGH, Urteil vom 15.03.2010 – C-574/10). Dieses Urteil hatte indes nicht die Zusammenrechnung verschiedenartiger freiberuflicher Leistungen zum Gegenstand, sondern die Zusammenrechnung gleichartiger freiberuflicher Leistungen (Objektplanung) aus funktional zusammengehörigen Bauabschnitten. Auf diese Abschnittsbildung hat der EuGH die funktionale Sichtweise bezogen (vgl. insbes. Rn. 41 ff. des Urteils), nicht aber darauf, dass verschiedenartige Dienstleistungen funktional demselben Bauwerk dienen. Der marktöffnende Zweck der Vergaberichtlinie

gebietet es nicht, Dienstleistungen gemeinsam zu betrachten, die ganz verschiedenen Märkten angehören, wie das etwa bei Objektplanung und Fachplanung der Fall ist. Dass für die Frage, ob es um Teile eines Auftrags geht, die Art der Dienstleistungen relevant ist, zeigt die Überlegung, dass man ansonsten den Auftragswert der Planungsleistungen unter Berücksichtigung auch völlig anderer Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben, z. B. von Sicherheitsdiensten oder der Reinigung der Verschmutzungen durch Baufahrzeuge, zusammenrechnen müsste.

4. Gemeinsame Auftragsvergabe (§ 4 VgV-E)

§ 4 Abs. 2 Satz 4 VgV-E regelt die gemeinsame Beschaffung durch Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Die Frage des anwendbaren Rechts kann sich aber auch bei Beschaffungen von Auftraggebern mit Sitz in verschiedenen Bundesländern ergeben, da die Länder von der Ermächtigung des § 129 GWB-E zur Vorgabe von Ausführungsbedingungen in unterschiedlicher Weise Gebrauch machen können. Es wird daher angeregt, in § 4 Abs. 2 des Entwurfs einen Satz zu ergänzen, der in diesen Fällen die Auftraggeber verpflichtet, in den Vergabeunterlagen anzugeben, welche landesrechtlichen Vorschriften ergänzend auf das Verfahren Anwendung finden.

5. Interessenkonflikte (§ 6 VgV-E)

5.1 § 6 VgV-E setzt Art. 24 der Richtlinie 2014/24/EU um. § 6 Abs. 1 VgV-E dient dabei nach dem Grundsatz einer „Eins zu Eins - Umsetzung“ der Umsetzung von Art. 24 Unterabs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU. § 6 Abs. 2 VgV-E setzt Art. 24 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU um.

5.2 Über die Umsetzung des Art. 24 der Richtlinie 2014/24/EU hinaus überführen die Abs. 3 und 4 des § 6 VgV-E die Regelung des bisherigen § 16 VgV, der den Ausschluss bestimmter Personen von der Mitwirkung bei Entscheidungen in einem Vergabeverfahren regelt, in die neue VgV. § 16 VgV wird allerdings nicht unverändert in die neuen Absätze 3 und 4 des § 6 VgV-E übernommen,

sondern neu strukturiert. Der Deutsche Anwaltverein befürchtet, dass sich daraus Anwendungs- und Auslegungsunsicherheiten ergeben.

- 5.3 Nach § 16 Abs. 1 VgV muss ein Interessenkonflikt „in diesem Verfahren“ bestehen. Diese Begrenzung ist in § 6 Abs. 3 VgV-E entfallen. Sie ist insbesondere bei § 6 Abs. 3 Nr. 2 VgV-E unerlässlich und dort zu ergänzen.
- 5.4 Nach der bisherigen Regelungsstruktur des § 16 Abs. 1 VgV kann die gesetzliche Vermutung einer Voreingenommenheit, die zum Ausschluss von Personen von der Mitwirkung bei Entscheidungen in einem Vergabeverfahren führt, in einigen Fallkonstellationen widerlegt werden (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 VgV), während andere Fallkonstellationen einem Gegenbeweis nicht zugänglich sind (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2, § 16 Abs. 2 i.V.m. § 16 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 VgV). Nach der Neuregelung soll in allen Fallkonstellationen eine Vermutung eines Interessenkonflikts bestehen, die jedoch – nach den Ausführungen in der Begründung zu § 6 VgV-E – in allen Fällen widerlegt werden können soll. Danach soll auch in den Fällen, in denen ein Interessenkonflikt vermutet wird, weil die an dem Vergabeverfahren mitwirkenden Personen Bieter oder Bewerber sind (§ 6 Abs. 3 Nr. 1 VgV-E) oder einen Bieter oder Bewerber beraten oder sonst unterstützen oder als gesetzlicher Vertreter oder nur in dem Vergabeverfahren vertreten (§ 6 Abs. 3 Nr. 2 VgV-E), ein Gegenbeweis möglich sein, dass ein Interessenkonflikt nicht vorliegt. Fallkonstellationen, in denen in den genannten Fällen erfolgreich dargelegt werden kann, dass kein Interessenkonflikt vorliegt, sind jedoch nicht denkbar. Dies begründet die Gefahr, dass § 6 Abs. 3 VgV-E entweder – entgegen den Ausführungen in der Begründung – als unwiderlegliche Vermutungsregelung eingeordnet oder der Gegenbeweis nur unter äußerst engen Voraussetzungen zugelassen wird. Dies würde jedoch den in § 6 Abs. 3 Nr. 3 VgV-E geregelten Fallkonstellationen nicht gerecht.
- 5.5 Der Deutsche Anwaltverein regt deshalb an, entsprechend der bisherigen Regelung in § 16 Abs. 1 VgV klar zwischen den Fällen einer unwiderleglichen Vermutung eines Interessenkonflikts (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VgV bzw. § 6 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 VgV-E) einerseits und den Fällen andererseits zu unterscheiden, in denen ein Interessenkonflikt zwar vermutet wird, jedoch

widerlegt werden kann (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 VgV bzw. § 6 Abs. 3 Nr. 3 VgV-E). Dabei begrüßt es der Deutsche Anwaltverein, dass – entgegen der bisherigen Regelung in § 16 Abs. 2 VgV – für Angehörige keine unwiderlegbare Vermutung einer Interessenkollision geltend soll.

- 5.6 Der Deutsche Anwaltverein regt an, für die in § 6 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 VgV-E geregelten Fälle eine unwiderlegbare Vermutung eines Interessenkonfliktes zu regeln und zu den Fällen in § 6 Abs. 3 Nr. 3 und § 6 Abs. 4 VgV-E eine widerlegliche Vermutung einer Interessenkollision vorzusehen. Dabei soll im Verordnungstext selbst klargestellt werden, dass die Vermutung widerlegt werden kann. Von zentraler Bedeutung ist die Widerlegbarkeit der Vermutung insbesondere für die in § 6 Abs. 3 Nr. 3 VgV-E genannten Fälle.

6. E-Vergabe (§§ 9-13 VgV-E)

Die Vorschriften zur e-Vergabe (§§ 9 – 13 VgV-E) transponieren den Wortlaut des Art. 22 Richtlinie 2014/24/EU, jedoch nicht vollständig „eins zu eins“.

- 6.1 Nach Art. 22 der Richtlinie 2014/24/EG muss die gesamte „Kommunikation“ und der „gesamte Informationsaustausch“ unter Anwendung elektronischer Kommunikationsmittel erfolgen. Als „Kommunikation“ definiert § 9 Abs. 1 VgV-E das Senden, Empfangen, Weiterleiten *und Speichern* von Daten in einem Vergabeverfahren. Während das Senden, Empfangen und Weiterleiten von Daten problemlos unter dem Begriff der Kommunikation subsumiert werden kann, betrifft die Speicherung von Daten weitergehende Maßnahmen, die vom Begriff „Kommunikation“ nicht umfasst werden. Die Richtlinie schreibt keinen vollständigen elektronischen Workflow vor, sondern fordert den elektronischen Austausch von Informationen zwischen Bietern und Auftraggeber. Daten, die der Auftraggeber im Vergabeverfahren selbst produziert, etwa anlässlich der Auswertung von Angeboten oder der Beurteilung von Plänen oder Entwürfen, können nach der Richtlinie auch schriftlich archiviert und erstellt werden. Es wird daher eine Klarstellung angeregt, nach der nur das Speichern der Kommunikationsdaten betroffen ist.
- 6.2 Nach Art. 21 Abs. 6 lit. b) Richtlinie 2014/24/EU legen die Mitgliedstaaten das für die elektronischen Kommunikationsmittel in den verschiedenen Phasen des

jeweiligen Vergabeverfahrens erforderliche Sicherheitsniveau fest. Dabei ist dieses Niveau nach der Richtlinie im Verhältnis zu den verbundenen Risiken festzulegen. Das ist in § 10 Abs. 1 VgV-E geschehen, jedoch fehlt der Hinweis auf die Verhältnismäßigkeit in Relation zu den Risiken. Weitergehende Vorschriften werden dem untergesetzlichen Regelwerk überlassen. Die Verordnung regelt in § 10 Abs. 2 VgV-E, dass die Interoperabilitäts- und Sicherheitsstandards gem. § 3 Abs. 1 des Vertrags über die Einrichtung des IT-Planungsrates vom 01.04.2010 zu verwenden sind. Diese Vorschrift betrifft den Datenaustausch zwischen Bund und Ländern. Ob in jedem Vergabeverfahren der Datenaustausch zwischen öffentlichen Auftraggebern und Bietern auf dem gleichen Sicherheitsniveau erfolgen muss wie der Austausch zwischen staatlichen Stellen erscheint nicht zwingend. Zudem kann der IT-Planungsrat durch Beschluss die Sicherheitsstandards ändern. Nach § 13 VgV-E sollen ergänzend allgemeine Verwaltungsvorschriften die einzuhaltenden technischen Standards regeln. Nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins wäre es vorzugswürdig, auf der Ebene der Rechtsverordnung verbindlich festzulegen, welche Sicherheitsanforderungen zu beachten sind oder – besser – den öffentlichen Auftraggebern für die Festlegung im Rahmen der Vorgaben des Absatzes 1 unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Spielräume zu überlassen.

7. Vergabe freiberuflicher Leistungen (§ 29 Abs. 2 VgV-E)

- 7.1 Der Deutsche Anwaltverein begrüßt ausdrücklich die Absicht, ein möglichst einheitliches Vergaberegime für Dienstleistungen zu schaffen, und zwar unter Einschluss der bislang durch die VOF erfassten freiberuflichen Leistungen. Dabei gilt es nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins jedoch, den Besonderheiten bei der Vergabe freiberuflicher Leistungen an einigen Stellen besser Rechnung zu tragen.
- 7.2 Der Deutsche Anwaltverein begrüßt, dass in § 29 Abs. 2 S. 2 VgV-E zugunsten freiberuflicher Leistungen eine Ausnahme von der regelhaften Verpflichtung vorgesehen ist, die Vertragsbedingungen der VOL/B zum Vertragsgegenstand zu machen. Jedoch sollte – an dieser Stelle oder besser allgemein – definiert werden, was unter freiberuflichen Leistungen zu verstehen ist. Auch wenn

dieser Begriff im Allgemeinen durch Rückgriff auf berufsrechtliche (namentlich § 1 Abs. 2 PartGG) oder steuerrechtliche Regelungen (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG) verständlich sein mag, fehlt in jedem Fall die Regelung, dass auch Leistungen, die im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden, hierunter fallen (vgl. bisher etwa § 1 S. 2 2. Spiegelstrich VOL/A). Ansonsten würde das Eingreifen von § 29 Abs. 2 S. 2 VgV-E vom Ergebnis des Verfahrens abhängen, nämlich davon, ob ein freiberuflich Tätiger den Zuschlag erhält oder ein zu diesem im Wettbewerb stehendes Unternehmen. Die Abhängigkeit der Vertragsbedingungen von der berufsrechtlichen Einstufung des Zuschlagsempfängers wäre nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins nicht diskriminierungsfrei.

8. Nebenangebote (§ 35 VgV-E)

- 8.1 § 35 Abs. 1 Satz 3 VgV-E sieht vor, dass Nebenangebote mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen. Diese Anforderung findet keine Entsprechung in der Richtlinie 2014/24/EU und ist ebenso wenig transparent wie das Erfordernis einer „allgemeinen Gleichwertigkeit“ (siehe hierzu Begründung zu Abs. 2). Der Deutsche Anwaltverein empfiehlt deshalb § 35 Abs. 1 Satz 3 VgV-E zu streichen.
- 8.2 Die Zulassung von Nebenangeboten, wenn der Preis alleiniges Zuschlagskriterium ist, sieht der Deutsche Anwaltverein im Hinblick auf die nach dem Wettbewerbs- und Transparenzgrundsatz erforderliche Vergleichbarkeit der Angebote kritisch (siehe hierzu auch BGH, Beschluss vom 07.01.2014 – X ZB 15/13). Insbesondere, wenn – wie in der Begründung zu § 35 Abs. 2 VgV-E propagiert – die Mindestanforderungen so offen formuliert werden, dass eine große Variationsbreite möglich ist, besteht ein hohes Risiko, dass die Angebote ggfs. nicht vergleichbar sind und die Auftraggeber gezwungen wären, sog. „abgespeckte“ Angebote anzunehmen oder die Ausschreibung schadensersatzpflichtig aufzuheben. Die Vergleichbarkeit muss dann jedenfalls auf andere Weise hergestellt werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.01.2015 – Verg 31/14).

9. Anforderungen an Unternehmen; Eignung (§§ 42 – 51 VgV-E)

- 9.1 Der Deutsche Anwaltverein begrüßt, dass bei der Eignung das Prinzip der „Eins zu Eins - Umsetzung“ auch im Referentenentwurf zur VgV konsequent verfolgt wurde und gleichzeitig vorhandene Spielräume im Sinne flexibler Vergabeverfahren genutzt wurden. Es ist richtig, die öffentlichen Auftraggeber innerhalb der durch die EU-Richtlinie vorgegebenen Grenzen die Eignungskriterien und die vorzulegenden Nachweise selbst bestimmen zu lassen.
- 9.2 Nicht hinreichend klar geregelt erscheint allerdings die „Rangordnung“ von Eigenerklärungen und anderen Belegen. § 48 Abs. 2 Satz 1 VgV-E sieht einen uneingeschränkten Vorrang von Eigenerklärungen vor. § 48 Abs. 2 Satz 2 VgV-E regelt, dass, wenn Bescheinigungen oder sonstige Nachweise verlangt werden, in der Regel solche verlangt werden, die von E-Certis abgedeckt sind. Unter welchen Voraussetzungen anstatt einer Eigenerklärung Bescheinigungen oder sonstige Nachweise verlangt werden können, ist damit nicht geregelt. Nach der Verordnungsbegründung soll die bisherige Regelung des § 7 EG Abs. 1 Satz 2 VOL/A fortgeschrieben werden. Die Verwendung des Wortes „vorrangig“ erweckt aber gegenüber der bisherigen Regelung den Eindruck einer Verschärfung. Der Deutsche Anwaltverein empfiehlt daher, an den Wortlaut der geltenden Vorschrift anzuknüpfen und „grundsätzlich“ (nicht: „vorrangig“) die Vorlage von Eigenerklärungen zu fordern. Damit ist klar, dass in begründeten Ausnahmefällen auch andere Unterlagen verlangt werden können.
- 9.3 Der Deutsche Anwaltverein begrüßt die Klarstellung in der Begründung zu den Absätzen 4, 5 und 6 von § 48 VgV-E, dass der öffentliche Auftraggeber die darin aufgeführten Nachweise des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen akzeptieren muss, jedoch nicht verpflichtet ist, solche zu verlangen, er sich mithin auch insoweit weiterhin auf Eigenerklärungen beschränken kann. Der Deutsche Anwaltverein empfiehlt jedoch in der Begründung zusätzlich klarzustellen, dass der Auftraggeber für den Fall, dass Anhaltspunkte für unzutreffende Eigenerklärungen vorliegen, diese aufzuklären und gegebenenfalls weitere Nachweise anzufordern hat.

- 9.4 § 122 Abs. 3 GWB-E regelt allgemein, dass der Nachweis der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen durch die Teilnahme an einem Präqualifizierungssystem erbracht werden kann. § 48 Abs. 8 VgV-E beinhaltet eine Eignungsvermutung unter der Voraussetzung der Eintragung in ein Präqualifikationssystem, das Art. 64 der Richtlinie 2014/24/EU entspricht. Art. 64 der Richtlinie setzt ein „amtliches Verzeichnis“ oder eine „Zertifizierung durch Zertifizierungsstellen nach Anhang VII“ voraus, wobei der Anhang VII die Begriffsbestimmung für „Technische Spezifikationen“ enthält und somit keinen ersichtlichen Zusammenhang mit Präqualifizierungssystemen aufweist. Insgesamt ergibt sich aus diesen Regelungen kein klares Bild, welche Anforderungen ein PQ-System erfüllen muss, damit die Eintragung als Nachweis der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen gelten kann. Der Deutsche Anwaltverein regt im Sinne der Rechtssicherheit aller Beteiligten an, dass dies eindeutig geregelt oder zumindest in der Begründung klargestellt wird.
- 9.5 Der Deutsche Anwaltverein begrüßt, dass in §§ 48 Abs. 3, 50 VgV-E in Bezug auf die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) in Übereinstimmung mit der Richtlinie 2014/24/EU nur eine Pflicht zur Akzeptanz als vorläufiger Beleg der Eignung und keine zwingende Pflicht zur Anforderung der EEE vorgesehen ist. Der Deutsche Anwaltverein regt für den Fall, dass der derzeitige Entwurf der EU-Durchführungsverordnung zur EEE (Stand August 2015) unverändert beschlossen werden sollte, an, in der Begründung klarzustellen, dass auch daraus keine Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber folgt, die EEE zwingend zu verlangen.
- 9.6 § 51 Abs. 1 VgV-E sieht für die Auswahl der Bewerber in einem Teilnahmewettbewerb vor, dass diese anhand von objektiven und nichtdiskriminierenden „Eignungskriterien“ zu erfolgen hat. Art. 65 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU sieht eine Beschränkung der Auswahlkriterien auf Eignungskriterien nicht vor. Dort ist allgemein von objektiven und nichtdiskriminierenden „Kriterien“ die Rede. Der Deutsche Anwaltverein schlägt vor, diese Formulierung im Sinne der 1:1-Umsetzung und der Flexibilität der Gestaltung der Vergabeverfahren unverändert zu übernehmen.

10. Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen (§§ 73-77 VgV-E)

- 10.1 Der VgV-Entwurf enthält in Abschnitt 6 (§§ 73 ff. VgV-E) besondere Regelungen für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen.
- 10.2 Der Anwendungsbereich des Unterabschnitts 1 wird dabei in § 73 Abs. 1 VgV-E u.a. dadurch definiert, dass Gegenstand der Leistungen eine Aufgabe ist, deren Lösung nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann. Das Abstellen auf die fehlende Beschreibbarkeit stellt dabei eine Übernahme aus dem bisherigen Recht zum Anwendungsbereich der VOF dar (§ 5 Abs. 2 VgV, § 1 Abs. 1 VOF). Jedoch entfällt nunmehr der europarechtliche Bezugspunkt dieses Merkmals, nämlich Art. 30 Abs. 1 lit. c) der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG, der die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens daran knüpfte. Die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens wird in Art. 26 Abs. 4 lit a) der Richtlinie 2014/24/EU von anderen – weiter gefassten – Umständen abhängig gemacht. Diese werden in § 14 Abs. 3 Nr. 1 - 4 VgV-E umgesetzt. Da die folgenden Bestimmungen (§§ 75 ff.) für alle Verfahrensarten Geltung beanspruchen können, regt der Deutsche Anwaltverein an, die Anwendbarkeit der §§ 73 ff. VgV-E nicht von einer Bezugnahme auf die erschöpfende Beschreibbarkeit abhängig zu machen; der letzte Halbsatz des § 73 Abs. 1 VgV-E könnte dann entfallen. Ebenso könnte der § 74 entfallen, da sich die Voraussetzungen, unter denen ein Verhandlungsverfahren oder der Wettbewerbliche Dialog zur Anwendung kommen können, aus § 14 Abs. 3 VgV-E ergeben.
- 10.3 Der Deutsche Anwaltverein regt ferner an, zur Definition der Architekten- und Ingenieurleistungen in § 73 Abs. 2 VgV-E nicht auf die HOAI zurückzugreifen. Sie ist Preisrecht und gilt nur für die inländische Leistungserbringung durch Inländer.
- 10.4 Sollte der Empfehlung, den Anwendungsbereich zu erweitern und § 74 des Entwurfs zu streichen, nicht gefolgt werden, ist § 74 VgV-E aus Sicht des Deutschen Anwaltvereins klarer zu formulieren. Wenn die Regelung nur auf Fälle anwendbar ist, in denen die erschöpfende Beschreibbarkeit fehlt (oder besser: ein Tatbestand von § 14 Abs. 3 Nr. 1 - 4 VgV-E vorliegt), ist die

Rechtsfolge, „in der Regel“ werde das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb angewandt, schwer verständlich.

Falls sich die Ausnahmen von der Regel auf die Fälle beziehen sollen, in denen auf einen Teilnahmewettbewerb verzichtet werden kann, sollte das durch Bezugnahme auf § 14 Abs. 4 VgV-E klargestellt werden. Nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins könnte auch nur hierin ein sinnvoller Regelungsgehalt der Norm liegen, da § 73 VgV-E in der Formulierung des Entwurfs ausschließt, dass im Anwendungsbereich des Abschnitts 6, Unterabschnitt 1 das offene oder nicht offene Verfahren angewendet werden kann.

Die Regelung des § 74 S. 2 VgV-E sollte gestrichen werden. Sie ist nicht nur unklar formuliert (was genau gilt für den wettbewerblichen Dialog Gleiches?), sondern neben § 14 Abs. 3 VgV-E auch überflüssig. In den Fällen des § 14 Abs. 4 VgV-E schließlich kommt ein wettbewerblicher Dialog ohnehin nicht in Betracht.

- 10.5 § 75 Abs. 5 S. 1 VgV-E, der § 20 Abs. 2 S. 1 VOF übernimmt, sollte aus Sicht des Deutschen Anwaltvereins gestrichen werden. Die letztgenannte Regelung war schon immer missverständlich. Sie hat in der Richtlinie 2014/24/EU keine Entsprechung. § 75 VgV-E betrifft die Eignung. In der Phase der Eignungsprüfung – im Teilnahmewettbewerb – ist ein Präsentationstermin nicht vorgesehen. Inwieweit konkrete Erfahrungen im anschließenden Verhandlungsverfahren für den Zuschlag eine Rolle spielen dürfen, ist nicht im Zusammenhang der Eignung zu regeln und im Übrigen bereits durch § 58 Abs. 2 Nr. 2 VgV-E in Übereinstimmung mit der Richtlinie geklärt.
- 10.6 § 76 Abs. 2 S. 1 VgV-E ist missverständlich formuliert und ohne echten Regelungsgehalt, da andere Verfahrensarten als die dort aufgezählten im durch § 73 VgV-E in der Entwurfsfassung definierten Anwendungsbereich der Vorschrift ohnehin nicht denkbar sind. Satz 2 verweist zudem fälschlich auf § 78 statt auf § 77. Nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins kann § 76 Abs. 2 VgV-E komplett entfallen, da das Gewollte bereits hinreichend in § 77 Abs. 2 VgV-E zum Ausdruck kommt.