

Stellungnahme

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Verga- berechts

Berlin, 26. Mai 2015



Zusammenfassung

Der BDEW begrüßt den vorliegenden Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts. Erfreulich ist insbesondere, dass der Entwurf – wie im Eckpunktepapier der Bundesregierung vom 7. Januar 2015 bereits angekündigt – der Leitlinie einer 1:1-Umsetzung der zugrunde liegenden EU-Richtlinien folgt.

Nach Auffassung des BDEW ist es ganz überwiegend sehr gut gelungen, die Vorgaben der Richtlinien in die nationale Vergaberechtssystematik einzupassen. Angesichts der grundlegenden Reform des Vergaberechts ist erfreulicherweise auch davon auszugehen, dass nun ein Regelwerk geschaffen wird, das als Ganzes Bestand haben wird und auf dem auch im Falle künftig anstehender Novellierungen aufgebaut werden kann, ohne das Paragraphengerüst – wie in der Vergangenheit leider sehr häufig – erneut vollständig umbauen zu müssen.

Bedauerlich ist zum jetzigen Zeitpunkt allerdings, dass die Rechtsverordnungen (Vergabeverordnung, Sektorenverordnung, Konzessionsverordnung) noch nicht im Entwurf vorliegen, da somit gegenwärtig nicht einzuschätzen ist, welche Regelungen gänzlich fehlen und welche Regelungen noch Einzug in die Verordnungen halten sollen.

Ebenfalls bedauerlich ist, dass im Rahmen der jetzt anstehenden GWB-Novelle nicht auch die Unterschwellenvergabe mit geregelt wird. In diesem Bereich herrscht – seit Jahren – erhebliche Rechtsunsicherheit. Die aktuelle Novelle wäre ein geeigneter Anlass, den Unterschwellenbereich nun auch bundeseinheitlich vergaberechtlich zu regeln; insbesondere etwa hinsichtlich der Nachprüfbarkeit durch Vergabekammern.

Vorbehaltlich dessen bedankt sich der BDEW für die Gelegenheit zur Stellungnahme und fasst nachfolgend seine Anmerkungen und Hinweise zusammen. Im Wesentlichen weist der BDEW dabei auf die im Sektorenbereich noch nicht vollständig umgesetzten Vorgaben der Richtlinien 2014/25/EU und 2014/23/EU hin, deren Umsetzung in nationales Recht aber gerade auch für die Unternehmen der Energie- und Wasserwirtschaft von entscheidender Bedeutung ist. Insbesondere betrifft dies die Ausnahmeregelungen für Sektorenauftraggeber z.B. im Bereich Wasser. Auftraggeber im Trinkwassersektor üben regelmäßig auch andere wasserwirtschaftliche Tätigkeiten in den Bereichen Wasservorhaben, Bewässerung, Entwässerung, Ableiten sowie Klärung von Abwässern etc. aus. Die Anwendung vergaberechtlicher Regelungen in diesem Zusammenhang wäre ungeeignet angesichts der Notwendigkeit, sich aus in der Nähe des Verwendungsorts gelegenen Quellen zu versorgen. Der BDEW fordert daher die vollständige Übernahme der Ausnahmeregelungen aus der Richtlinie 2014/25/EU in das neue GWB. Gleichzeitig fordert der BDEW die Beibehaltung der besonderen Ausnahmetatbestände für Sektorenauftraggeber, die bislang in § 100b GWB-alt geregelt waren und die nun teilweise nicht in das novellierte GWB übernommen worden sind, so z.B. im Bereich der Energieerzeugung sowie betreffend die Vergabe von Aufträgen, die anderen Zwecken dienen als der Sektorentätigkeit. Diese Ausnahmeregelungen bedeuten für die Unternehmen erhebliche Erleichterungen, ohne dass dadurch marktrelevante Aufträge dem Wettbewerb entzogen würden. Es ist

daher nicht ersichtlich, warum die besonderen Ausnahmetatbestände nicht weiter beibehalten werden sollten.

Darüber hinaus sieht der BDEW an verschiedenen Stellen Klarstellungsbedarf im Gesetzestext, um bestehende oder jedenfalls zu erwartende Auslegungsfragen und Anwendungsprobleme auszuräumen. Der BDEW begrüßt die sehr wichtige Klarstellung, dass Konzessionen im Bereich Wasser nicht dem Vergaberecht unterliegen. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass Wasser keine übliche Handelsware ist und für das Lebensmittel Nr. 1 vielmehr hygienische Anforderungen und das Bedürfnis nach Versorgungssicherheit im Vordergrund stehen. Es wird auch dem Umstand Rechnung getragen, dass die Wasserversorgung eine zentrale Aufgabe der öffentlichen Daseinsvorsorge ist. Der BDEW setzt sich auch im Zusammenhang mit den sogenannten Strom- und Gaskonzessionen für eine Klarstellung ein. Erfreulicherweise gibt die Gesetzesbegründung zu § 105 GWB-E insoweit bereits hilfreiche Anhaltspunkte, dass Wegenutzungsverträge in den Bereichen Gas und Strom, aber auch auf dem Gebiet der Fernwärme nicht vergaberechtsrelevant sind. Im Interesse der Rechtssicherheit spricht sich der BDEW jedoch dafür aus, diese Ausnahmeregelung auch im Gesetz selbst zu verankern und klarzustellen, dass § 46 EnWG auch weiterhin unberührt bleibt.

Der BDEW begrüßt im Übrigen das Ansinnen, das Vergaberecht zu vereinfachen und zu modernisieren. Mit der Einführung der E-Vergabe geht man insoweit einen entscheidenden Schritt voran. Wenn künftig für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren grundsätzlich aber zwingend elektronische Mittel verwendet werden müssen, bedeutet dies für die Unternehmen zunächst die Pflicht zur Umstellung, die mit erheblichen Kosten und mit einem erheblichen administrativen Aufwand verbunden ist. Sowohl die Vergaberichtlinien als auch das Eckpunktepapier der Bundesregierung vom 7. Januar 2015 haben dieser anstehenden Belastung der Unternehmen Rechnung getragen und eine verlängerte Umsetzungsfrist bis Oktober 2018 vorgesehen. Ausweislich des Eckpunktepapiers sollte diese verlängerte Umsetzungsfrist auch voll ausgeschöpft werden. Der BDEW hält es für sehr bedauerlich, dass der vorliegende Referentenentwurf dieses Ansinnen nicht aufgreift und die Möglichkeit der Verlängerung der Umsetzungsfrist nicht explizit voll ausschöpft.

Im Einzelnen

1) § 97 Abs. 5 GWB-E: e- Vergabe

- a) Im Referentenentwurf, hier § 97 Abs. 5 GWB, ist nur der Grundsatz der elektronischen Kommunikation umgesetzt; die genaue Ausgestaltung ist weiter unklar, da diese in den entsprechenden Verordnungen erfolgen soll.
- b) In der Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 5 (Seite 81) fehlt der Verweis auf die in der Richtlinie 2014/25/EU vorgesehenen Übergangsfristen. Es ist unklar, ob es sich hierbei um ein Versehen handelt oder ob nach dem Willen des Ge-

setzgebers die Übergangsfristen für Sektorenauftraggeber nicht ausgeschöpft werden sollen.

Der BDEW plädiert dafür, die Übergangsfristen für Sektorenauftraggeber voll auszuschöpfen.

Alle Betroffenen sollen ausreichend Zeit für die notwendigen technischen Anpassungen haben. Diese Zeit werden die Unternehmen sicher benötigen, da die Umsetzung der Vorgaben zur elektronischen Vergabe einen erheblichen Aufwand mit sich bringen wird.

Diesem Umstand hat auch bereits das Eckpunktepapier der Bundesregierung vom 7. Januar 2015 Rechnung getragen, ausweislich dessen die Umsetzungsfrist für die Einführung der elektronischen Kommunikation voll ausgeschöpft werden sollte. Diese Ankündigung sollte nun auch unbedingt umgesetzt werden.

Im Übrigen sollen die vorgesehenen Übergangsfristen in den Richtlinien 2014/24/EU und 2014/23/EU mit der grundsätzlichen Vorgabe zur Nutzung elektronischer Mittel „erfasst“ sein. Es ist unklar, was dies genau bedeuten soll. Ist damit eine vollständige Ausschöpfung der Aufschubmöglichkeiten gemeint?

Der BDEW bittet insoweit um Klarstellung.

2) § 97 Abs. 6 GWB-E

Angesichts der Komplexität der vom Vergaberecht abzugrenzenden fachspezifischen Regelungen sollte klargestellt werden, dass etwaige strengere Regelungen in Fachgesetzen unberührt bleiben.

Der BDEW plädiert dafür, § 97 Abs. 6 GWB-E am Ende wie folgt zu ergänzen:

Strengere fachgesetzliche Regelungen bleiben unberührt.

3) § 99 Nr. 1 GWB-E

Es fällt auf, dass in dieser Bestimmung auch das Sondervermögen von Gebietskörperschaften erfasst ist. Die Richtlinie 2014/24/EU erfasst das Sondervermögen dagegen nicht. Es ist nicht klar, weshalb der deutsche Gesetzgeber hier über die EU-Richtlinienanforderungen hinausgeht.

Der BDEW plädiert auch insoweit für eine 1:1-Umsetzung der Richtlinie.

4) § 102 Abs. 1 Nr. 1 GWB-E

In dieser Bestimmung findet sich die Definition der Sektorentätigkeit für Wasser, die im Wesentlichen an die Sektorenrichtlinie 2014/25/EU angelehnt ist. Art. 10 Abs. 3 der Sektorenrichtlinie benennt über die Definition hinaus aber auch Ausnahmen von der Sektorentätigkeit Wasser, die das GWB nicht enthält.

Konkret ist dort geregelt, dass die Einspeisung von Trinkwasser in feste Netze zur Versorgung der Allgemeinheit durch einen Auftraggeber, der kein öffentlicher Auftraggeber ist, nicht als vergaberechtsrelevante Tätigkeit gilt, sofern die Erzeugung von Trinkwasser durch den betreffenden Auftraggeber erfolgt, weil dessen Verbrauch für die Ausübung einer Tätigkeit erforderlich ist, die nicht in den Art. 8-11 der Sektorenrichtlinie genannt ist. Ebenfalls nicht vergaberechtsrelevant ist eine Tätigkeit danach weiter, wenn die Einspeisung in das öffentliche Netz nur von dem Eigenverbrauch des Auftraggebers abhängt und bei Zugrundelegung des Durchschnitts der letzten drei Jahre einschließlich des laufenden Jahres nicht mehr als 30% der gesamten Trinkwassererzeugung des Auftraggebers ausmacht.

Die Richtlinienregelung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass Auftraggeber im Trinkwassersektor auch andere wasserwirtschaftliche Tätigkeiten in den Bereichen Wasservorhaben, Bewässerung, Entwässerung, Ableiten sowie Klärung von Abwässern etc. ausüben. Die Anwendung vergaberechtlicher Regelung in diesem Zusammenhang wäre ungeeignet angesichts der Notwendigkeit, sich aus in der Nähe des Verwendungsorts gelegenen Quellen zu versorgen. Sie stünde im Widerspruch zum Örtlichkeitsprinzip nach § 50 WHG. Danach soll Wasserversorgung so ortsnah wie möglich stattfinden, um einen flächendeckenden Gewässerschutz zu gewährleisten. Könnten nun entfernter liegende Versorger in Konkurrenz treten, würde dem Umwelt- und Gewässerschutz geschadet und Wasser würde zur Handelsware. Es stünde auch zu befürchten, dass Sicherheits- und Qualitätsaspekte der wirtschaftlichen Betrachtung zum Opfer fallen würden.

Der BDEW plädiert dafür, sämtliche Ausnahmetatbestände der Richtlinie 2014/25/EU vollumfänglich in das GWB zu übernehmen.

5) § 108 GWB-E: ÖÖP für Sektorauftraggeber

- a) Der BDEW weist darauf hin, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung durchaus auch die Möglichkeit der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit für sämtliche Sektorauftraggeber vorsieht. Im jetzt vorliegenden GWB-E wird diese Möglichkeit eingeschränkt, da dem Wortlaut nach nur öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 bis 3 GWB-E, nicht aber Sektorauftraggeber nach § 99 Abs. 4 GWB-E erfasst sein sollen. Gründe hierfür sind dem BDEW nicht ersichtlich, da auch die mehrheitlich von Gebietskörperschaften beherrschten Sektorauftraggeber mit anderen Gebietskörperschaften unter Einhaltung der Voraussetzungen vergaberechtsfrei zusammenarbeiten und somit Leistungen

dem Markt genauso entziehen wie 100%ige Tochtergesellschaften von Gebietskörperschaften.

Entscheidend sollte vielmehr sein, dass durch die Gründung solcher Tochtergesellschaften nicht vergaberechtsfrei Aufträge verschafft werden, also das Vergaberecht umgangen wird. Diesem Aspekt trägt das Vergaberecht aber bereits hinreichend Rechnung.

Der BDEW plädiert daher für die Ausweitung des § 108 Abs. 8 GWB-E auf sämtliche Sektorenauftraggeber. Die Einschränkung des § 108 Abs. 8 GWB-E auf § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB-E sollte gestrichen werden. Der Anwendungsbereich des § 108 Abs. 8 GWB-E sollte sich auf § 100 Abs. 1 GWB-E insgesamt beziehen.

- b) In der Gesetzesbegründung zu § 108 Abs. 8 GWB-E (S. 98 unten) findet sich ein Tippfehler. In Satz 7 muss es heißen:

„Dadurch wird sichergestellt, dass sich private Auftraggeber nach § 100 ~~101~~ Abs. 1 Nummer 2...“

- c) In der Begründung zu § 108 Abs. 6 GWB-E sollte klargestellt werden, dass „gemeinsame Interessen“ nicht zwingend Interessengleichheit bedeutet, sondern die Interessen der Teilnehmer einer interkommunalen Zusammenarbeit sich auch ergänzen können (vgl. Erwägungsgrund 34 der Richtlinie 2014/24/EG). Für die Unternehmen der Wasserwirtschaft ist diese Klarstellung insbesondere hinsichtlich der Teilaufgaben nach § 54 Abs. 2 Nr. 1 WHG wünschenswert. Es ist durchaus denkbar, dass Unternehmen im Rahmen einer interkommunalen Kooperation Abwasserbeseitigung durch Sammeln, Fortleiten, Behandeln, Einleiten, Versickern, Verregnen und Verrieseln von Abwasser sowie durch das Entwässern von Klärschlamm verrichten, ohne dass dabei die Aufgaben der Partner identisch sind. Die einzelnen Aufgaben können sich auch ergänzen.

6) §§ 116, 137 GWB-E: Ausnahmeregelungen

- a) Der Gesetzesaufbau ist gerade hinsichtlich der Ausnahmeregelungen nur schwer nachvollziehbar, was insbesondere zu einer schweren Lesbarkeit führt. Es fällt auf, dass nun allgemeine Ausnahmen (§ 107 GWB-E) neben den Besonderen Ausnahmen zu den besonderen Bereichen und neben den Ausnahmen für Konzessionen (§ 137 GWB-E; § 145 GWB-E; § 149 GWB-E) im GWB-E verteilt sind. Dies führt im Ergebnis zu einer dem Vereinfachungsgedanken widersprechenden Vorschriftenmehrung.
- b) § 137 GWB-E (Besondere Ausnahmeregelungen für Sektorenauftraggeber) verweist auf § 116 GWB-E (Besondere Ausnahmen für die Vergabe von öf-

fentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber). § 116 GWB-E gilt nach Ansicht des BDEW allerdings gleichermaßen für öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber, weil die Definition des öffentlichen Auftrags in § 103 GWB-E auf beide Bezug nimmt. Eine doppelte Regelung in § 116 GWB-E und § 137 GWB-E ist überflüssig und läuft dem Vereinfachungsgedanken zuwider. In der jetzt vorliegenden Fassung ist § 137 GWB-E mithin überflüssig.

- c) Hinsichtlich der konkreten Ausnahmeregelung für Sektorenauftraggeber fällt allerdings auf, dass die bisher geltenden besonderen Ausnahmen im Sektorenbereich gemäß § 100b GWB (alt) überwiegend fehlen. So regelt § 137 GWB-E z.B. nicht die Ausnahme der Beschaffung von Wasser. Das Streichen dieser Ausnahme steht im Widerspruch zu § 149 Nr. 9 GWB-E, der die Konzessionsvergabe im Wasserbereich vom Anwendungsbereich des Vergaberichts ausnimmt. Vielen Wasserkonzessionen ist der Fremdwasserbezug immanent. Wenn die Beschaffung auszuschreiben wäre, würden ganze Stadtwerke, die ausschließlich Wiederverkäufer von Trinkwasser sind, plötzlich in erheblichem Umfang dem Wettbewerb ausgesetzt. Ferner ergibt sich ein Widerspruch zum Örtlichkeitsprinzip nach § 50 WHG. Danach soll Wasserversorgung so ortsnah wie möglich stattfinden, um einen flächendeckenden Gewässerschutz zu gewährleisten. Könnten nun entfernter liegende Versorger in Konkurrenz treten, würde dem Umwelt- und Gewässerschutz geschadet und Wasser würde zur Handelsware. Schließlich drohen Sicherheits- und Qualitätsaspekte der wirtschaftlichen Betrachtung zum Opfer zu fallen. Nicht nachvollziehbar ist auch, wie jemand auf eine ausgeschriebene Wasserlieferung bieten sollte, der noch kein Wasserrecht für diese Lieferung besitzt, wobei zu berücksichtigen ist, dass das wasserrechtliche Bewirtschaftungsermessen Wasserrechte „auf Vorrat“ verbietet. Ebenso unklar ist, was mit dem Wasserrecht des unterlegenen Bieters geschehen soll.

§ 137 GWB-E enthält auch keine Ausnahmeregelung mehr für die Beschaffung von Energie oder Brennstoffen zur Energieerzeugung und die Vergabe von Aufträgen zum Zweck der Weiterveräußerung oder Vermietung an Dritte (§ 100b Abs. 4 Nr. 3 GWB-alt). Ebenso fehlt der Inhalt der bisherigen Regelung in § 100b Abs. 4 Nr. 1 GWB (alt) betreffend die Vergabe von Aufträgen, die anderen Zwecken dienen als der Sektorentätigkeit.

Auch wenn auf Antrag des BDEW für den Bereich der Energieerzeugung durch die EU-Kommission mittlerweile eine Befreiung vom Vergaberecht förmlich festgestellt worden ist, bringt eine Fortführung des bisherigen Ausnahmetatbestandes in § 137 GWB-E erheblich mehr Rechtssicherheit. Es ist auch nicht ersichtlich, warum die übrigen Ausnahmeregelungen entfallen sollten. Vergabeverfahren sind grundsätzlich sehr aufwändig und leider auch sehr fehleranfällig. Sie bedeuten für die Unternehmen erheblichen Mehraufwand und sie sind in der Regel mit Kosten verbunden. Jede Erleichterung, gerade in Bereichen, die für den Wettbewerb nicht weiter relevant sind, ist daher im Inte-

resse einer effektiven Beschaffung von Leistungen am Markt für die Unternehmen nicht nur wünschenswert, sondern auch existentiell wichtig.

Der BDEW fordert daher, sämtliche Ausnahmeregelungen aus dem GWB-alt im GWB-neu vollständig zu übernehmen.

- d) Der Entwurf versäumt es leider, die bislang aufgrund unzureichender Gesetzesdefinitionen bestehenden Unsicherheiten und Unklarheiten bei der Bestimmung des 80%-Umsatzes in § 138 Abs. 3 und 4 GWB-E klarzustellen. Auch nach dem jetzt vorliegenden Wortlaut bleibt unklar, ob eine sektorspezifische Betrachtung stattfinden kann oder eine Differenzierung nach Auftragsgegenständen und Geschäftszweigen erfolgen kann. Die Anwendung des Konzernprivilegs wird dadurch erschwert.

Der BDEW plädiert für die Aufnahme einer Definition, was „gleiche oder gleichartige“ Leistungen sind.

7) § 149 GWB-E: Besondere Ausnahmen bei der Vergabe von Konzessionen

- a) **Wasserversorgung:** Der BDEW begrüßt ausdrücklich die Aufnahme der Ausnahmeregelung für den Bereich Trinkwasserversorgung ins GWB. Die Regelung des § 149 Nr. 9 GWB-E entspricht der Ausnahme in Art. 12 der EU-Konzessionsvergaberichtlinie. Über die Organisation der Versorgung mit dem wichtigsten Lebensmittel soll auch weiterhin vor Ort durch den kommunalen Aufgabenträger entschieden werden, denn die Wasserwirtschaft ist eine der wesentlichen Leistungen kommunaler Daseinsvorsorge.
- b) **Strom, Gas und Fernwärme:** Für die sogenannte Strom-, Gas- und Fernwärmekonzessionen ist keine eindeutige gesetzliche Ausnahme formuliert. Der BDEW begrüßt sehr, dass die Gesetzesbegründung zu § 105 GWB-E auf S. 90 (zu Erwägungsgrund 16) aber klarstellt, dass Wegenutzungsverträge nach § 46 des Energiewirtschaftsgesetzes zu Strom- und Gasleitungen nicht als Konzessionen gelten. Auch Wegenutzungsverträge zu Fernwärmeleitungen gelten ausweislich der Gesetzesbegründung nicht als Konzessionen im Sinne der Richtlinie 2014/23/EU. Dies sollte so auch im Gesetzeswortlaut zum Ausdruck kommen, um die Praxis nicht mit Rechtsunsicherheiten zu belasten.

Denkbar wäre etwa folgende Formulierung, die idealerweise bereits im Anwendungsbereich des GWB (§ 1 f. GWB) oder aber – bei entsprechender Erläuterung in der Gesetzesbegründung – in § 105 Abs. 1 GWB-E als neue Nummer 3 ergänzt werden könnte:

„§ 46 EnWG bleibt unberührt.“

Alternativ käme eine entsprechende Klarstellung auch in § 107 GWB-E als neuer Absatz 3 in Betracht. Da der vorliegende Entwurf die Ausnahmen an vie-

len Stellen sehr konkret benennt – so etwa in § 107 GWB-E –, spricht nach Ansicht des BDEW vieles dafür, auch die Fälle konkret zu benennen, in denen noch nicht einmal der Anwendungsbereich eröffnet ist, weil keine Konzession im Sinne des Gesetzes vorliegt.

8) § 140 GWB-E: Besondere Ausnahmen für unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzte Tätigkeiten

§ 140 GWB-E enthält – anders als § 3 SektVO – keinen Hinweis darauf, dass die Entscheidung darüber, ob eine Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, von der EU-Kommission in einem förmlichen Verfahren getroffen wird. Dies könnte zu Irritationen führen.

Der BDEW plädiert für die Aufnahme eines Hinweises, dass die Entscheidung der EU-Kommission obliegt.

9) § 130 GWB-E: Soziale und andere besondere Dienstleistungen

Nach Art. 91 der Sektorenrichtlinie in Verbindung mit Anhang XVII der Richtlinie finden die vergaberechtlichen Regelungen für soziale und andere besondere Dienstleistungen nur dann Anwendung, wenn der Wert dem in Art. 15 lit. c der Richtlinie angegebenen Schwellenwert (1 Million Euro) entspricht oder ihn übersteigt. Der GWB-E bleibt insoweit leider hinter den Bestimmungen der Sektorenrichtlinie zurück. Die tatsächliche Festlegung eines vereinfachten Verfahrens im Sinne einer 1:1 Umsetzung des Art. 91 wäre allerdings wünschenswert, weil auch damit eine erhebliche Erleichterung für die Unternehmen einherginge.

Der BDEW fordert die 1:1 Umsetzung des Art. 91 Richtlinie 2014/25/EU.

10) Integration der Regelungen aus der VOL/A

Der BDEW begrüßt das Ansinnen, die Struktur des Vergaberechts zu vereinfachen und anwenderfreundlicher zu gestalten. Das Kaskadenprinzip war für die praktische Anwendung des Vergaberechts seit jeher hinderlich. Die Zusammenführung der Vergabeverfahren für Liefer- und Dienstleistungen sowie für freiberufliche Leistungen in der VgV begrüßt der BDEW ausdrücklich.

Das Auseinanderreißen der VOL/A-Regelungen sowohl im GWB-E wie auch – zukünftig – in der VgV ist nach Ansicht des BDEW allerdings sehr unglücklich. Besonders deutlich wird dies bei der Regelung des § 119 GWB-E. Nach § 119 Absatz 2, Satz 2 GWB-E steht das Verhandlungsverfahren nur zur Verfügung, soweit dies aufgrund dieses Gesetzes gestattet ist. Bei enger Interpretation der Vorschrift („auf Grund des Gesetzes“) ist eine Benennung der Voraussetzungen, unter denen das Verhandlungsverfahren zulässig ist, in der VgV gar nicht möglich, insbe-

sondere vor dem Hintergrund, dass die VgV selbst aufgrund des GWB überhaupt erst existiert.

Die Regelung beinhaltet jedenfalls einen unlogischen Bruch zwischen Verhandlungsverfahren als mögliche Vergabeart (GWB-E) und den Voraussetzungen, unter denen ein Verhandlungsverfahren angewendet werden darf (zukünftig VgV). In § 119 GWB-E würde man als sich logisch anschließende Regelung Vorschriften erwarten, die diejenigen Fallkonstellationen beschreiben, in denen der öffentliche Auftraggeber das Verhandlungsverfahren mit oder ohne Teilnahmewettbewerb anwenden darf. Dies nun in der VgV regeln zu wollen, erachtet der BDEW als unlogisch.

Hinzu kommt, dass dem Vernehmen nach die um die VOL/A/VOL/A-EG-Regelungen ergänzten und überarbeiteten VgV-Bestimmungen im Gesetz- und Verordnungsgebungsverfahren nachfolgen sollen. Wenn diese Regelungen gegenüber den GWB-Bestimmungen auch später in Kraft treten sollten, würde dies eine Undurchführbarkeit von VOL/A-EG Vergabeverfahren während der Übergangsphase nach sich ziehen.

Ansprechpartner:

Dr. Sabine Wrede

Telefon: +49 30 300199-1523

Email: sabine.wrede@bdew.de