ADV-Stellungnahme zum Referentenentwurf einer Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts

- zu Art. 2 Sektorenverordnung (SektVO)
- zu Art. 3 Konzessionsvergabeverordnung (KonzVGV)
- zu Art. 4 Vergabestatistikverordnung (VergStatVO)

Stand: 1. Dezember 2015





# I. Ausgangslage

Im Rahmen der Umsetzung der Vergaberichtlinien 2013/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU wurden nunmehr neben dem Gesetzentwurf zur Änderung des 4. Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) auch die dort erwähnten Verordnungen als Referentenentwürfe veröffentlicht. Für die Mitglieder der ADV relevant sind die:

- Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung – SektVO).
- Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeverordnung – KonzVgV) sowie
- Verordnung zur Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen (Vergabestatistik Verordnung – VergStatVO).

Die ADV regt wichtige Änderungen in diesen Verordnungsentwürfen an.

Übergeordnet sollte im Rahmen des weiteren Verfahrens auf eine sprachlich einheitliche Formulierung geachtet werden, sofern identische Sachverhalte in den unterschiedlichen Verordnungen geregelt werden.

# II. Änderungsvorschläge zum Referentenentwurf der Sektorenverordnung

Die nachfolgenden Änderungen sollten am Entwurf der Sektorenverordnung vorgenommen werden:

# 1. Zu § 19 – Rahmenvereinbarungen

### 1.1 ADV-Vorschlag:

§ 19 Abs. 1 Satz 3 SektVO wird gestrichen.

### 1.2 Begründung:

Die Vorgaben der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU (SKR) sind in § 19 SektVO nicht 1:1 umgesetzt.

§ 19 Abs. 1 Satz 3 SektVO enthält die in der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU (SKR) nicht enthaltene Vorgabe, dass der Auftraggeber für dieselbe Leistung nicht mehrere Rahmenvereinbarungen abschließen darf. Hier wird eine sich nicht aus der SKR ergebende Regelung aus § 4 Abs. 2 Satz 3 VOL/A übernommen.

Mit § 19 Abs. 1 Satz 4 SektVO ist bereits ein Verbot der rechtsmissbräuchlichen Gestaltung für Rahmenvereinbarungen vorgesehen. Sofern § 19 Abs.1



Satz 3 SektVO ebenfalls rechtsmissbräuchliche Gestaltung verhindern will, liegt eine unnötige Doppelung vor.

Für die Verkehrsflughäfen bringt der vorgesehene Wortlaut des § 19 Abs. 1 Satz 3 SektVO erhebliche Schwierigkeiten. Rahmenverträge werden von Verkehrsflughäfen genutzt, um auf kurzfristig entstehenden Bedarf ihrer Kunden, insbesondere der Luftverkehrsgesellschaften, reagieren zu können. Beispielhaft sind hier Leistungen im Bereich der Bodenabfertigungsdienste zu nennen. Erteilt eine Airline einem Verkehrsflughafen oder einem Tochterunternehmen hier kurzfristig einen Auftrag, kann der personelle Bedarf nur über Zeitarbeit bzw. Arbeitskräftevermittlung gedeckt werden. In fachspezifischen Bereichen – wozu auch Bodenabfertigungsdienste zählen – kann ein Anbieter den Bedarf nicht decken. Es ist hier erforderlich, dass mehrere Rahmenverträge parallel geschlossen werden, um den Gesamtbedarf abdecken zu können. Solche Gestaltungen sind nicht rechtsmissbräuchlich und müssen daher weiterhin möglich sein.

# 2. § 41 – Bereitstellung der Vergabeunterlagen

# 2.1 ADV-Vorschlag:

§ 41 Abs. 1 SektVO erhält folgenden Wortlaut:

Die Auftraggeber bieten ab dem Datum der Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung nach § 35 Abs. 1 oder dem Tag der Absendung zur Aufforderung zur Interessenbestätigung der Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung oder – sofern die Auftragsbekanntmachung keine Aufforderung zur Angebotsabgabe enthält (Verhandlungsverfahren und nicht offenes Verfahren) ab dem Datum der Absendung einer Aufforderung zur Angebotsabgabe mittels elektronischer Mittel kostenlos einen uneingeschränkten und vollständigen Zugang zu den Vergabeunterlagen an.

# 2.2 Begründung:

Art. 73 Abs.1 SKR enthält die Vorgabe, dass die Auftraggeber ab dem Tag der Veröffentlichung der Bekanntmachung oder dem Tag der Absendung der Aufforderung zur Interessenbestätigung unentgeltlich einen uneingeschränkten und vollständigen elektronischen Zugang zu den Auftragsunterlagen anbieten müssen. § 41 Abs. 1 dient der Umsetzung dieser Vorgabe.

Im offenen Verfahren ist es denknotwendig, dass die Vergabeunterlagen zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens mit Versand der EU-Bekanntmachung vollständig vorliegen müssen. In diesem Rahmen ist es nachvollziehbar und sachgerecht, auch einen Zugang zu diesen Unterlagen in elektronischer Form anzubieten.



Eine Zurverfügungstellung der vollständigen Vergabeunterlagen bereits zum Zeitpunkt der Auftragsbekanntmachung ist mit dem Ablauf des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung sowie dem nicht offenen Verfahren als zweistufige Vergabeverfahren nicht vereinbar. In zweistufigen Verhandlungsverfahren werden die Vergabeunterlagen erst nach Durchführung des Teilnahmewettbewerbs an die ausgewählten Bieter übermittelt. Dies ergibt sich logisch zwingend aus § 42 Abs. 1 und Abs. 2.

Art. 73 Abs. 1 SKR geht offenbar vom offenen Verfahren als Regelverfahren aus. Es ist zu befürchten, dass im Verfahren zum Erlass der Sektorenrichtlinie hier die Regelungen aus der klassischen öffentlichen Auftragsvergabe übernommen wurden.

Die Konzessionsrichtlinie dagegen zeigt in Art. 34 Abs. 1, dass die Berücksichtigung zweistufiger Verfahren Auswirkungen auf den Zeitpunkt der Bereitstellung der Vergabeunterlagen hat. Dort sind die Konzessionsunterlagen bei zweistufigen Verfahren, wie dem Verhandlungsverfahren, erst ab Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe zur Verfügung zu stellen. Diese Regelung ist Grundlage für den ADV-Formulierungsvorschlag.

Die vorgeschlagene Änderung ist auch deshalb notwendig, weil die Vorgaben in § 41 Abs. 1 bei zweistufigen Vergabeverfahren nicht umgesetzt werden könnten. Nach § 42 Abs. 1 hat die Aufforderung zur Angebotsabgabe einen Hinweis auf die veröffentlichte Auftragsbekanntmachung zu enthalten. Wenn ab dem Tag einer Auftragsbekanntmachung die Vergabeunterlagen vorgehalten werden müssen, kann diese Anforderung nicht erfüllt werden. Auch der Tag, an dem die Angebote eingehen müssten, vgl. § 42 Abs. 2 Nr. 2, kann zutreffend im zweistufigen Verfahren nicht bei Versand der EU-weiten Bekanntmachung benannt werden. Auch aus systematischen Gründen erweist sich § 41 Abs. 1 daher als unzureichend.

Art. 73 Abs. 1 SKR muss daher im Sinne des Art. 34 Abs. 1 der Konzessionsrichtlinie verstanden und in diesem Sinn in deutsches Recht umgesetzt werden.

# 3. Prüfung und Wertung der Angebote, Nachfordern von Unterlagen

# 3.1 ADV-Vorschlag:

# 3.1.1 § 51 Abs. 2 SektVO erhält folgenden Wortlaut:

"(2) Auftraggeber können den Bewerber oder Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung auffordern, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte Unterlagen, insbesondere Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise nachzu-



reichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren. Der Auftraggeber ist berechtig, in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festzulegen, dass er keine Unterlagen nachfordern wird."

3.1.2 § 51 Abs. 3 SektVO wird gestrichen.

## 3.2 Begründung:

Die ADV begrüßt die Klarstellung zum Umfang der Nachreichung von Unterlagen sowie die Nutzung der sich aus der SKR ergebenden Freiräume. Die Möglichkeit zur Vervollständigung und zur Korrektur wird – im Interesse von Auftraggebern und Unternehmen - unnötige Ausschlüsse von Teilnahmeanträgen, aber auch von Angeboten, in Zukunft verhindern.

3.2.1 Die bisher vom Verordnungsgeber vorgesehene Unterscheidung zwischen "unternehmensbezogenen" Unterlagen und "leistungsbezogenen" Unterlagen wird in der Praxis jedoch nicht umsetzbar sein.

Die vorgesehenen starken Einschränkungen der Nachforderungsmöglichkeit für "leistungsbezogene" Unterlagen – im Gegensatz zu den "unternehmensbezogenen" Unterlagen – ist zudem im Verhandlungsverfahren nicht erforderlich und systemwidrig. Das Verhandlungsverfahren ist nach der Rechtsprechung ein "dynamischer Prozess" Dieser ist dadurch gekennzeichnet, dass Anpassungen im Bereich der Leistung wie beim Preis möglich sind. Eine Angebotsüberarbeitung mit der Vorlage weiterer oder überarbeiteter Unterlagen ist dem Verhandlungsverfahren systemimmanent. Würde ein Verbot für leistungsbezogene Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung betreffen, in § 51 Abs. 3 beibehalten, würde dies zu einer Vielzahl von Angebotsausschlüssen wegen formaler Defizite führen. Der Sinn der Nachforderungs- und Überarbeitungsmöglichkeiten würde ins Gegenteil verkehrt.

3.2.2 Gleiches gilt für Preisangaben. Es mag für offene Verfahren mit Submissionstermin im Anwendungsbereich der VOB/A nachvollziehbar sein, ein Nachfordern fehlender Preisangaben gesetzlich zu verbieten. Im dynamischen Prozess des Verhandlungsverfahrens ist dies nicht sinnvoll, zumal in diesem Verfahren keine Submissionen stattfinden und die jeweiligen Angebotspreise somit nicht im Bieterkreis bekannt sind. Das OLG Düsseldorf geht für die Sektorenverordnung in der geltenden Fassung von einer Nachforderungsmöglichkeit bei fehlenden Preisangaben aus (Beschluss vom 25.04.2012, Az.: VII Verg 9/12).

Für die Vergabepraxis erforderlich ist es, Nachforderungs- und Vervollständigungs- und Korrekturmöglichkeiten für alle Angebotsunterlagen zu ermöglichen. Im Verhandlungsverfahren ist es zudem auch möglich, über wertungsrelevante Aspekte unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu verhandeln.



3.2.3 Für das Verhandlungsverfahren nachteilig ist die Begründung zu § 51 Abs. 2, nach der die Regelung nur für Unterlagen gelten soll, die mit dem Angebot gefordert wurden, nicht jedoch für Unterlagen, deren Vorlage sich der Auftraggeber vorbehalten hat und die dann trotz Aufforderung nicht vorliegen. Eine solche Regelung ist für Verhandlungsverfahren nicht praktikabel und widerspricht dem oben dargestellten Charakter eines Verhandlungsverfahrens. Die Passage in der Begründung sollte deshalb gestrichen werden.

# 4. § 2 Abs. 1 – Schätzung des Auftragswertes

# 4.1 ADV-Vorschlag:

§ 2 Abs.1 Satz 2 SektVO wird gestrichen.

# 4.2 Begründung:

§ 2 Abs. 1 Satz 2 SektVO sieht vor, dass für die Schätzung des Auftragswerts vom voraussichtlichen Gesamtwert der Leistungen auszugehen ist. Dabei ist der Wert der Leistungen zusammenzurechnen, die in einem funktionalen Zusammenhang stehen.

Der Begriff des funktionalen Zusammenhangs ist in der SKR nicht vorgesehen. Die ADV sieht die Gefahr, dass die Rechtsprechung mit diesem Begriff eine Erweiterung der Richtlinienvorgaben vornimmt.

Aus der Verordnungsbegründung wird erkennbar, dass mit § 2 Abs. 1 S. 2 der Rechtsprechung des EuGH in Sachen "Autalhalle" (Urteil vom 15.3.2012, RS.C-574/10) Rechnung getragen werden soll. Nach Auffassung der Verkehrsflughäfen ist diese Rechtsprechung auch ohne ausdrückliche Erwähnung des funktionalen Zusammenhangs in § 2 Abs. 1 Satz 2 zu berücksichtigen. Eine zeitliche Aufteilung einzelner Leistungsbereiche, die funktional zusammenhängen und somit eine innere Kohärenz im Sinne der EuGH-Rechtsprechung aufweisen, sind ohnehin in ihrer Gesamtheit zu berücksichtigen.

Die Regelung könnte aber auch so verstanden werden, dass beispielsweise im Bereich der Planervergaben sämtliche Planeraufträge für ein Bauvorhaben addiert werden müssen. Der EuGH hat dies in der vorgenannten Entscheidung jedoch nicht festgestellt. Folge hiervon wäre, dass eine Vielzahl von Planerverträgen europaweit auszuschreiben sind. Die Auftraggeber könnten geneigt sein, in dieser Konstellation EU-weite Vergabeverfahren zu vermeiden und sämtliche Planungsleistungen in eine Generalplanerausschreibung zu übernehmen. Kleinere und mittlere Planungsbüros würden hierunter leiden.



# 5. Erleichterungen für besondere Dienstleistungen fehlen

# 5.1 ADV-Vorschlag:

Die Sektorenverordnung muss erleichterte Regelungen für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen enthalten.

§ 142 GWB-E muss dahingehend angepasst werden, dass die Nennung des § 130 bei der Aufzählung der entsprechend anzuwendenden Vorschriften gestrichen wird und in einer neuen Nummer 4 für die Vergabe von sozialen und anderen Dienstleistungen auf die Sektorenverordnung verwiesen wird. Hierbei kann eine § 4 Abs. 2 der gültigen SektVO entsprechende Regelung aufgenommen werden.

# 5.2 Begründung

Die SKR enthält in den Artikeln 91ff. Erleichterungen für die Vergabe von sozialen und anderen Dienstleistungen. Auch wenn durch die Reform des europäischen Vergaberechts der Anwendungsbereich der so genannten nachrangigen Dienstleistungen erheblich auf die sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen beschränkt wurde, bleiben insbesondere im Bereich von Sicherheitsdienstleistungen sowie im Gastronomiebereich große Anwendungsbereiche für die Verkehrsflughäfen.

Die in der Sektorenrichtlinie enthaltenen Befreiungen von vergaberechtlichen Vorgaben bleiben in der deutschen Umsetzung unberücksichtigt. § 130 GWB-E enthält für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistung die Klarstellung, dass Verhandlungsverfahren frei gewählt werden dürfen. Im Sektorenbereich stellt dies keine Bevorzugung dar.

Es ist daher zu kritisieren, dass über § 130 GWB-E, der über § 142 GWB-E im Sektorenbereich für entsprechend anwendbar erklärt wird, hinaus in der Sektorenverordnung nur eine Regelung zur Bekanntmachung vorgesehen ist (vgl. § 39 SektVO). Es fehlen Regelungen, die die Erleichterungen aus Artikeln 91ff SKR bei der Durchführung von Vergabeverfahren in nationales Recht übernehmen. Hier wird die angestrebte und begrüßenswerte 1:1-Umsetzung in erheblichem Umfang unberücksichtigt gelassen.

# 6. § 13 Abs. 2 Nr. 1 – Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung

# 6.1 ADV-Vorschlag:

§ 13 Abs. 2 Nr. 1 erhält folgende Fassung:

"(2) Auftraggeber können Aufträge in Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben, wenn im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens



mit Teilnahmewettbewerb keine oder keine geeigneten Angebote oder Teilnahmeanträge abgegeben worden sind, sofern die ursprünglichen Bedingungen des Auftrags nicht grundlegend geändert werden; ein Angebot gilt insbesondere als ungeeignet, wenn es ohne Abänderung den in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen genannten Bedürfnissen und Anforderungen des Auftraggebers offensichtlich nicht entsprechen kann. Ein Teilnahmeantrag gilt insbesondere als ungeeignet, wenn das Unternehmen aufgrund des § 142 Nr. 2 GWB auszuschließen ist oder ausgeschlossen werden kann, oder wenn es die objektiven Kriterien bezüglich der Eignung nicht erfüllt."

## 6.2 Begründung:

- 6.2.1 In Art. 50 SKR werden für die Möglichkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne erneute EU-Bekanntmachung Angebote und Teilnahmeanträge gleichgestellt. In beiden Fällen wird auf "keine oder keine geeigneten" Angebote oder Teilnahmeanträge Bezug genommen. § 13 Abs. 2 Nr. 1 sieht in der bisherigen Fassung die Möglichkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nur vor, wenn in einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb keine geeigneten Teilnahmeanträge abgegeben würden. Das vollständige Fehlen von Teilnahmeanträgen wird hier ohne ersichtlichen Grund nicht genannt.
- 6.2.2 Art. 50 a) SKR enthält Vermutungsregelungen, wann Angebote oder Teilnahmeanträge als ungeeignet einzustufen sind. Die Vermutungsregelungen werden in § 13 Abs. 2 Nr. 1 SektVO übernommen.

Für die Vergabepraxis wäre hier hilfreich klarzustellen, dass es sich tatsächlich um eine Vermutung handelt und die genannten Fälle somit nicht abschließend sind. Sowohl für Teilnahmeanträge wie auch Angebote wird es über die genannten Fallbeispiele hinaus Anwendungsfälle geben, in denen ein Angebot oder ein Teilnahmeantrag als ungeeignet zu erscheinen hat. Dies ist z.B. auch dann der Fall, wenn ein Teilnahmeantrag verspätet eingeht oder nicht in der vom Auftraggeber vorgesehenen Form. Auch sind hier formale Defizite der Teilnahmeanträge zu nennen, die zur Ungeeignetheit führen können.

Es sollte auf jeden Fall klargestellt werden, dass die Vermutungsregelung nicht abschließend ist.

# 7. § 34 Unteraufträge

# 7.1 ADV-Vorschlag:

In § 34 Abs. 1 werden die Worte "falls zumutbar" gestrichen.



# 7.2 Begründung:

Die Regelung in § 34 Abs. 1 SektVO orientiert sich an der aktuellen nationalen Rechtsprechung zu offenen Verfahren und lässt eine Verpflichtung zur Nennung von Unterauftragnehmern mit dem Angebot nur zu, falls dies zumutbar ist. Art. 88 Abs. 2 SKR enthält abweichend hiervon die Möglichkeit, sich die vorgeschlagenen Unterauftragnehmer benennen zu lassen. Die Vorgabe der Sektorenrichtlinie enthält keine Begrenzung auf die Zumutbarkeit.

Eine solche Begrenzung ist im Rahmen von Verhandlungsverfahren mit vorausgehendem Teilnahmewettbewerb nicht notwendig.

# 8. § 56 – Unterrichtung von Bewerbern und Bietern

# 8.1 ADV-Vorschlag:

§ 56 SektVO wird ersatzlos gestrichen.

# 8.2 Begründung:

Parallel zur Information der unterlegenen Bieter nach § 134 GWB-E (derzeit § 101 a) GWB) enthält § 56 eine zusätzliche bzw. überschneidende Informationsverpflichtung. Die Notwendigkeit einer solchen Regelung in Ergänzung zu § 134 GWB-E wird von den Verkehrsflughäfen nicht gesehen. Sämtliche Informationsverpflichtungen sollten in einer Vorschrift geregelt werden. Für die Praxis sind die Informationsverpflichtungen sonst nicht handhabbar.

#### 9. § 9 Abs. 3 SektVO

## 9.1 ADV-Vorschlag:

§ 9 Abs. 3 Satz 2 SektVO wird ersatzlos gestrichen.

# 9.2 Begründung

§ 9 Abs. 3 Satz 2 sieht vor, dass für den Zugang zur Auftragsbekanntmachung und für den Zugang zu Vergabeunterlagen keine Registrierung durch den Auftraggeber verlangt werden darf. Eine Registrierung wird von den Verkehrsflughäfen nicht als Beschränkung des direkten Zugangs zu den Vergabeunterlagen oder der Auftragsbekanntmachung gemäß Art. 73 Abs. 1 Nr. 3, dritter Unterabsatz SKR angesehen.

Von Seiten der Verkehrsflughäfen besteht die Befürchtung, dass der Zugang ohne Registrierung rechtsmissbräuchliche Einsichtnahmen in die Unterlagen fördert. Es ist nicht ersichtlich, dass durch die Sektorenrichtlinie eine allgemeine Information aller Interessierten (außer gewerblich oder freiberuflich Tätigen) erfolgen muss.



# 10. § 28 – Leistungsbeschreibung

Die Verkehrsflughäfen begrüßen die vorgeschlagene Regelung als Klarstellung im Hinblick auf den Entwurf des GWB. Auch wird ausdrücklich begrüßt, dass im Bereich der Sektorenvergabe weiterhin kein Verbot eines "ungewöhnlichen Wagnisses" in die Vorgaben für die Leistungsbeschreibung aufgenommen wurde.

Der Umgang mit der derzeitigen Sektorenverordnung hat gezeigt, dass auch ohne ein solches Verbot die Gleichbehandlung der Bieter sichergestellt und der Wettbewerb nicht beeinträchtigt wird. Entgegen anderslautender Forderungen aus den Unternehmenskreisen besteht daher keine Notwendigkeit für ein solches Verbot.

# III. Änderungsvorschläge zum Referentenentwurf der Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV)

Die nachfolgenden Änderungen sollten am Entwurf der Konzessionsvergabeverordnung vorgenommen werden:

# 1. Einheitliches Wording der Regelungen

### 1.1 ADV-Vorschlag:

Sofern in der Konzessionsvergabeverordnung und der Sektorenverordnung auf der Grundlage einheitlicher gemeinschaftsrechtlicher Regelungen gleiche Sachverhalte geregelt werden, sollte eine einheitliche sprachliche Formulierung gewählt werden.

# 1.2 Begründung:

Die SKR sowie die Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU (KR) enthalten einzelne Regelungen, die inhaltlich identisch sind. In der Konzessionsverordnung und der Sektorenverordnung werden hier jedoch unterschiedliche Formulierungen gewählt. Ein Beispiel sind die Regelungen zur Ausnahme von einer erneuten EU-weiten Bekanntmachung bei ungeeigneten Angeboten oder Teilnahmeanträgen.

Die Anwendung würde rechtssicher erleichtert, wenn hier einheitliche Formulierungen gewählt werden.



# 2. § 6 – Dokumentation

# 2.1 ADV-Vorschlag:

§ 6 KonzVgV erhält folgende Formulierung:

Unter Einhaltung von § 4 sorgen die Konzessionsgeber mit den von ihnen für geeignet erachteten Mitteln für eine angemessene Dokumentation der Phasen des Verfahrens.

## 2.2 Begründung:

Die in § 6 KonzVgV enthaltenen Vorgaben gehen weit über den Inhalt der Konzessionsrichtlinie nach Art. 37 Abs. 5 KR zu Dokumentationsanforderungen hinaus. Die vorgenommene Anlehnung an Regelungen der Vergabeverordnung widerspricht dem Grundsatz der 1:1-Umsetzung und ist sachlich nicht geboten. Insbesondere die Vorgaben nach § 6 Abs. 2 und 3 Konzessionsverordnung sind im Text der Konzessionsrichtlinie nicht vorgesehen.

# 3. Zu § 7 – Grundsätze der Kommunikation

## 3.1 ADV-Vorschlag:

§ 7 wird auf die Vorgaben der Konzessionsrichtlinie zur Verwendung von elektronischen Kommunikationsmitteln begrenzt.

## 3.2 Begründung:

§ 7 KonzVgV überträgt die Vorgaben für die so genannte E-Vergabe auf Konzessionsverfahren. Hier findet eine Gleichstellung der Konzessionsverfahren mit den Vergaben öffentlicher Aufträge statt, ohne dass in der Konzessionsrichtlinie über die elektronische Zurverfügungstellung des Bekanntmachungstextes und die elektronische Verfügbarkeit von Konzessionsunterlagen eine Verpflichtung zur E-Vergabe eingeführt wird.

Auch hier wird weit über die 1:1-Umsetzung hinausgegangen. Die Einführung der E-Vergabe wird insbesondere kleinere öffentliche Auftraggeber hart treffen, die nur gelegentlich Auftragsvergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte durchführen. Für diese Auftraggeber wird es erforderlich sein, sich der Unterstützung von Dritten zu bedienen. Wird auch für Konzessionsvergaben eine E-Vergabe zur Pflicht, steigen die Transaktionskosten für diese Auftraggeber deutlich. Dies muss der Verordnungsgeber verhindern.



# 4. § 21 – Konzessionen, die soziale und andere besondere Dienstleistungen betreffen

## 4.1 ADV-Vorschlag:

Die Konzessionsvergabeverordnung muss erleichterte Regelungen für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen enthalten.

§ 153 GWB-E muss dahingehend angepasst werden, dass nur die in der KR vorgesehenen Regelungen verbindlich anzuwenden sind.

# 4.2 Begründung:

Die Konzessionsrichtlinie enthält in Artikel 19 Erleichterungen für die Vergabe von sozialen und anderen Dienstleistungen. Auch wenn durch die Reform des Europäischen Vergaberechts der Anwendungsbereich der so genannten nachrangigen Dienstleistungen erheblich auf die sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen beschränkt wurde, bleiben insbesondere im Bereich von Sicherheitsdienstleistungen und im Gastronomiebereich große Anwendungsbereiche für die Verkehrsflughäfen. Die in der Konzessionsrichtlinie enthaltenen Befreiungen von vergaberechtlichen Vorgaben bleiben in der deutschen Umsetzung unberücksichtigt. Hier wird die angestrebte und begrüßenswerte 1:1-Umsetzung in erheblichem Umfang unberücksichtigt gelassen.

## 5. § 15 – Vergabeunterlagen

# 5.1 ADV-Vorschlag:

§ 15 KonzVgV mit der Definition des Begriffs Vergabeunterlagen wird ersatzlos gestrichen.

### 5.2 Begründung:

§ 15 KonzVgV enthält eine Definition des Begriffs der Vergabeunterlagen.

Dieser Begriff ist im deutschen Vergaberecht bisher so verstanden worden, dass hiermit nur die Unterlagen bezeichnet werden, die den Bietern mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe zur Kalkulation und Einreichung ihrer Angebote vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden. § 15 KonzVgV enthält nun eine auf Konzessionen konzentrierte Definition des Begriffs. Diese Definition weicht von der Verordnungsbegründung zu § 41 VgV sowie zur Verwendung des Begriffs der Vergabeunterlagen in der SektVO ab. Diese Regelung ist in der vorgesehenen Form auch nicht erforderlich. Art. 5 Nr. 12 der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU spricht von Konzessionsunterlagen, und gerade nicht von Vergabeunterlagen.



Eine Begriffsfestlegung im Sinne von § 15 KonzVgV wird zu erheblichen Unsicherheiten in der Verwendung des Begriffs der Vergabeunterlagen im Vergaberecht führen. Eine Streichung ist daher erforderlich.

# 6. § 16 – Bereitstellung der Vergabeunterlagen

## 6.1 ADV-Vorschlag:

§ 16 Abs. 1 erhält folgenden Wortlaut:

"(1) Konzessionsgeber bieten ab dem Datum der Veröffentlichung einer Konzessionsbekanntmachung oder – sofern die Konzessionsbekanntmachung keine Aufforderung zur Angebotsabgabe enthält – ab dem Datum der Absendung einer Aufforderung zur Angebotsabgabe mittels elektronischer Mittel einen kostenlosen, uneingeschränkten, vollständigen und direkten Zugang zu den Konzessionsunterlagen an. Der Text der Konzessionsbekanntmachung oder der Aufforderungen muss die Internetadresse enthalten, über die die Auftragsunterlagen abrufbar sind."

# 6.2 Begründung:

§ 16 KonzVgV setzt Art. 34 KR um. Ausdrücklich wird hier in der Umsetzung nur auf die Nennung der elektronischen Adresse Bezug genommen. Es fehlt aber die Klarstellung, dass die Konzessionsunterlagen bei zweistufigen Verfahren erst mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe bereitzustellen sind. Dies ist für die Praxis in zweistufigen Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb von entscheidender Bedeutung. Angesichts dessen sollte die Regelung in § 16 KonzVgV auch diese Komponente des Artikels 34 KR enthalten. Daher ist § 16 Abs. 1 KonzVgV im voranstehenden Sinn klarzustellen.

# 7. § 19 – Ausnahmen von der Konzessionsbekanntmachung

# 7.1 ADV-Vorschlag:

§ 19 Abs. 2 Nr. 1 erhält folgenden Wortlaut:

Satz 2 erhält folgenden Wortlaut:

"Ein Angebot gilt insbesondere als ungeeignet, wenn es ohne Abänderung der in der Konzessionsbekanntmachung oder den Konzessionsunterlagen genannten Bedürfnissen und Anforderungen des Auftraggebers offensichtlich nicht entsprechen kann. Ein Teilnahmeantrag gilt insbesondere als ungeeignet, wenn



- der Bewerber gemäß § 154 Nr. 2 i.V.m. § 123 bis 126 GWB auszuschließen ist oder ausgeschlossen werden könnte oder der Bewerber die gemäß § 152 Abs. 2 i.V.m. § 122 GWB festgelegten Eignungskriterien nicht erfüllt oder
- der Teilnahmeantrag ein ungeeignetes Angebot enthält, weil dieses ohne geeignetes Angebot enthält." (Wortlaut der Konzessionsrichtlinie)

### 7.2 Begründung:

Die Vorgaben für die Durchführung eines Verfahrens ohne erneute Bekanntmachung sind für Konzessionsvergaben und Auftragsvergaben nach der Sektorenverordnung im Wesentlichen gleich geregelt, sprachlich aber unterschiedlich umgesetzt. Hier ist eine Klarstellung hilfreich und erforderlich. Inhaltlich wird auf die Begründung zu § 13 Abs. 2 Nr. 2 SektVO verwiesen.

## 8. § 28 – Unterrichtung der Bewerber oder Bieter

# 8.1 ADV-Vorschlag:

§ 28 KonzVgV wird ersatzlos gestrichen.

# 8.2 Begründung:

Parallel zur Information der unterlegenen Bieter nach § 134 GWB-E (derzeit § 101 a) GWB) enthält § 28 KonzVgV eine zusätzliche bzw. überschneidende Informationsverpflichtung. Die Notwendigkeit einer solchen Regelung in Ergänzung zu § 101 a) GWB wird von den Verkehrsflughäfen nicht gesehen. Vielmehr sollten sämtliche Informationsverpflichtungen nur in einer Vorschrift geregelt sein. Für die Praxis sind die Informationsverpflichtungen sonst nicht handhabbar.

### 9. § 31 – Unterauftragnehmer

# 9.1 ADV-Vorschlag:

In § 31 Abs. 1 werden die Worte "falls zumutbar" gestrichen.

# 9.2 Begründung:

Die Regelung in § 31 Abs. 1 orientiert sich an der aktuellen nationalen Rechtsprechung zu offenen Verfahren und lässt eine Verpflichtung zur Nennung von Unterauftragnehmern mit dem Angebot nur zu, falls dies zumutbar ist. Art. 43 Abs. 2 Konzessionsrichtlinie enthält abweichend hiervon die Möglichkeit, sich die vorgeschlagenen Unterauftragnehmer benennen zu lassen. Die Vorgabe der Richtlinie enthält keine Begrenzung auf die Zumutbarkeit.



Eine solche Begrenzung ist im Rahmen von Verhandlungsverfahren mit vorausgehendem Teilnahmewettbewerb nicht notwendig.

# IV. Vergabestatistikverordnung

Die Vergabestatistikverordnung enthält für die Auftraggeber erhebliche Erweiterungen der Dokumentations- und Statistikverpflichtungen und steht damit in Widerspruch zum Ziel des neuen Vergaberechts: Bürokratieabbau. Die Umsetzung der in der Vergabestatistikverordnung enthaltenen Vorgaben würde für die Verkehrsflughäfen, wie für alle anderen öffentlichen Auftraggeber, zu einem erheblichen zusätzlichen finanziellen, personellen und organisatorischen Aufwand führen.

Es wird in Frage gestellt, ob eine so detaillierte Vorgabe entsprechend der Vergabestatistikverordnung erforderlich ist.

Die ADV regt deshalb eine deutliche Reduzierung der inhaltlichen Anforderungen an, soweit das in Einklang mit den zugrundeliegenden europarechtlichen Vorgaben steht.

## Flughafenverband ADV

Friedrichstr. 79 10117 Berlin Tel. 030/310118-0 www.adv.aero

# **Ansprechpartner:**

Dr. Ulrike Funk; funk@adv.aero

Tel. 030/310118-26

ADV-Positionspapier Seite 15