



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 43/2015

Dezember 2015

Registernummer: 25412265365-88

### Stellungnahme zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie („BMWi“) vom 9. November 2015 – Referentenentwurf Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts

Mitglieder des Ausschusses Europa

Rechtsanwalt u. Avocat JR Heinz Weil, Vorsitzender  
Rechtsanwalt Dr. Martin Abend, LL.M.  
Rechtsanwalt Andreas Max Haak (Berichterstatter)  
Rechtsanwalt Dr. Frank J. Hospach  
Rechtsanwalt Dr. Stefan Kirsch  
Rechtsanwalt Dr. Hans- Michael Pott  
Rechtsanwalt Andreas von Máriássy  
Rechtsanwältin Dr. Kerstin Niethammer-Jürgens  
Rechtsanwalt Dr. Christian Lemke  
Rechtsanwalt Dr. Thomas Westphal  
Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Fritz  
Rechtsanwalt Dr. Jürgen Lauer  
Rechtsanwalt und Notar Kay-Thomas Pohl  
Rechtsanwältin Dr. Margarete Gräfin von Galen

Rechtsanwältin Dr. Heike Lörcher, Bundesrechtsanwaltskammer  
Rechtsanwältin Hanna Petersen, LL.M., Bundesrechtsanwaltskammer  
Rechtsanwältin Doreen Göcke, LL.M., Bundesrechtsanwaltskammer  
Rechtsanwältin Katrin Grünewald, LL.M., Bundesrechtsanwaltskammer

**Verteiler:** **Deutschland**  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Unterausschuss Europarecht des Deutschen Bundestages  
Innenausschuss des Deutschen Bundestages  
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz  
Deutscher Richterbund  
Deutscher Notarverein  
Bundesnotarkammer  
Deutscher Anwaltverein  
Bundessteuerberaterkammer  
Patentanwaltskammer  
Deutscher Industrie- und Handelskammertag  
Bundesverband der Deutschen Industrie  
Bundesingenieurkammer

#### Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
www.brak.de

#### Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9  
10179 Berlin  
Deutschland  
Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
Fax +49.30.28 49 39 -11  
Mail zentrale@brak.de

#### Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9  
1040 Brüssel  
Belgien  
Tel. +32.2.743 86 46  
Fax +32.2.743 86 56  
Mail brak.bxl@brak.eu

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## Stellungnahme

### 1. Einführung Vergaberechtsreform

Die Europäische Kommission hat am 20. Dezember 2011 drei Richtlinienvorschläge vorgelegt, die am 20. April 2014 in Kraft getreten sind. Die neuen Richtlinien ersetzen die bisherigen EU-Vergaberichtlinien 2004/18/EG (Vergabekoordinierungsrichtlinie) und 2004/17/EG (Sektorenrichtlinie) vollständig. Dieser Umstand allein belegt, dass es sich bei der 2011 durch das Grünbuch der Europäischen Kommission angestoßenen Vergaberechtsnovelle um die größte Reform seit 10 Jahren handelt. Mit den EU-Vergaberichtlinien hat sich der europäische Gesetzgeber insbesondere auf die Fahnen geschrieben, das europäische Vergaberecht einer grundlegenden Vereinfachung und Modernisierung zuzuführen.

Zu dem neuen Regelwerk auf EU-Ebene gehört neben der „klassischen“ Vergaberichtlinie zur Vergabe öffentlicher Aufträge (Richtlinie 2014/24/EU) und der Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Richtlinie 2014/25/EU) eine neue Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen (Richtlinie 2014/23/EU), die die der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs entnommenen vergaberechtlichen Vorgaben für Dienstleistungskonzessionen erstmalig in geschriebenes Recht überführt. Doch auch in anderen Bereichen führen die EU-Vergaberichtlinien zu einer Verschriftlichung der Rechtsprechung des EuGH. So normieren die neuen EU-Vergaberichtlinien insbesondere die langjährige vergaberechtliche Rechtsprechung und Auslegungspraxis des EuGH u.a. in Bezug auf Inhouse-Vergaben und wesentliche Vertragsänderungen. Dabei soll die Überführung der Rechtsprechung des EuGH einen Gewinn an Rechtssicherheit und -klarheit schaffen.

Zu den erwähnenswerten Neuerungen im reformierten EU-Vergaberecht gehört überdies die verpflichtende Einführung der elektronischen Vergabe (e-Vergabe). Schließlich räumen die EU-Vergaberichtlinien – den eindeutigen Trends der letzten Jahre folgend – öffentlichen Auftraggebern mehr Raum für die Verfolgung der sogenannten strategischen Ziele (ehemals vergabefremde Kriterien) ein und fördern eine soziale, umweltbezogene, effiziente und/ oder innovative Beschaffung.

Spätestens bis zum Ablauf der zweijährigen Umsetzungsfrist am 18. April 2016 sind die drei EU-Vergaberichtlinien in deutsches Vergaberecht umzusetzen. Nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers sollen die EU-Vergaberichtlinien zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten – unter Beibehaltung des Kaskadensystems – weitgehend 1:1 in das nationale Vergaberecht integriert werden. Doch angesichts der hohen Regelungsdichte, des Umfangs der drei EU-Vergaberichtlinien und der Zahl der neu hinzugekommenen Vorschriften und Instrumente (z.B. Innovationspartnerschaft; Selbstreinigung von Unternehmen; Kündigung von öffentlichen Aufträgen) hält der deutsche Gesetzgeber eine grundlegende Neustrukturierung des deutschen Vergaberechts gleichwohl – im Rahmen des Bestehenden – für zwingend erforderlich: Auf der Ebene des Gesetzes wird das Gesetz gegen Wettbeschränkungen („GWB“) bestehen bleiben. Zukünftig werden dort alle grundlegenden und alle öffentlichen Aufträge (klassische Aufträge, Sektoraufträge, Konzessionen) gleichermaßen betreffende Themen (z.B. Vergaberechtsgrundsätze, Anwendungsbereich, Verfahrensarten, die Eignungs- und Zuschlagskriterien) geregelt sein. Im Interesse der fristgerechten Umsetzung hat das BMWi am 20. April 2015 seinen Referentenentwurf über ein Gesetz zur Modernisierung des

Vergaberechts – Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vorgelegt. Der entsprechende Gesetzentwurf der Bundesregierung (GWB-E) vom 8. Oktober 2015 ist derzeit Gegenstand der Beratungen im Deutschen Bundestag.

Da das GWB jedoch keine detaillierten Verfahrensregelungen enthält, sondern sich auf allgemeine vergaberechtliche Grundsätze und Aussagen beschränkt (wie z.B. den Grundsatz der e-Vergabe in § 97 Abs. 5 GWB), bedarf das nationale Vergabe(verfahrens)recht weiterer Ausgestaltung. Diese Ausgestaltung und Konkretisierung soll auf der Verordnungsebene, und zwar in Gestalt der Vergabeverordnung (VgV), der Sektorenverordnung (SektVO) sowie der Konzessionsverordnung (KonzVgV) erfolgen. Dabei sind die drei Verordnungen ihrerseits in der Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts als einer Art „Mantelverordnung“ enthalten. Der Entwurf dieser Mantelverordnung wurde am 9. November 2015 durch das BMWi veröffentlicht. Alle Verordnungen werden den durch das GWB gesteckten Rahmen durch konkretisierende Verfahrensregelungen ausfüllen.

Die VgV (Art. 1 der Mantelverordnung) wird die verfahrensspezifischen Besonderheiten bei der Vergabe sämtlicher Dienst- und Lieferleistungen enthalten. Damit geht das einstige Oberschwellenvergaberecht der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A-EG) und der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) zukünftig in einer einzigen Verordnung, der VgV, auf. Im Bereich der Bauleistungen wird das Kaskadensystem durch die Vorschriften in Abschnitt 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A), der sogenannten EG-Paragrafen, ergänzt, die in der bewährten Verweisungstechnik über § 2 VgV-E für anwendbar erklärt werden.

Art. 2 der Mantelverordnung fasst den Entwurf für die SektVO zusammen und ergänzt das GWB in Bezug auf die offenen Detailfragen in den Sektorenbereichen des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung. Die Konzessionsvergabeverordnung wird mit Art. 3 der Mantelverordnung als gänzlich neue Rechtsverordnung mit umfassenden Bestimmungen für die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen eingeführt. Art. 4 der Mantelverordnung enthält die Vorschriften über die neue Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen (Vergabestatistikverordnung – VergStatVO), während die Artikel 5 bis 7 der Mantelverordnung die durch die Vergaberechtsreform notwendigen Folgeänderungen in der Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) sowie in anderen Rechtstexten abbilden und das Inkraft- und Außerkrafttreten sämtlicher Vorschriften regeln.

Gegenstand dieser Stellungnahme ist die Bewertung des Entwurfes der Mantelverordnung, allerdings ausschließlich in Bezug auf die VgV. Angesichts des Umfangs des Referentenentwurfs nimmt die BRAK keine Stellung zu den Entwürfen für die anderen Vergabeverordnungen. Die Vorschriften zur SektVO, KonzVgV, VergStatVO bilden deshalb ebenso wenig den Gegenstand dieser Stellungnahme wie die Auswirkungen der Mantelverordnung auf die VSVgV oder andere Rechtsnormen.

Im Einzelnen:

## **2. Allgemeine Bewertung**

Wie schon der GWB-Gesetzentwurf bietet der vom BMWi vorgelegte Referentenentwurf grundsätzlich eine gute Grundlage, um der Umsetzungsverpflichtung Deutschlands mit Blick auf das europäische Richtlinienpaket zu entsprechen. Im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ist insbesondere die gewählte 1:1-Umsetzung zu begrüßen. Denn mit diesem Ansatz trägt die Bundesrepublik dem Umstand Rechnung, dass die Rechtsprechung des EuGH, die mit der Vergaberechtsnovelle 2014 vermehrt Eingang in die EU-Vergaberichtlinien gefunden hat, auch im nationalen Recht die notwendige Beachtung findet. Zu der verbesserten Übersichtlichkeit und

Vereinfachung trägt zudem der Umstand bei, dass die Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts als Mantelverordnung alle relevanten und das GWB konkretisierenden Vergabeverordnungen in einem einzigen Regelwerk vereint. Auch wenn die Regelungsvielfalt qua europarechtlicher Vorgaben bestehen bleibt, so dürfte die Zusammenfassung der einzelnen Vergabeverordnungen in der Mantelverordnung zumindest das Auffinden der einschlägigen Rechtsgrundlagen auf Seiten der Normanwender vereinfachen. Dies dürfte in letzter Konsequenz auch der gewünschten Schaffung und Stärkung eines einheitlichen europäischen Binnenmarkts zuträglich sein.

Sachgerechtigkeit verspricht der Referentenentwurf zudem in Bezug auf die Entscheidung des BMWi, grundsätzliche vergaberechtliche Fragestellungen und Verfahrensregeln unmittelbar auf der Ebene des Gesetzes zu etablieren und die Ausgestaltung im Detail dem Ordnungsgeber zu überlassen. Doch dieser Zielsetzung wird die vorgeschlagene Mantelverordnung, jedenfalls im Hinblick auf den nachfolgend allein zu bewertenden Entwurf der VgV nicht immer gerecht. An vielen Stellen lässt der VgV-Entwurf den erhofften Detaillierungsgrad vermissen. Dies betrifft in erster Linie die im Ergebnis eher rudimentären Vorschriften zur elektronischen Vergabe. Hier greifen die VgV-Vorschriften aufgrund der in § 13 VgV enthaltenen Ermächtigung zum Erlass weiterer konkretisierender allgemeiner Verwaltungsvorschriften zu kurz.

Im Interesse erhöhter Praxisgerechtigkeit übermittelt die BRAK nachfolgenden Anmerkungen:

### **3. Anmerkungen**

#### **3.1 Anwendungsbereich und Regelungsinhalt**

Zu begrüßen sind die einleitenden Regelungen der VgV-E. Über § 1 VgV-E erschließt sich der Anwendungsbereich und der Gegenstand der Verordnung für die Vergabe klassischer Aufträge – in Abgrenzung zu den Regelungen der SektVO, der KonzVgV und der VSVgV – klar und eindeutig. Überdies stellt die Verweisungsnorm des § 2 VgV-E klar, dass sich die Vergabe von Bauaufträgen bei Überschreiten der Schwellenwerte allein nach Maßgabe der VOB/A-EG richtet.

In diesem Zusammenhang ist positiv hervorzuheben, dass § 3 VgV-E die europarechtlichen Vorgaben zur Schätzung des Auftragswertes eingängig und stimmig in das nationale Vergaberecht überführt. Denn § 3 VgV-E enthält die für die Praxis wichtigen Berechnungsgrundlagen für sämtliche Aufträge, Vergabeinstrumente (Rahmenvereinbarungen, Losvergabe), Verfahrensarten und Laufzeiten.

#### **3.2 Vertraulichkeit und Fairness in Vergabeverfahren**

Unter der Überschrift „Wahrung der Vertraulichkeit“ normiert § 5 VgV-E die wichtigsten Grundregeln zur Wahrung der Vertraulichkeit in Vergabeverfahren. Allerdings handelt es sich bei diesen Vertraulichkeitsvorschriften – wie bislang – allein um verpflichtende Anforderungen an den öffentlichen Auftraggeber. Dieser hat sicherzustellen, dass von den Unternehmen übermittelte und von diesen als vertraulich eingestufte Informationen nicht an Dritte weitergeben und die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bieter geschützt werden. § 5 Abs. 3 VgV-E regelt demgegenüber, dass der öffentliche Auftraggeber bei der gesamten Kommunikation sowie beim Austausch und der Speicherung von Informationen die Integrität der Daten und die Vertraulichkeit der Teilnahmeanträge und Angebote gewährleisten muss. In Anbetracht der Einführung der obligatorischen e-Vergabe sind diese Vorschriften fraglos wichtig und richtig.

Gleichwohl empfiehlt es vor dem Hintergrund der kritischen Cybersicherheitslage und den Erfahrungen zum No-Spy-Erlass des Bundes, im Zuge der Vergabereform die überfälligen

Vorschriften zum Schutz sicherheitsempfindlicher Informationen des Auftraggebers auf Verordnungsebene zu erlassen. Eine Orientierungshilfe hierzu bietet § 128 Abs. 2 S. 3 GWB-E, wonach Belange „zum Schutz der Vertraulichkeit von Informationen“ neben wirtschaftlichen, innovationsbezogenen, umweltbezogenen, sozialen oder beschäftigungspolitischen Aspekten – in Einklang mit der derzeitigen Rechtsprechung (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015 – VII-Verg 28/14) – als besondere Ausführungsbedingungen in ein Vergabeverfahren aufgenommen werden können. Insofern würde es sich anbieten, § 5 VgV-E zur weiteren Konkretisierung des § 128 Abs. 2 S. 3 GWB-E zu nutzen und den Normanwendern die sicherlich erwünschte Hilfestellung insbesondere zum rechtsicheren Umgang mit No-Spy-Klauseln/ Erklärungen an die Hand zu geben. Alternativ könnte zumindest in § 5 VgV-E eine Bezugnahme auf § 128 Abs. 2 GWB-E erfolgen.

Der in § 5 VgV-E geregelte Vertraulichkeitsschutz wird auf Verordnungsebene sinnvoll durch § 6 VgV-E und die darin enthaltenen Regelungen über die Vermeidung von Interessenkonflikten ergänzt. Dabei ist zu betonen, dass der nationale Gesetzgeber die Vorgaben des Art. 24 Vergaberichtlinie 2014/24/EU unter weitgehender Beibehaltung des derzeit noch geltenden § 16 VgV sinnvoll und praxisgerecht konkretisiert.

Dem Ziel des fairen Wettbewerbs und der Gleichbehandlung der Bieter dient zudem § 7 VgV-E. § 7 Abs. 3 VgV-E schafft in Einklang mit der gefestigten Rechtsprechung zur „Projektantenproblematik“ Klarheit dahingehend, dass vorbefasste Unternehmen nicht grundsätzlich von der Teilnahme an Vergabeverfahren auszuschließen sind, sondern diesen Gelegenheit gegeben wird, die fehlende Wettbewerbsverzerrung nachzuweisen. Gemäß den einst infolge der *Fabricom*-Rechtsprechung des EuGH (EuGH, Urteil vom 3. März 2005, Rs. C-21/03; C-34/03) in § 4 Abs. 5 VgV(2006) und später in § 6 Abs. 6 VOL/A, § 6 Abs. 7 EG-VOL/A übernommenen Regelungen zur Projektantenproblematik verpflichtet nunmehr § 7 Abs. 1 VgV-E den öffentlichen Auftraggeber dazu, Maßnahmen zum Schutz vor Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch vorbefasste Unternehmen zu ergreifen. Anders als bislang enthält das zukünftige Vergaberecht auch eine Regelung über die in Betracht kommenden Maßnahmen, um eine Wettbewerbsverfälschung zugunsten eines Projektanten zu unterbinden. Beispielhaft genannt sind („insbesondere“) in § 7 Abs. 2 VgV-E die Unterrichtung anderer Wettbewerber in Bezug auf die Informationen, die das vorbefasste Unternehmen im Zusammenhang mit der Vorbereitung des Verfahrens erlangt hat sowie die Festlegung angemessener Angebotsfristen. Denn durch derlei Maßnahmen wird sichergestellt, dass die übrigen Wettbewerber ausreichend Zeit für die Erarbeitung ihrer Angebote zur Verfügung steht und sich der vermeintliche Wettbewerbsvorsprung der Projektanten nivelliert.

### **3.3 Elektronische Vergabe**

An der elektronischen Vergabe führt angesichts der zwingenden Umsetzungsverpflichtung gemäß Art. 22 Vergaberichtlinie 2014/24/EU kein Weg vorbei. Zwar hat sich das BMWi bemüht, den in § 97 Abs. 5 GWB-E verankerten „Grundsatz der e-Vergabe“ in Abschnitt I, Unterabschnitt 2 unter der Überschrift „Kommunikation“ einer Konkretisierung zuzuführen. Dieser Versuch ist indes wenig geglückt. Denn zunächst wird der Grundsatz der e-Vergabe im Verordnungstext – wenig gewinnbringend – mehrfach wiederholt (u.a. § 9 Abs. 1 VgV-E, § 11 Abs. 2 VgV-E). Weiter gehen die Regelungen der §§ 9 ff. VgV-E inhaltlich kaum über die Rahmenbedingungen des § 97 Abs. 5 GWB-E oder die sehr allgemein gehaltenen europarechtlichen Vorgaben hinaus. Für den Normanwender bleiben zahlreiche, angesichts des baldigen Ablaufs der Umsetzungsfrist als drängend zu qualifizierende, Fragen offen. Insbesondere besteht Klärungsbedarf im Hinblick auf die konkreten technischen Anforderungen, die ein Auftraggeber an die Bieter stellen kann. § 10 Abs. 1 VgV-E beschränkt sich darauf, die Freiheit des Auftraggebers bei der Festlegung des technischen Sicherheitsniveaus hervorzuheben. Als eher missglückt zu kennzeichnen ist daher auch § 13 VgV-E, der die Bundesregierung im Hinblick auf die Bundesverwaltung zum Erlass einheitlicher allgemeiner

Verwaltungsvorschriften über die zu verwendenden elektronischen Mittel sowie über die einzuhaltenden technischen Standards (Basisdienste für die elektronische Auftragsvergabe) ermächtigt. Denn die erhofften Konkretisierungen u.a. in Bezug auf Vorgaben zur elektronischen Signatur oder zur Behebung von Kompatibilitätsproblemen (infolge Anbietervielfalt) bleiben aus und – in Bezug auf die Bundesverwaltung – der Bundesregierung vorbehalten. Insofern ist davon auszugehen, dass der Verordnungsentwurf bezogen auf die e-Vergabe – zumindest aktuell wegen fehlender Präzisierungen – nicht zu der vom Gesetzgeber proklamierten Vereinfachung und Erhöhung der Anwenderfreundlichkeit führen wird. Vielmehr ist für den Moment mit einem weiteren Rückzug von Bietern aus Vergabeverfahren, und insoweit mit weniger Wettbewerb zu rechnen. Unter diesem Gesichtspunkt – erst recht in Bezug auf den dringend notwendigen Änderungs- und Angleichungsbedarf im zahlenmäßig immer noch dominierenden Unterschwellenvergaberecht – besteht dringender Handlungsbedarf.

Im Übrigen bleiben wir bei der Einschätzung, dass die Ausgestaltung der elektronischen Vergabe als den übrigen Vergabegrundsätzen offenbar gleichgestellter, autonomer Vergabegrundsatz (vgl. § 97 Abs. 5 GWB-E) nicht sachgerecht ist. In diesem Zusammenhang wird auf die BRAK-Stellungnahme Nr. 23/2015 vom Juni 2015 (zum GWB-Gesetzesentwurf) verwiesen.

### **3.4 Verfahrensorten**

Begrüßt wird die in § 119 Abs. 2 GWB-E angelegte und der VgV zugrundeliegende Gleichstellung von offenem und nicht offenem Verfahren (§ 14 Abs. 2 VgV-E). Der Abschied vom traditionellen Primat des offenen Verfahrens erlaubt öffentlichen Auftraggebern zukünftig mehr Flexibilität in Bezug auf die Wahl der Verfahrensart. Die bislang gelebte Strenge war weder europarechtlich noch zur Vermeidung von Manipulation, Vetternwirtschaft oder zum Mittelstandsschutz geboten. In dieser Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass das deutsche Vergaberecht als „gewachsenes“ und ohnehin sehr formales Recht mit effektivem Rechtsschutz derart etabliert und gefestigt ist, dass der unbedingte Vorrang des – im Einzelfall weniger bedarfsgerechten – offenen Verfahrens nicht erforderlich ist.

Als positiv zu bewerten ist überdies die Normierung der Ausnahmetatbestände für das Verhandlungsverfahren mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb und den wettbewerblichen Dialog in § 14 Abs. 3 VgV-E sowie für das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gemäß § 14 Abs. 4 VgV-E. Die im Hinblick auf das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb geltende Strenge kommt über die zusätzlichen Anforderungen der Abs. 5 und 6 VgV-E besonders gut zum Ausdruck und dürfte in der Praxis für die gebotene Zurückhaltung bei der Berufung auf die Ausnahmetatbestände für ein weniger wettbewerbliches Vergabeverfahren sorgen. Denn gemäß § 14 Abs. 5 VgV-E ist der Europäischen Kommission im Fall eines vorangegangenen erfolglosen offenen oder nicht offenen Verfahrens vor Wahl des Verhandlungsverfahrens Bericht zu erstatten und § 14 Abs. 6 VgV-E stellt die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb unter die eng auszulegende Bedingung, dass eine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung nicht existiert und der mangelnde Wettbewerb auf eine künstliche Einschränkung der Auftragsparameter zurückzuführen ist.

### **3.5 Selbstreinigung**

Grundsätzlich zu begrüßen ist ferner, dass die Tatbestände für einen Ausschluss vom Vergabeverfahren im Zuge der Vergaberechtsreform unmittelbar auf Gesetzesebene normiert werden (§ 123 und § 124 GWB-E). Denn dies schafft im Vergleich zum bisherigen Ansatz, die Ausnahmetatbestände in den Vergabeordnungen und im Zusammenhang mit der Prüfung und Wertung zu regeln, deutlich mehr Anwenderfreundlichkeit und bessere Handhabbarkeit, unabhängig davon, dass die Aufnahme in das Gesetz wegen der Grundrechtsrelevanz geboten war.

Bei isolierter Betrachtung des § 123 Abs. 6 GWB-E und der dort geregelten Ausschlussgründe ist davon auszugehen, dass sich die Handhabung der Norm in der Praxis als problematisch erweist. Denn als Ermessensnormen („kann“) mit Beurteilungsspielraum (vgl. die unbestimmte Rechtsbegriffen „zwingende Gründe des öffentlichen Interesses“ und „offensichtlich unverhältnismäßig“) handelt es sich bei § 123 Abs. 6 GWB-E um eine Koppelvorschrift, die öffentlichen Auftraggebern einerseits eine an rechtsstaatlichen Grundsätzen orientierte Prognoseentscheidung über das zukünftige Verhalten eines Bieters ermöglicht, andererseits aber auch den Verzicht auf den Ausschluss erlaubt, selbst wenn ein zwingender Ausschlussgrund vorliegt. Die durch diese isolierte Regelung befürchteten Schwierigkeiten in der Vergabepraxis werden durch § 48 VgV-E zumindest teilweise reduziert. Denn § 48 VgV-E nennt konkrete Belege, mit denen Bieter das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen nachweisen können. Öffentliche Auftraggeber können demnach im Rahmen der von ihnen zu treffenden Ausschlussentscheidung zumindest auf bestimmte Nachweiswerkzeuge zurückgreifen. Gleichwohl dürften es im Zusammenhang mit der Handhabung der Ausschlussstatbestände und der möglichen Selbstreinigung – zumindest in den Anfangsjahren des neuen Vergaberechts – mangels einschlägiger Rechtsprechung zu Schwierigkeiten kommen. So ist insbesondere damit zu rechnen, dass öffentliche Auftraggeber unterschiedlich strenge Beurteilungsmaßstäbe anlegen und die Ausschlussentscheidung auf Basis einer „großzügigeren“ oder „weniger großzügigeren“ Auslegungspraxis treffen werden. In dieser Hinsicht empfiehlt es sich, in den Entwurf der VgV weitere Konkretisierungen oder Leitlinien über die Ausfüllung der Ermessensentscheidung mit Beurteilungsspielraum aufzunehmen.

### **3.6 Nachforderung von Unterlagen**

§ 56 Abs. 2, 3 VgV-E stellt eine praktikable Regelung zum Umgang mit fehlerhaften und unvollständigen Teilnahmeanträgen und Angeboten dar. Bislang beschränkten sich die Vergabeordnungen auf den schlichten Hinweis, dass Erklärungen und Nachweise auf Anforderung des Auftraggebers bis zu einer bestimmten Frist nachgereicht werden konnten, wobei sich das Recht auf Nachforderung der Systematik des Verordnungstextes nach ausschließlich auf Angebote bezog (vgl. § 19 Abs. 2 VOL/A-EG unter der Überschrift „Prüfung und Wertung der Angebote“). Nunmehr ist mit § 56 Abs. 2 VgV-E klargestellt, dass auch Bewerber unvollständige Teilnahmeanträge im Hinblick auf leistungsbezogene oder unternehmensbezogene Unterlagen vervollständigen können, indem sie Unterlagen nachreichen. Gleichzeitig liefern §§ 56 Abs. 2, 3 VgV-E die bislang fehlenden Hinweise, welche Dokumente mit den einst in § 19 Abs. 2 VOL/A-EG genannten „Erklärungen und Nachweise“ gemeint waren. Für die Zukunft steht fest, dass insbesondere die Nachforderung von Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstigen Nachweisen erlaubt ist, jedenfalls sofern hierdurch (bei leistungsbezogenen Unterlagen) die Wertungsentscheidung nicht betroffen ist. Zu Recht unverändert bleibt der auf der ständigen Rechtsprechung der Nachprüfungsinstanzen beruhende Hinweis, dass Preisangaben nur nachgefordert werden dürfen, Preisangaben, wenn es sich um unwesentliche Einzelpositionen handelt, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen.

Im Interesse besserer Nachvollziehbarkeit und Nachprüfbarkeit belegt § 56 Abs. 5 VgV-E die Entscheidung über das Nachfordern von Unterlagen sowie das Ergebnis hierzu mit einer Dokumentationspflicht. Zwar mag hierdurch ein etwaiger Rechtsmissbrauch durch öffentliche Auftraggeber in Bezug auf die Nachforderungspraxis nicht gänzlich verhindert werden, doch dürfte das Bestehen einer solchen Dokumentationspflicht Auftraggeber zu einem gewissenhafteren und vorsichtigeren Umgang mit der Norm veranlassen. Im Übrigen trägt § 56 Abs. 5 VgV-E zu einem stimmigen Gesamtkonzept für das Nachfordern von Unterlagen bei. Denn während § 56 Abs. 2 VgV die ex-ante Transparenz im Hinblick auf die Option der Nachforderung regelt und den öffentlichen Auftraggeber dazu berechtigt, in der Bekanntmachung anzugeben, dass eine Nachforderung nicht

stattfindet, schafft § 56 Abs. 5 VgV-E die für ein transparentes Vergabeverfahren erforderliche ex-post-Transparenz.

### 3.7 Vergabe von Rechtsdienstleistungen

Mit Erlass der drei neuen EU-Vergaberichtlinien ist die unnötig komplizierte Unterscheidung zwischen (den dem Vergaberecht nur eingeschränkt unterliegenden) nicht-prioritären und prioritären Dienstleistungen aufgegeben worden. Diese Grundentscheidung des europäischen Gesetzgebers wirkt sich bei der Vergabe von Rechtsdienstleistungen dahingehend aus, dass Rechtsdienstleistungen im Sinne von Anhang XIV der neuen Vergaberichtlinie 2014/24/EU als „soziale und besondere Dienstleistungen“ zukünftig nach dem Sondervergaberechtsregime der § 130 GWB-E i.V.m. §§ 113, 64 ff. VgV-E am Markt ausgeschrieben werden müssen. Dabei besteht die Ausschreibungspflicht erst ab einem Schwellenwert von EUR 750.000.

Dieser hohe Schwellenwert ist sachgerecht, denn er trägt den Eigenheiten der Rechtsberatungsleistungen angemessen Rechnung. Nach Maßgabe des 116. Erwägungsgrundes der Vergaberichtlinie 2014/24/EU betreffen „bestimmte Rechtsdienstleistungen ausschließlich Fragen des nationalen Rechts“ und werden „daher in der Regel nur von Wirtschaftsteilnehmern in dem betreffenden Mitgliedstaat angeboten.“ Aus diesem Grund kommt Rechtsdienstleistungen lediglich eine begrenzte grenzüberschreitende Wirkung zu, der die Anwendbarkeit des formstrengen Vergaberechts an einen besonders hohen Schwellenwert knüpft. Denn nur bei Aufträgen für Rechtsdienstleistungen ab einer bestimmten Größenordnung kann davon ausgegangen werden, dass diese Aufträge – wenn überhaupt – wettbewerbsrelevant sind. So besteht gegebenenfalls ein Interesse internationaler Anwaltskanzleien an einer Beteiligung in grenzüberschreitenden Vergabeverfahren, und auch das allenfalls ab einem Schwellenwert von EUR 750.000.

Entsprechend der in § 113 Abs. 1 Nr. 2 GWB-E praktizierten und das Kaskadensystem auszeichnenden Verweisung auf die Vergabeverordnung, enthält Abschnitt 3 der Vergabeverordnung mit den §§ 64-66 VgV-E weitere Einzelheiten zum Verfahrensrecht für die Vergabe von Rechtsdienstleistungen. Das bei Überschreiten dieses Schwellenwerts auf die Vergabe von Rechtsberatungsleistungen zur Anwendung kommende Sondervergaberecht der §§ 130 GWB-E i.V.m. 64 ff. VgV-E ist aufgrund seiner Flexibilität inhaltlich zu begrüßen. Allerdings lesen sich die Vorschriften zu den Verfahrensarten nicht eindeutig: § 130 GWB-E stellt öffentlichen Auftraggebern – in Abkehr von dem bislang mit Entschiedenheit verteidigten (deutschen) Primat des offenen Verfahrens – das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren, das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, den wettbewerblichen Dialog und die Innovationspartnerschaft nach ihrer Wahl zur Verfügung. Das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ist hingegen nur anwendbar, so zur Verfügung, soweit ein Ausnahmetatbestand gemäß § 14 Abs. 4 VgV-E erfüllt ist. Auf Ebene des Gesetzes gilt deshalb – mit Ausnahme des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb – die freie Wahl der Verfahrensart. Nicht recht verständlich ist vor diesem Hintergrund der Inhalt des § 65 Abs. 1 VgV-E. Dort ist geregelt, dass dem „öffentlichen Auftraggeber das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und der wettbewerbliche Dialog nach seiner Wahl zur Verfügung“ stehen. Außerdem findet sich dort der Hinweis auf den Ausnahmecharakter des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb. Dieser Norminhalt legt die Vermutung nahe, dass die in § 130 GWB-E enthaltene freie Wahl der Verfahrensart sich bei der Vergabe von Rechtsdienstleistungen ausschließlich auf das Verhandlungsverfahren (mit Teilnahmewettbewerb) und den wettbewerblichen Dialog bezieht. Dass dieser Schluss indes keineswegs dem Willen des Gesetzgebers entspricht, zeigt die Begründung des Referentenentwurfs zur Mantelverordnung. Denn dort heißt es auf Seite 132, dass „neben die Erleichterungen, die bereits im GWB geregelt sind (insbesondere die freie Wahl der Verfahrensart)“ besondere Vorschriften (u.a. zu Rahmenvereinbarungen, Zuschlagskriterien und Mindestfristen) treten. Damit dürfte feststehen, dass der VgV-Entwurf die freie Verfahrenswahl gemäß

§ 130 GWB-E nicht antasten soll. Gleichwohl ist der insoweit missverständliche § 65 Abs. 1 VgV-E entsprechend korrekturbedürftig.

Im Übrigen erscheint das Sondervergaberegime für Rechtsdienstleistungen in sich stimmig. Denn die Verfahrensausgestaltung für die Vergabe von (sozialen und besonderen) Dienstleistungen soll die Besonderheiten der jeweils zu vergebenen Rechtsberatungsdienstleistung abbilden (§ 64 VgV-E). Dies kann beispielsweise durch die Wahl geeigneter Zuschlagskriterien geschehen. § 65 Abs. 3 VgV-E eröffnet explizit die Möglichkeit, neben den etablierten Zuschlagskriterien den Erfolg und die Qualität bereits erbrachter Dienstleistungen des Bieters oder des vom Bieter eingesetzten Personals gemäß § 58 Abs. 2 S. 1 VgV-E als Zuschlagskriterien zu wählen, soweit diese Aspekte nicht bereits als Eignungskriterien berücksichtigt wurden. Diese bieterbezogenen Zuschlagskriterien sind vergaberechtlich durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt und auch notwendig, weil es sich bei Rechtsdienstleistungen um personengebundene Dienstleistungen handelt, bei denen der Erfahrung und Qualifikation des Bieters Wertungskriterien eine besondere Bedeutung für die ordnungsgemäße und zuverlässige Auftragsdurchführung zukommt.

### **3.8 Besondere Vorschriften für die Vergabe von Planungswettbewerbern und von Architekten und Ingenieurleistungen**

Im Interesse der Vereinfachung sowie der besseren Übersichtlichkeit und Leserfreundlichkeit der VgV fassen Abschnitt 5 (§§ 69 ff. VgV-E) und Abschnitt 6 (§§ 73 ff. VgV-E) erstmalig die besonderen Vorschriften für die Vergabe von Planungswettbewerbern und Architekten- und Ingenieursleistungen in gebündelter Form zusammen. Bislang waren insbesondere die Regelungen über Wettbewerbe versprengt in den Vergabeordnungen normiert (§§ 16 ff. VOF; § 3 Abs. 8 VOL/A-EG) und zumindest im Hinblick auf § 3 Abs. 8 lit. a-d VOL/A-EG nur schwer auffindbar. Die neue Verortung der Regelungen zu Planungswettbewerben in der VgV erhöht die Anwenderfreundlichkeit und ist daher ausdrücklich zu begrüßen.

\*\*\*