

## Stellungnahme des BDE Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e.V.

zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für  
Wirtschaft und Energie

Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts

Carola Wandrey  
Steuern und Wettbewerb

Tel.: +49 30 590 03 35-81

Fax: +49 30 590 03 35-36

wandrey@bde.de

Zeichen: CW

01.12.2015

Der BDE bedankt sich für die Möglichkeit der Stellungnahme zu dem Referentenentwurf für eine Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts und nimmt hierzu wie folgt Stellung:

**BDE**  
**Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e.V.**  
Wirtschafts- und Arbeitgeberverband

### I. Artikel 1 Vergabeverordnung – VgV, Artikel 2 Sektorenverordnung - SektVO

Die Vergabe öffentlicher Aufträge in einem fairen Wettbewerb ist für die Mitglieder des BDE von außerordentlicher Relevanz. Aus diesem Grund möchten wir auch an dieser Stelle noch einmal unsere Kritik an den bereits im GWB-E angelegten Ausnahmen von einer Vergabe im Wettbewerb durch die Möglichkeiten der interkommunalen Zusammenarbeit, der sog. Inhouse-Vergabe oder sowie durch die besondere Ausnahme für die Vergabe an verbundene Unternehmen zum Ausdruck bringen.

BDE Berlin

Behrenstraße 29  
10117 Berlin

Tel.: +49 30 590 03 35-0

Fax: +49 30 590 03 35-99

BDE Brüssel

Rue du Commerce 31  
1000 Brüssel, Belgien

Tel.: +32 2 548 38-90

Fax: +32 2 548 38-99

Vom Leitgedanken eines fairen Wettbewerbs getragen haben wir zu den in Artikel 1 und 2 vorgesehenen Regelungen im Detail nachstehende Anmerkungen.

www.bde.de  
info@bde.de

#### 1. Artikel 1 § 3 Absatz 2 Satz 2 VgV-E, Artikel 2 § 2 Absatz 2 Satz 2 SektVO-E – Schätzung des Auftragswertes

Nach § 3 Absatz 2 Satz 2 VgV-E, 2 Absatz 2 Satz 2 SektVO-E darf eine Auftragsvergabe nicht so unterteilt werden, dass sie nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder dieser Verordnung fällt, es sein denn, es liegen objektive Gründe vor.

Aus Sicht des BDE wird mit § 3 Absatz 2 Satz 2 letzter Halbsatz VgV-E im Gegensatz zur derzeitigen Rechtslage ein neuer Ausnahmetatbestand geschaffen. Dieser stellt

Commerzbank  
IBAN DE47 1208 0000 4051 0269 00  
BIC DRESDEFF120  
Konto 405 102 69 00  
BLZ 120 800 00

USt-IdNr. DE 121 965 027  
St.-Nr. 27 620 56593

Vereinsregister Nr. VR 22240 B



# BDE

Kreislauf. Wirtschaft. Zukunft.

aus Sicht des BDE eine nicht hinnehmbare Beschränkung des Wettbewerbs dar. Insbesondere ist die gewählte Formulierung der „objektiven Gründe“ aus Sicht des BDE an dieser Stelle zu unbestimmt.

Infolge dessen plädieren wir dafür, diese Ausnahme vom Vergaberecht im Sinne einer „überschießenden Umsetzung“ zu streichen.

Um Missbrauch zulasten des Wettbewerbs zu verhindern, schlägt der BDE folgende Formulierung für § 3 Absatz 2 Satz 2 VgV-E vor:

*„Eine Auftragsvergabe darf nicht so unterteilt werden, dass sie nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder dieser Verordnung fällt, es sein denn, es liegen objektive Gründe vor.“*

Eine entsprechende Änderung sollte zudem in § 2 Absatz 2 Satz 2 SektVO-E erfolgen.

## **2. Artikel 1 § 4 VgV-E, Artikel 2 § 4 SektVO-E – Gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe**

Gemäß §§ 4 Absatz 1 VgV-E, 4 Absatz 1 SektVO-E können mehrere öffentliche Auftraggeber vereinbaren, bestimmte öffentliche Verträge gemeinsam zu vergeben.

Aus Sicht des BDE darf dies jedoch nicht dazu führen, dass der Anwendungsbereich des deutschen Kartellrechts durch die VgV bzw. die SektVO beschränkt wird. Eine entsprechende Zusammenarbeit/gemeinsame Auftragsvergabe von Kommunen läuft im Ergebnis nämlich auf ein „Einkaufskartell“ bzw. (z.B. bei der gemeinsamen Vermarktung von kommunal gesammeltem Altpapier) auf ein „Vertriebskartell“ hinaus, dessen Zulässigkeit am Maßstab des GWB zu prüfen ist.

Das Kartellrecht gilt für öffentliche und private Unternehmen gleichermaßen. § 130 Abs. 1 GWB stellt ausdrücklich klar, dass das GWB auch auf Unternehmen der öffentlichen Hand Anwendung findet. Dies gilt auch im europäischen Recht, obwohl es hier keine explizite Regelung gibt. Wann eine Unternehmenstätigkeit der öffentlichen Hand vorliegt, ist in der Praxis teilweise strittig. Für das europäische Kartellrecht hat der EuGH in der FENIN-Entscheidung klargestellt, dass eine unternehmerische Tätigkeit durch das Anbieten von Gütern und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt definiert wird. Auf die reine Nachfrage am Markt durch die öffentliche Hand sei das Kartellrecht nicht anwendbar (EuGH, Urteil vom 11. Juli 2006, C-205/03 P – FENIN). Ob diese Entscheidung auf das deutsche Kartellrecht zu übertragen ist, wo traditionell der Unternehmensbegriff bei einer Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand als erfüllt angesehen wurde (BGH, Urteil vom 12. November 2002, KZR 11/01 – Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge), ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes auch nach dem „VBL-Gegenwert“-Urteil des BGH (BGH, Urteil vom 6. November 2013, KZR 58/11 – VBL) weiterhin offen.



# BDE

Kreislauf. Wirtschaft. Zukunft.

Der BDE ist der Ansicht, dass diese Frage nicht durch die Hintertür und im Rahmen der VgV entschieden werden sollte. Der BDE geht davon aus, dass dies auch nicht beabsichtigt ist.

Aus diesem Grund plädiert der BDE dafür, in der Begründung zur VgV klarzustellen, dass eine entsprechende Zusammenarbeit nur im Rahmen der Kartellrechtlichen Grenzen zulässig sein darf.

### **3. Artikel 1 § 8 Absatz 2 VgV-E, Artikel 2 § 8 Absatz 2 SektVO-E – Dokumentation und Vergabevermerk**

Laut §§ 8 Absatz 2 VgV-E, 8 Absatz 2 SektVO-E fertigen die öffentlichen Auftraggeber über jedes Vergabeverfahren einen Vermerk an. Die jeweiligen Mindestanforderungen an einen solchen Vergabevermerk sind in § 8 Absatz 2 Satz 2 VgV-E bzw. in § 8 Absatz 2 SektVO-E enthalten. Von diesen Mindestanforderungen nicht umfasst ist jedoch die zwingende (elektronische) Dokumentation des Datums der Erstellung des Vermerks.

Dies ist aus Sicht des BDE jedoch essentiell, um sicherzustellen, dass nicht unzulässiger Weise nachträgliche Änderungen des Vergabevermerks erfolgen können.

### **4. Artikel 1 § 14 Absatz 3 VgV-E – Wahl der Verfahrensart**

§ 14 Absatz 3 VgV-E regelt die Voraussetzungen dafür, wann öffentliche Auftraggeber vom „offenen Verfahren“ und vom „nicht offenen Verfahren“ absehen und ihre Aufträge für die Vergabe öffentlicher Aufträge im „Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb“ oder im „Wettbewerblichen Dialog“ vergeben können. Dies gilt unter anderen für Angebote von Bietern, deren Preis die vor Einleitung des Vergabeverfahrens festgelegten und dokumentierten eingeplanten Haushaltsmittel übersteigt.

Der BDE sieht die Gefahr, dass mit dieser Regelung das offene und nicht offene Verfahren umgangen werden könnten, indem zunächst sehr niedrige/nicht marktkonforme Haushaltsmittel angesetzt werden, die von allen Angeboten zwangsläufig überschritten werden und anschließend in ein Verhandlungsverfahren übergegangen wird. Der BDE bittet in der Begründung um einen Hinweis, dass eine solche Umgehung nicht möglich ist und in ein Verhandlungsverfahren nur übergegangen werden darf, wenn zunächst marktgerechte Haushaltsmittel in Ansatz gebracht wurden, die auf einer realistischen Kostenschätzung beruhen.



## 5. Artikel 1 § 20 VgV-E – Angemessene Fristsetzung

§ 20 VgV-E enthält Vorschriften zur angemessenen Fristsetzung.

Eine Verortung dieser Regelung hinter den Vorschriften zu den einzelnen Verfahrensarten ist aus Sicht des BDE nicht rechtsanwenderfreundlich, da diese zwar Regelungen zu den nunmehr verkürzten Mindestfristen enthalten, nicht aber das in § 20 VgV-E enthaltene Korrektiv, so dass letzteres leicht übersehen werden kann. Eine Bündelung der Fristenregelungen in einem Paragraphen ist aus Sicht des BDE daher wünschenswert.

Darüber hinaus möchte der BDE an dieser Stelle noch einmal generell darauf hinweisen, dass ein Festhalten der öffentlichen Auftraggeber an den nunmehr verkürzten Mindestfristen an vielen Stellen nicht gerechtfertigt ist. So würde eine häufige Anwendung dieser verkürzten Fristen in der Praxis bei größeren Ausschreibungen immer zu Problemen führen. Im Übrigen führt die Vorgabe einer längeren Frist häufig zu günstigeren Ergebnissen der Ausschreibung.

## 6. Artikel 1 § 29 Absatz 2 VgV-E – Vergabeunterlagen

Nach § 29 Absatz 2 VgV-E sind die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL Teil B) in der Regel zum Vertragsgegenstand zu machen.

Aus Sicht des BDE ist die Formulierung „in der Regel“ an dieser Stelle zu unbestimmt, da so die Gefahr bestünde, die VOL/B durch weitere, der VOL/B vorgehende, Regelungen auszuhebeln.

Der BDE schlägt daher folgende Formulierung für § 29 Absatz 2 VgV-E vor:

*„Die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL Teil B) sind zum Vertragsgegenstand zu machen, es sei denn, der Auftraggeber begründet ausdrücklich, warum ein Abweichen von der VOL Teil B erforderlich ist.“*

## 7. Artikel 1 § 31 VgV-E, Artikel 2 § 28 SektVO-E – Leistungsbeschreibung

Nach §§ 31 Absatz 2 Satz 1 VgV-E, 28 SektVO-E sind die Merkmale des Auftragsgegenstandes entsprechend der dort genannten Anforderungen zu formulieren.

Aus Sicht des BDE sollte hierbei das Verbot des ungewöhnlichen Wagnisses bzw. der unzumutbaren Bedingungen aufgenommen werden. Angeknüpft werden kann an § 31 Absatz 2 Nr. 1 VgV-E bzw. § 28 Absatz 2 Nummer 1 SektVO-E, wonach die Leistung so genau wie möglich zu beschreiben ist.

Der BDE schlägt daher folgende Formulierung für § 31 Absatz 2 Nummer 1 und § 28 Absatz 2 Nummer 1 SektVO-E vor:



# BDE

Kreislauf. Wirtschaft. Zukunft.

„... in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen, die auch Umweltmerkmale umfassen können, oder einer Beschreibung der zu lösenden Aufgabe, die so genau wie möglich zu fassen sind, dass sie ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln und hinreichend vergleichbare Angebote erwarten lassen, die dem öffentlichen Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags ermöglichen; hierbei dürfen dem Bieter oder Bewerber weder ein unzumutbares Wagnis noch unzumutbare Bedingungen aufgebürdet werden.“

## **8. Artikel 1 § 45 Absatz 1 Nummer 1 VgV-E – Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit als Eignungskriterium**

Nach § 45 Absatz 1 Nummer 1 VgV-E können öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Bewerber oder Bieter einen bestimmten Mindestjahresumsatz, einschließlich eines bestimmten Mindestjahresumsatzes in dem Tätigkeitsbereich des Auftrages verlangen.

Diese starre Verknüpfung des Mindestjahresumsatzes mit der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit eines Bewerbers bzw. Bieters kann nach Einschätzung des BDE in der Praxis bei der Anwendung durch die Vergabestellen zu einer erheblichen Einschränkung der Angebote führen.

Der BDE plädiert daher dafür, in die Gesetzesbegründung aufzunehmen, dass im Sinne eines fairen Wettbewerbs an dieser Stelle eine differenzierte Betrachtung seitens der öffentlichen Auftraggeber notwendig ist. Eine pauschale Festlegung von Umsatzmindestgrenzen würde auch solche Bieter oder Bewerber ausschließen, die zwar einen gewissen Mindestjahresumsatz unterschreiten, objektiv jedoch als leistungsfähig anzusehen sind.

## **9. Artikel 1 § 46 Absatz 3 Nummer 1 VgV-E – Technische und berufliche Leistungsfähigkeit**

Nach § 46 Absatz 3 Nummer 1 VgV-E kann der öffentliche Auftraggeber zum Nachweis der erforderlichen technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit des Bewerbers oder Bieters geeignete Referenzen über früher ausgeführte Liefer- und Dienstleistungsaufträge in Form einer Liste der in den letzten höchstens drei Jahren erbrachten wesentlichen Liefer- oder Dienstleistungen, mit Angabe des Werts, des Liefer- bzw. Erbringungszeitpunkts sowie des öffentlichen oder privaten Empfängers.

Auch diese Regelung aus der Richtlinie kann nach Einschätzung des BDE in der Praxis bei der Anwendung durch die Vergabestellen zu einer erheblichen Einschränkung der Angebote führen. Daher empfehlen wir auch hier einen Hinweis in der Gesetzesbegründung.



# BDE

Kreislauf. Wirtschaft. Zukunft.

## **10. Artikel 1 § 47 Absatz 1 VgV-E, Artikel 2 § 47 Absatz 1 SektVO-E – Eignungsleihe**

### §§ 47 Absatz 1 Satz 1 VgV-E, 47 Absatz 1 Satz 1 SektVO-E

Gemäß §§ 47 Absatz 1 Satz 1 VgV-E, 47 Absatz 1 Satz 1 SektVO-E kann ein Bewerber oder Bieter für einen bestimmten öffentlichen Auftrag im Hinblick auf die erforderliche wirtschaftliche und finanzielle sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen, wenn er nachweist, dass ihm die für den Auftrag erforderlichen Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen werden, indem er beispielsweise eine entsprechende Verpflichtungserklärung dieser Unternehmen vorlegt.

In diesem Zusammenhang bleibt für die Praxis jedoch unklar, wer der Adressat einer solchen Verpflichtungserklärung sein soll.

Insofern plädiert der BDE an dieser Stelle dafür, in der Begründung zu dieser Verordnung klarzustellen, dass Adressat an dieser Stelle nur der Bieter und keinesfalls die Vergabestelle sein kann.

### §§ 47 Absatz 1 Satz 3 VgV-E, 47 Absatz 1 Satz 3 SektVO-E

Ein Bewerber oder Bieter kann jedoch nach §§ 47 Absatz 1 Satz 3, 47 Absatz 1 Satz 3 SektVO-E im Hinblick auf Nachweise für die erforderliche berufliche Leistungsfähigkeit wie Ausbildungs- oder Befähigungsnachweise oder die einschlägige berufliche Erfahrung die Kapazitäten anderer Unternehmen nur dann in Anspruch nehmen, wenn diese die Leistung erbringen, für die diese Kapazitäten benötigt werden.

Eine solche Regelung schränkt unseres Erachtens die sog. Know-how-Leihe zwischen gesellschaftsrechtlich miteinander verbundenen Unternehmen zu sehr ein.

Aus Sicht des BDE sollte deshalb in der Begründung zu dieser Verordnung klarstellt werden, dass insbesondere Referenzen in Konzernunternehmen weiter als Leistungserbringung gelten müssen. Ein Konzern sollte nicht nur im GWB-Kartellrecht, sondern auch im GWB-Vergaberecht zumindest bei der Eignungsleihe als unternehmerische Einheit angesehen werden. Die interne gesellschaftliche Struktur (eine juristische Einheit mit vielen Betriebsstätten vs. viele miteinander konzernrechtlich verbundene Gesellschaften) darf nicht ausschlaggebend dafür sein, ob innerhalb eines Konzerns eine Know-how Leihe möglich ist oder nicht. Innerhalb von Konzernen sollte eine Know-how Leihe durch andere Konzerngesellschaften also auch dann möglich sein, wenn diese (als juristische) Person nicht selbst unmittelbar in die Leistungserbringung eingebunden sind.



# BDE

Kreislauf. Wirtschaft. Zukunft.

## **11. Nach Artikel 1 § 60 VgV-E bzw. nach Artikel 2 § 54 SektVO-E einzufügen: Ungewöhnlich hohe Angebote**

Erscheint ein Angebot im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, verlangen die öffentlichen Auftraggeber nach § 60 VgV-E bzw. nach § 54 SektVO-E vom Bieter Aufklärung über dessen Einzelpositionen.

Nach Auffassung des BDE sollte eine solche Regelung auch für ungewöhnlich hohe Angebote eingeführt werden. Nur so hat der Bieter noch einmal die Chance, seine Kalkulationsgrundlagen objektiv und transparent darzulegen und ggf. zu begründen, warum er aus seiner Sicht dennoch wirtschaftlich kalkuliert hat.

## **12. Artikel 1 § 63 Absatz 1 VgV-E – Aufhebung von Vergabeverfahren**

Gemäß § 63 Absatz 1 Satz 1 VgV-E kann der öffentliche Auftraggeber ein Vergabeverfahren jederzeit ganz oder bei Vergaben nach Losen auch teilweise aufheben.

Damit wird die Möglichkeit der Aufhebung von Vergabeverfahren zum Nachteil der Bieter und Bewerber anders als im derzeitigen § 20 VOL/A 2. Abschnitt ins freie Ermessen der öffentlichen Auftraggeber gestellt. Dieser Nachteil wird auch nicht durch § 63 Absatz 1 Satz 2 VgV-E ausgeglichen, da aufgrund dieser Regelung lediglich das negative Interesse und nicht der entgangene Gewinn kompensiert wird, der Bewerber oder Bieter also lediglich so stehen würde, als wäre der Vertrag gar nicht zustande gekommen. Dies führt bei den vom BDE vertretenen Unternehmen insbesondere zu der Besorgnis, dass willkürliche Aufhebungen aufgrund angeblicher Unwirtschaftlichkeit erfolgen und dann die Bieter in dem nachfolgenden Verhandlungsverfahren durch zulässige Preisverhandlungen im Preis gedrückt werden und/oder auch die Biiterrangfolge noch verändert wird.

Der BDE schlägt daher entsprechend § 20 VOL/A 2. Abschnitt folgende Formulierung für § 63 Absatz 1 VgV-E vor:

*„Die Vergabeverfahren können ganz oder bei Vergabe nach Losen auch teilweise aufgehoben werden, wenn*

- (a) kein Angebot eingegangen ist, das den Bewerbungsbedingungen entspricht*
- (b) sich die Grundlagen der Vergabeverfahren wesentlich geändert haben*
  
- (c) kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde*
- (d) andere schwerwiegende Gründe bestehen.“*



# BDE

Kreislauf. Wirtschaft. Zukunft.

Diese Forderung wird trotz einer Entscheidung des BGH (Beschluss vom 20.03.2014 – X ZB 18/13), wonach Primärrechtsschutz bei der Aufhebung einer Ausschreibung der Vergabestelle einen Kontrahierungszwang vorgegeben würde und somit nicht bestehen soll, durch aktuelle Rechtsprechung diverser Oberlandesgerichte und Vergabekammern gestützt.

Bereits vor aber auch nach Erlass dieser Entscheidung hat das OLG München (Beschlüsse vom 06.12.2012 - Verg 25/12 und vom 04.04.2013 - Verg 4/13) und das OLG Rostock (Beschluss vom 18.03.2015 - 17 Verg 5/14) einen Primärrechtsschutz und somit die Aufhebung der Aufhebung angeordnet. Die Aufhebung der Aufhebungsentscheidung verstoße nicht gegen die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Antragsgegners und postuliere auch keinen Kontrahierungszwang. Darüber hinaus werde der Antragsgegner mit der Aufhebung der Aufhebungsentscheidung und der Zurückversetzung des Ausschreibungsverfahrens in den Zustand vor der Aufhebung nicht dazu gezwungen, die Ausschreibung mit einem Zuschlag abzuschließen. Ihm verblieben neben der Zuschlagserteilung vielmehr noch andere Handlungsalternativen. Es unterliefe der Dispositionsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers, auf welche Art und Weise er ein Ausschreibungsverfahren vergaberechtskonform und ohne Verstoß gegen bieterschützende Vorschriften zum Abschluss bringe.

Wiederum andere Rechtsprechung (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.03.2013 - 15 Verg 3/13; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 25.09.2015 - 1 VK 37/15, VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 13.11.2015 - VK 1 - 16/15) setzt früher an und sagt, dass die Aufhebung eine reine Ermessensentscheidung sei; dieses Ermessen sei von der Vergabestelle ermessensfehlerfrei auszuüben. Ermessensfehlerfrei wäre es bei Aufhebung infolge Unwirtschaftlichkeit nicht, wenn eine Aufklärung vor Aufhebung unterbleibt (unmittelbar angeordnet nur für unangemessen niedrige Preise). Auch dies würde durch die neue Regelung ausgeschlossen werden.

Einhellige Rechtsprechung ist zudem, dass in Ausnahmefällen eine Aufhebung der Aufhebung erfolgen kann. Dies z.B. bei Scheinaufhebung oder Diskriminierung eines Bieters. Begründet wird dies damit, dass zumindest ein sachlicher Grund vorliegen müsse, der zur Aufhebung berechtigt; ein sachlicher Grund wird hierbei viel weiter angesehen als die in der VOL abschließend aufgezählten Aufhebungsgründe. Auch diese Möglichkeit würde aus Sicht des BDE mit der derzeit im Referentenentwurf vorgeschlagenen Regelung zur Aufhebung des Vergaberechts wegfallen.

## **II. Artikel 3 Konzessionsvergabeverordnung – KonzVgV**

Die im Vergabemodernisierungsgesetz und in der KonzVgV erstmalig erfolgte Regelung der Konzessionsvergabe spielt für die vom BDE vertretenen Mitglieder insbesondere im Bereich der Abwasserbeseitigung und der Abwasserbehandlung eine Rolle. Aus Sicht des BDE bietet eine sinnvoll ausgestaltete Konzessionsvergabe an Unternehmen der Privatwirtschaft grundsätzlich die





# BDE

Kreislauf. Wirtschaft. Zukunft.

Chance, privates Kapital und Know-how zur effizienten, kostengünstigen und qualitativ hochwertigen Erbringung öffentlicher Leistungen zu nutzen.

Im Detail haben wir zur Ausgestaltung der KonzVgV folgende Anmerkungen:

## **1. Artikel 3 § 6 KonzVgV-E – Dokumentation und Vergabevermerk**

Nach § 6 Absatz 2 KonzVgV-E fertigt Konzessionsgeber einen Vergabevermerk an.

Die Mindestanforderungen an einen solchen Vergabevermerk sind in § 6 Absatz 2 Satz 2 KonzVgV-E enthalten. Von diesen Mindestanforderungen nicht umfasst ist jedoch auch in der KonzVgV die zwingende (elektronische) Dokumentation des Datums der Erstellung des Vermerks.

Dies ist aus Sicht des BDE jedoch auch an dieser Stelle essentiell, um sicherzustellen, dass nicht unzulässiger Weise nachträgliche Änderungen des Vergabevermerks erfolgen können.

## **2. Artikel 3 § 30 KonzVgV – Aufhebung von Vergabeverfahren**

Gemäß § 30 Absatz 1 Satz 1 KonzVgV-E können Konzessionsgeber ein Vergabeverfahren jederzeit ganz oder bei Vergaben nach Losen auch teilweise aufheben.

Damit wird die Möglichkeit der Aufhebung von Vergabeverfahren zum Nachteil der Bieter und Bewerber ins freie Ermessen des Konzessionsgebers gestellt. Dieser Nachteil wird auch nicht durch § 30 Absatz 1 Satz 2 KonzVgV-E ausgeglichen, da aufgrund dieser Regelung lediglich das negative Interesse kompensiert wird, der Bewerber oder Bieter also lediglich so stehen würde, als wäre der Vertrag gar nicht zustande gekommen.

Der BDE regt daher entsprechend dem Vorschlag zu Artikel 1 § 63 Absatz 1 VgV-E folgende Änderung an:

*„Die Vergabeverfahren können ganz oder bei Vergabe nach Losen auch teilweise aufgehoben werden, wenn*

- (a) kein Angebot eingegangen ist, das den Bewerbungsbedingungen entspricht*
- (b) sich die Grundlagen der Vergabeverfahren wesentlich geändert haben*
- (c) kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde*
- (d) andere schwerwiegende Gründe bestehen.“*