

bdew

Energie. Wasser. Leben.

**BDEW Bundesverband
der Energie- und
Wasserwirtschaft e.V.**
Reinhardtstraße 32
10117 Berlin
Telefon +49 30 300 199-0
Telefax +49 30 300 199-3900
E-Mail info@bdew.de
www.bdew.de

Stellungnahme

Referentenentwurf einer Verordnung zur Modernisierung des Verordnungsrechts vom 9.11.2015

Berlin, 1. Dezember 2015

1. Zusammenfassung

Der BDEW bedankt sich zunächst für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Mit der Neuregelung soll dem Rechtsanwender erklärtermaßen ein möglichst übersichtliches und leicht handhabbares Regelwerk zur Vergabe öffentlicher Aufträge zur Verfügung gestellt werden. Durch eine stärkere Gliederung und Strukturierung der Regelungen auf Verordnungsebene soll es künftig einfacher werden, die für den jeweiligen Verfahrensschritt im Vergabeprozess anzuwendenden Vorschriften zu ermitteln. Der BDEW bedauert sehr, dass es offenkundig auch im Rahmen dieser Novellierung des Vergaberechts nicht gelingen will, ein leicht handhabbares Regelwerk zu schaffen.

Artikel 1 und 2 der Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts sind weitgehend inhaltsgleich, werden aber gleichwohl parallel und eigenständig geführt. Dadurch sind zahlreiche Wiederholungen unvermeidbar, die künftig nicht nur die Lesbarkeit, sondern auch den Umgang mit Kommentierungen zu dem Regelwerk erschweren werden. Hinzukommt, dass die Verordnung zahlreiche Verweise auf das GWB und weitere Vorschriften (z.B. § 10 Abs. 2 SektVO: geltende Interoperabilitäts- und Sicherheitsstandards der Informationstechnik gemäß § 3 Absatz 1 des Vertrags über die Errichtung des IT-Planungsrats und über die Grundlagen der Zusammenarbeit beim Einsatz der Informationstechnologie in den Verwaltungen von Bund und Ländern vom 1.4.2010) enthält.

Die Zielsetzung, für den Rechtsanwender ein möglichst übersichtliches und leicht handhabbares Regelwerk zur Vergabe öffentlicher Aufträge zur Verfügung zu stellen, ist damit aus Sicht des BDEW leider nicht erfüllt. Das Vergabeverfahren wird auch künftig fehleranfällig bleiben, woran die Unübersichtlichkeit der ineinandergreifenden Regelungen einen nicht unerheblichen Anteil hat. Ebenso tragen teilweise missverständliche Formulierungen dazu bei, dass die praktische Anwendung der Regelungen unnötig erschwert wird.

Der BDEW begrüßt grundsätzlich die Einführung der eVergabe als ein zeitgemäßes modernes Instrument, das der öffentlichen Auftragsvergabe mittelfristig zu noch mehr Transparenz und Effektivität verhelfen wird. Gerade in diesem Bereich ist allerdings eine besondere Sensibilität im Umgang mit Daten erforderlich. Die vorliegenden Entwürfe tragen dem Schutzbedürfnis der öffentlichen Auftraggeber nicht hinreichend Rechnung. Gerade in Zeiten zunehmender - terroristischer – Bedrohungen, hält der BDEW es für unverzichtbar, dass der Auftraggeber die Verbreitung seiner Daten und (Planungs-)Unterlagen nachverfolgen kann. Vor diesem Hintergrund ist eine vorherige Registrierung der an einer Ausschreibung Interessierten unerlässlich, damit für den Auftraggeber wenigstens ersichtlich ist, wer seine Ausschreibungsunterlagen eingesehen hat.

2. Im Einzelnen

2.1 Artikel 1 – Vergabeverordnung

2.1.1 § 3 Schätzung des Auftragswerts

- § 3 Abs. 1

1) Bei der Schätzung des Auftragswerts ist vom voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistung ohne Umsatzsteuer auszugehen. Dabei ist der Wert der Leistungen, die in einem **funktionalen Zusammenhang** stehen, bei der Auftragswertberechnung zusammenzurechnen ...

Das Kriterium „funktionaler Zusammenhang“ ist nach Ansicht des BDEW für die Bestimmung des Auftragswerts ungeeignet und geht zudem über die Vorgaben der umzusetzenden EU-Richtlinien weit hinaus. Die Konsequenzen einer entsprechenden Formulierung können erheblich sein:

Bislang konnten die einzelnen Planungsdisziplinen wie Architektur, Tragwerksplanung, Haustechnik, Elektrotechnik oder Vermessung bei der Schätzung des voraussichtlichen Auftragswertes separat betrachtet werden.

Die vorgesehene Neuregelung könnte jedoch so verstanden werden, dass nun die Summe der Honorare sämtlicher Planungsleistungen, die für ein Bauvorhaben erforderlich sind, für die Schätzung des Auftragswertes berücksichtigt werden müssen. Überschreitet die Summe der einzelnen Planungshonorare den Schwellenwert, müssten künftig für alle Planungsdisziplinen europaweite Ausschreibungsverfahren durchgeführt werden. Unklar ist, ob in diesen Fällen die Regelung des § 3 Abs. 8 VgV-E (die sog. 80/20-Regelung) noch anwendbar wäre. Bei dieser Auslegung käme es somit für die Auftraggeber im Vergleich zur bisherigen Rechtslage zu einer erheblichen Steigerung der Beschaffungskosten, da sich der Verfahrensaufwand für die Vergabe der Planungsleistungen deutlich erhöhen würde.

Das folgende Beispiel verdeutlicht dies:

Die voraussichtlichen Baukosten für ein Bauvorhaben betragen (netto) 1,2 Mio. €. In der Regel bewegen sich die Planungskosten bei etwa 20 % der Baukosten, hier also bei ca. 240.000 €. Bislang wäre für keine der – nach bisheriger Rechtslage separat zu betrachtenden – Planungsdisziplinen ein europaweites Vergabeverfahren erforderlich. Nach der Neuregelung würde nun jedoch für jede Planungsdisziplin ein solches Verfahren erforderlich werden, da der Gesamtauftragswert der einzelnen Planungsdisziplinen den maßgebenden Schwellenwert überschreitet. Die nachfolgende Beispielrechnung zeigt den zusätzlichen Verfahrensaufwand für ein einziges europaweites Verfahren mit durchschnittlich angenommener Unternehmensbeteiligung auf.

Formatiert: Schriftartfarbe: Text 1

Tätigkeit	Zusätzlicher Mehr Aufwand [h]	Monetäre Bewertung [72 €/h]
Bedarfsentstehung, Wahl der Verfahrensart	2	144,00 €
Abstimmung Kriterien Teilnahmewettbewerb	2	144,00 €
Bekanntmachung	3	216,00 €
Beantwortung von Bewerberfragen	2	144,00 €
Eingang 30 Teilnahmeanträge, formelle Prüfung, Nachforderung Unterlagen	8	576,00 €
Referenzprüfung, 20 Bewerber	20	1.440,00 €
Vergabevermerk	3	216,00 €
Versand Absagen und Beantwortung Rückfragen	2	144,00 €
Erstellung eindeutige und erschöpfende Aufgabenbeschreibung/ Vertrag	12	864,00 €
Abstimmung Zuschlagskriterien	2	144,00 €
Versand Angebotsaufforderung	4	288,00 €
Beantwortung Bieterfragen	1	72,00 €
Eingang Angebote und Prüfung	6	432,00 €
Einladung und Organisation Verhandlung	3	216,00 €
Vor- und Nachbereitung Verhandlung	4	288,00 €
Verhandlungen, je ca. 10 h, Vor- und Nachbesprechung Auswertung Bewertungskriterien (mind. 3 Personen: Einkauf, Projektleitung, Projektträger)	30	2.160,00 €
Prüfung nachverhandelte Angebote	4	288,00 €
Vergabevermerk	3	216,00 €
Beauftragung	2	144,00 €
	113	8.136,00 €

Da sich die Verfahrenskosten für die Vergabe der Planungsleistungen, die sich in Abhängigkeit von der Zahl der sich am Verfahren beteiligenden Bieter auf ca. 5.000 € bis 10.000 € je Planungsdisziplin belaufen, würde der durch die Neuregelung verursachte Mehraufwand in Relation zu den Gesamtplanungskosten zu einer unverhältnismäßigen Steigerung der Beschaffungskosten führen.

Diese Steigerung der Beschaffungskosten würde ausschließlich die den *deutschen* Vergabebestimmungen unterliegenden Auftraggeber treffen. Ausweislich der amtlichen Begründung soll § 3 VgV-E zwar die Regelungen von Artikel 5 der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (2014/24/EU) umsetzen. Art. 5 Abs. 1 vorgenannter Richtlinie sieht jedoch ebenso wie der insoweit wörtlich identische Art. 16 Abs. 1 der neuen Sektorenrichtlinie (2014/25/EU) das Kriterium des „funktionalen Zusammenhangs“ gerade nicht vor. Vielmehr geben die neuen Richtlinien – wie sinngemäß auch die zuvor gültigen Richtlinien – vor, dass Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes der „vom öffentlichen Auftraggeber geschätzte zahlbare Gesamtbetrag ... einschließlich aller Optionen und etwaigen Verlängerungen der Aufträge“ sein soll. Die mit der Einfügung des Kriteriums des „funktionalen Zusammenhangs“ verbundene Steigerung der Beschaffungskosten würde also Auftraggeber, die anderen Rechtsordnungen unterliegen, in denen die neuen Richtlinien ohne die hier in § 3 Abs. 1 vorgesehenen erweiterten Formulierungen umgesetzt werden, nicht treffen.

Eine Notwendigkeit, über die Vorgaben der umzusetzenden Richtlinien hinausgehende Bestimmungen zur Schätzung des Auftragswertes vorzusehen, ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung einschlägiger Rechtsprechung des EuGH. Soweit beispielsweise in der Ge-

setzesbegründung zu § 3 Abs. 2 VgV-E auf ein Urteil des EuGH vom 15.03.2012 (Rs. C-574/10) verwiesen wird, ist zu berücksichtigen, dass der dortigen Entscheidung ein Fall zugrunde lag, in dem ein Auftraggeber Leistungen ein und derselben Planungsdisziplin (Architektenleistungen) aus Finanzierungsgründen auf drei Haushaltsjahre verteilt hatte; für die Leistungen des jeweiligen Haushaltsjahres war jeweils ein gesonderter Auftrag erteilt worden, sodass im Ergebnis ein Architekturbüro ohne EU-weites Ausschreibungsverfahren mit drei Einzelaufträgen beauftragt worden war, obwohl der Gesamtbetrag der einzelnen geschätzten Auftragswerte in Summe über dem maßgeblichen Schwellenwert lag. Für diese spezielle Fallkonstellation hat der EuGH festgehalten, dass es sich bei den in mehrere Einzelaufträge unterteilten Architektenleistungen um einen einheitlichen Auftrag gehandelt habe, da die „Leistungen in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität“ aufgewiesen hätten. Die Entscheidung des EuGH ist jedoch keinesfalls so auszulegen, dass die Auftragswerte sämtlicher dasselbe Bauvorhaben betreffender Dienstleistungen *unterschiedlicher* Planungsdisziplinen bei der Schätzung des Auftraggebers zu addieren seien; eine solche Auslegung würde den Regelungsgegenstand der angesprochenen EuGH-Entscheidung überdehnen.

Der BDEW fordert daher die vollständige Streichung des Satzes 2.

2.1.2 § 9 Abs. 3 Grundsätze der Kommunikation

(3) Der öffentliche Auftraggeber kann von jedem Unternehmen die Angabe einer eindeutigen Unternehmensbezeichnung sowie einer elektronischen Adresse verlangen (Registrierung).

Für den Zugang zur Auftragsbekanntmachung und zu den Vergabeunterlagen darf der öffentliche Auftraggeber keine Registrierung verlangen; eine freiwillige Registrierung ist zulässig.

Nach § 160 Abs. 2 GWB-E ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat. Für den Zugang zu den Vergabeunterlagen ist dies nicht Voraussetzung. Vergabeunterlagen würden ohne Kontrolle „gestreut“ und könnten vergabefremden Zwecken dienen (Grundrisspläne, Technische Anlagen etc.). Der Auftraggeber hat ein berechtigtes und schützenswertes Interesse daran zu wissen, wer von den Vergabeunterlagen Kenntnis erlangt. Hilfreich könnte eine Registrierung sein, da der Auftraggeber so erfährt, wer Zugang zu den Unterlagen hat. Die Vorteile einer Registrierung liegen auf der Hand und werden in der Begründung zur Sektorenverordnung (Seite 211) auch genannt. Auch für den Interessenten wäre die Registrierung eine Erleichterung, da er sicher sein könnte, auf jegliche Änderungen der Vergabeunterlagen vor Abgabe eines Angebots oder Teilnahmeantrags durch den Auftraggeber hingewiesen zu werden, ohne dass er aktiv tätig werden muss. Nicht-registrierte Interessenten hätten eine Holschuld und müssten sich selbst nach der Aktualisierung der Vergabeunterlagen erkundigen.

Der BDEW fordert, eine Registrierung auch für den Zugang zu den Vergabeunterlagen zuzulassen.

2.1.3 § 41 Abs. 1 Bereitstellung der Vergabeunterlagen

(1) Der öffentliche Auftraggeber gibt **in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung** eine elektronische Adresse an, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können ...

Die Vergabeunterlagen müssen vom Tag der Veröffentlichung einer Bekanntmachung an von jedem Interessenten mit Hilfe elektronischer Mittel unter einer Internetadresse abgerufen werden können. Zu den Vergabeunterlagen gehören nach § 29 VgV sämtliche Unterlagen, die von öffentlichen Auftraggebern erstellt werden oder auf die sie sich beziehen, um Teile des Vergabeverfahrens zu definieren. Sie umfassen alle Angaben, die erforderlich sind, um dem interessierten Unternehmen eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen. Das heißt demnach auch, dass zum Zeitpunkt der Bekanntmachung eines Verfahrens mit vorhergehendem Teilnahmewettbewerb bereits die Leistungsbeschreibung zur Verfügung gestellt werden muss. Interessenten könnten rügen, dass zu Beginn des Vergabeverfahrens nicht alle erforderlichen Vergabeunterlagen zur Verfügung stehen. Unklar ist, nach welchen Kriterien sich die Vollständigkeit der Unterlagen bemessen soll.

Hinzu kommt, dass es gerade auch im zweistufigen Vergabeverfahren möglich sein muss, die Vergabeunterlagen im Laufe des Ausschreibungsverfahrens zu einem späteren Zeitpunkt weiter zu konkretisieren.

Der BDEW bittet um Klarstellung, dass die Regelung nicht beabsichtigt, bereits mit der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung die Vergabeunterlagen vollständig einstellen zu müssen. Der BDEW erachtet eine Klarstellung in der Begründung als ausreichend.

2.2 Artikel 2 – Sektorenverordnung

2.2.1 § 2 Abs. 1 Schätzung des Auftragswerts

(1) Bei der Schätzung des Auftragswerts ist vom voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistung ohne Umsatzsteuer auszugehen. **Dabei ist der Wert der Leistungen, die in einem funktionalen Zusammenhang stehen, bei der Auftragswertberechnung zusammenzurechnen ...**

Die Ausführungen zu § 3 Abs. 1 VgV gelten entsprechend.

2.2.2 § 4 Abs. 2 Satz 1 Gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe

(2) Soweit das Vergabeverfahren im Namen und im Auftrag aller Auftraggeber **zur Gänze** gemeinsam durchgeführt wird, ...

Die sprachliche Formulierung „... zur Gänze“ ist rechtlich unüblich. Besser wäre die Formulierung „... vollständig“.

Fraglich ist zudem, wie man den Unterschied oder Zusammenhang zur teilweisen gemeinsamen Durchführung abgrenzen soll. Für Bieter sollte nur ein Ansprechpartner (im Formblatt der Bekanntmachung unter Ziff. I.1) Kontaktstelle genannt) verantwortlich sein. Unklar ist auch, was „verantwortlich“ bedeuten soll. Müssen Rügen dann ausschließlich an den einen Auftraggeber gesendet werden? Gilt die Verantwortung für den Vertragsabschluss? Woraus erkennt der Bieter die vollständige oder teilweise gemeinsame Durchführung? Wie wird die Verantwortlichkeit in der Bekanntmachung transparent gemacht?

Der BDEW fordert eine entsprechende sprachliche und inhaltliche Klarstellung, um Auslegungsschwierigkeiten in der Praxis zu vermeiden.

2.2.3 § 8 Abs. 2 Nr. 3 Dokumentation

(2) Auftraggeber bewahren die sachdienlichen Unterlagen zu jedem Auftrag auf. Die Unterlagen müssen so ausführlich sein, dass zu einem späteren Zeitpunkt mindestens folgende Entscheidungen nachvollzogen und gerechtfertigt werden können:

...

3. Nichtanwendung dieser Verordnung aufgrund der Ausnahme nach § 137 Nummern 7 und 8 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ...

Eine spezielle Regelung für die Dokumentation dieser Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht ist in der Sektorenrichtlinie nicht vorgesehen. Der BDEW vermag auch nicht nachzuvollziehen, weshalb ausgerechnet diese Ausnahmen explizit dokumentiert werden sollen. Unternehmen der Energie- und Wasserwirtschaft beschaffen eine Vielzahl Aufträge nach den Ausnahmeregelungen des § 137 Nummern 7 und 8 GWB. Eine jeweilige Dokumentation würde einen erheblichen Verwaltungsaufwand bedeuten, der eine unzumutbare und in der Sache unnötige Belastung darstellen würde.

Der BDEW fordert die Streichung dieser Regelung.

2.2.4 § 9 Abs. 3 Grundsätze der Kommunikation

(3) Auftraggeber können von jedem Unternehmen die Angabe einer eindeutigen Unternehmensbezeichnung sowie einer elektronischen Adresse verlangen (Registrierung). **Für den**

Zugang zur Auftragsbekanntmachung und zu den Vergabeunterlagen darf der Auftraggeber keine Registrierung verlangen; eine freiwillige Registrierung ist zulässig ...

Die Vorteile einer Registrierung liegen auf der Hand und werden in der Begründung (Seite 211) auch genannt. Auch für den Interessenten wäre die Registrierung eine Erleichterung, da er sicher sein könnte, auf jegliche Änderungen der Vergabeunterlagen vor Abgabe eines Angebots oder Teilnahmeantrags durch den Auftraggeber hingewiesen zu werden, ohne dass er aktiv tätig werden muss. Nicht-registrierte Interessenten hätten eine Holschuld und müssten sich selbst nach der Aktualisierung der Vergabeunterlagen erkundigen.

Der BDEW fordert, diese Ungleichbehandlung registrierter und nicht-registrierter Interessenten durch eine verpflichtende Registrierung aufzuheben.

Im Übrigen gelten die Ausführungen zu § 9 VgV entsprechend.

2.2.5 § 13 Wahl der Verfahrensart

- § 13 Abs. 2 Nr. 2

(2) Auftraggeber können Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben, ...

2. wenn ein Auftrag rein den Zwecken von Forschung, Experimenten, Studien oder Entwicklungen dient und nicht den Zwecken von Gewinnsicherung oder Abdeckung von Forschungs- und Entwicklungskosten und sofern der Zuschlag dem Zuschlag für Folgeaufträge nicht abträglich ist, die insbesondere diesen Zwecken dienen ...

Die Formulierung ist sprachlich äußerst unglücklich und führt daher im deutschen Sprachverständnis zu Missverständnissen. Am Auffälligsten wird dies am Wort „Gewinnsicherung“. Die deutsche Rechtssprache kennt hier nur das Wort „Gewinnerzielungsabsicht“. Wird das Wort „Gewinnsicherung“ beibehalten, wird der Gesetzesanwender versucht sein müssen, hierunter etwas anderes zu verstehen als „Gewinnerzielungsabsicht“. Derartige Missverständnisse muss der Gesetzgeber vermeiden.

Der BDEW schlägt daher folgende Formulierung vor:

„ ... wenn ein Auftrag nur den Zwecken der Forschung, Entwicklung, der Durchführung von Experimenten oder Studien dient und nicht mit Gewinnerzielungsabsicht oder mit dem Zweck der Deckung von Forschungs- und Entwicklungskosten vergeben wird und wenn diese Vergabe einer wettbewerblichen Vergabe von Folgeaufträgen, die diese Ziele verfolgen, nicht vorgreift.“

- § 13 Abs. 2 Nr. 3 b)

(2) Auftraggeber können Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben, ...

3. wenn der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann, ...

b) ... weil **aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist** ...

Die Formulierung ist sprachlich unglücklich; „aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden“ bedeutet inhaltlich etwas anderes als „... Auftrag kann aus technischen Gründen nur von einem bestimmten Unternehmen ausgeführt werden“ – so der jetzige Wortlaut des § 6 Abs. 2 Nr. 3 SektVO. Denn es kann ein Wettbewerb vorhanden sein und trotzdem technische Gründe dafür geben, dass der Auftrag nur an ein Unternehmen vergeben werden kann.

Der BDEW schlägt als Formulierung unter lit. b) daher die Beibehaltung des bisherigen Wortlauts „aus technischen Gründen“ vor.

- § 13 Abs. 2 Nr. 3 c)

(2) Auftraggeber können Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben, ...

3. wenn der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann, ...

c) wegen des Schutzes von ausschließlichen Rechten, **insbesondere von gewerblichen Schutzrechten** ...

In der Sektorenrichtlinie heißt es „... wegen des Schutzes von ausschließlichen Rechten, einschließlich der Rechte des geistigen Eigentums.“ Das geistige Eigentum umfasst mehr als nur gewerbliche Schutzrechte.

Anderenfalls würde der deutsche Gesetzgeber die europäischen Vorgaben einschränken, was unzulässig ist.

Der BDEW fordert daher die Übernahme des Wortlauts aus der Sektorenrichtlinie und schlägt folgende Formulierung vor:

„... wegen des Schutzes von ausschließlichen Rechten, einschließlich der Rechte des geistigen Eigentums“.

- § 13 Abs. 2 Nr. 4

(2) Auftraggeber können Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben, ...

4. wenn äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der **betreffende** Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die Mindestfristen einzuhalten, die für das offene und das nicht offene Verfahren sowie für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vorgeschrieben sind ...

Die Formulierung „betreffende“ ist überflüssig, da in jedem Paragraphen vom jeweils anwendenden Auftraggeber die Rede ist.

Der BDEW fordert, die Formulierung „betreffende“ zu streichen.

- § 13 Abs. 2 Nr. 5

... und ein Wechsel des **Unternehmens**...

Die Formulierung in dieser Ziffer ist uneinheitlich. Der BDEW regt daher an, „Unternehmen“ durch „Auftragnehmer“ zu ersetzen.

Der BDEW schlägt folgenden Wortlaut vor: „... und ein Wechsel des Auftragnehmers dazu führen würde...“

- § 13 Abs. 2 Nr. 6

6. wenn eine Bau- oder Dienstleistung beschafft werden soll, die in der Wiederholung gleichartiger Leistungen besteht, die durch denselben **öffentlichen** Auftraggeber an das Unternehmen vergeben werden, das ...; **das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb darf nur innerhalb von drei Jahren nach Abschluss des ersten Auftrags angewandt werden.**

Zunächst ist bei der Formulierung „öffentlicher Auftraggeber“ das Wort „öffentlicher“ zu streichen, da in der SektVO generell die Bezeichnung „Auftraggeber“ ohne den Zusatz „öffentlicher“ verwendet wird.

Die Beschränkung bei der Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb auf einen Zeitraum von drei Jahren nach Abschluss des ersten Auftrags ist in der Sektorrichtlinie (2014/25/EU) nicht vorgesehen. Im Übrigen ist die Regelung zu unbestimmt, da der Zeitpunkt des „Abschlusses“ des ersten Auftrags nicht näher definiert wird. So kämen hierfür die bloße Fertigstellung der Leistungen, deren Abnahme oder auch die Schlussrechnungsliegung oder –prüfung/-bezahlung in Betracht.

Der BDEW fordert die Streichung des Wortes „öffentlicher“ sowie die Streichung des letzten Halbsatzes.

- § 13 Abs. 2 Nr. 7

Es muss richtig heißen „...eine an einer Warenbörse...“

2.2.6 § 14 Abs. 2 Offenes Verfahren, Fristen

Es muss richtig heißen „(2) Die Frist für den Eingang der Angebote (Angebotsfrist) beträgt ... mindestens 35 Tage ...“

2.2.7 § 28 Leistungsbeschreibung

- § 28 Abs. 1

... und die Öffnung des **nationalen** Beschaffungsmarktes für den Wettbewerb nicht in un gerechtfertigter Weise behindert.

Es fällt auf, dass hier nur vom nationalen Beschaffungsmarkt die Rede ist. Soll nur dieser geschützt werden? Ist ein EU-weiter Schutz nicht beabsichtigt?

Der BDEW geht davon aus, dass ein EU-weiter Schutz beabsichtigt ist und bittet jedenfalls um eine Klarstellung.

- § 28 Abs. 2 Nr. 1 SektVO und § 121 Abs. 1 GWB

„... oder einer Beschreibung der **zu lösenden Aufgabe**...“

Bei der Leistungsbeschreibung handelt es sich nicht um eine Prüfung, bei der der Auftragnehmer eine Aufgabe lösen müsste. Vielmehr muss die Leistungsbeschreibung gerade erschöpfend beschrieben sein, so dass der Auftragnehmer lediglich die Vorgaben des Auftraggebers umsetzt. Dieser Teil ist daher unglücklich formuliert. Hinzu kommt, dass § 28 Abs. 2 Nr. 1 SektVO auch eine unnötige Doppelung im Verhältnis zu § 121 GWB in Verbindung mit § 142 GWB enthält.

Der BDEW schlägt vor, § 28 Abs. 2 Nr. 1 zu streichen. Hilfsweise regt der BDEW an, wie folgt zu formulieren: „... Beschreibung der **gewünschten Merkmale, die ...**“.

2.2.8 § 30 Abs. 4 Bekanntmachung technischer Anforderungen

(4) Zusätzliche Auskünfte zu den technischen Anforderungen ...

Diese gesamte Regelung ist bereits in § 16 Abs. 3 Nr. 1 SektVO enthalten.

Zur Vermeidung von Wiederholungen und zur besseren Lesbarkeit regt der BDEW die Streichung dieser Regelung an.

2.2.9 § 33 Abs. 1 und 4 Nebenangebote

... Nebenangebote zulassen **oder vorschreiben** ...

Der BDEW vermag nicht nachzuvollziehen, warum der Auftraggeber Nebenangebote vorschreiben können sollte. Was wäre die Folge, wenn er dies tut und der Bieter aber nur ein Hauptangebot abgibt? Ist dieser Bieter dann auszuschließen, weil er gegen die Vorgabe, verpflichtend ein Nebenangebot abzugeben, verstoßen hat? Das wäre in der Sache nicht zielführend.

Der BDEW fordert, den Zusatz „oder vorschreiben“ in beiden Absätzen zu streichen.

2.2.10 § 41 Abs. 1 Bereitstellung der Vergabeunterlagen i.V.m. § 5 Wahrung der Vertraulichkeit

(1) Die Auftraggeber bieten **ab dem Tag einer Auftragsbekanntmachung** nach § 35 Abs. 1 oder dem Tag der Absendung zur Aufforderung zur Interessenbestätigung unentgeltlich einen uneingeschränkten und vollständigen elektronischen Zugang zur Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen an ...

Auftraggeber sind nach § 5 SektVO verpflichtet, die Vertraulichkeit der im Vergabeverfahren übermittelten Informationen von Bewerbern und Bietern zu wahren, insbesondere in Bezug auf vertraulich oder geheim eingestufte Informationen oder vertrauliche Aspekte des Angebots. Der Auftraggeber ist nach § 41 Abs. 1 SektVO aber gezwungen, seine Vergabeunterlagen mit Bekanntmachung öffentlich (ohne Vertraulichkeit) zum Abruf bereitzustellen, ohne dass ihm eine Möglichkeit gegeben wird, die Verbreitung der Vergabeunterlagen – z.B. durch eine (unentgeltliche, aber zwingend erforderliche) Registrierung – der Interessenten zumindest zu begleiten.

Der BDEW sieht hier einen entscheidenden Bruch.

Letztlich müsste der Auftraggeber immer dann, wenn die Vergabeunterlagen vertrauliche Informationen, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse oder andere sensible Daten enthalten, gemäß § 41 Abs. 4 i.V.m. § 45 Abs. 4 verfahren und besondere Anforderungen an die Vertraulichkeit stellen. Da Vergabeunterlagen regelmäßig vertrauliche Informationen enthalten, würde die Ausnahme aber zur Regel.

Der BDEW fordert daher, eine Registrierung der Bieter bereits zum Abruf der Vergabeunterlagen zuzulassen, damit keine ungeschützte Verbreitung der Vergabeunterlagen erfolgen kann.

Im Übrigen gelten die Ausführungen zu § 41 VgV entsprechend.

2.2.11 § 54 Abs. 3 Ungewöhnlich niedrige Angebote

..., darf der **öffentliche** Auftraggeber den Zuschlag ... ablehnen.

Auch hier ist bei der Formulierung „öffentlicher Auftraggeber“ das Wort „öffentlicher“ zu streichen, da in der SektVO generell die Bezeichnung „Auftraggeber“ ohne den Zusatz „öffentlicher“ verwendet wird.

Der BDEW fordert die Streichung des Wortes „öffentlicher“.

2.2.12 § 56 Abs. 3 Unterrichtung von Bewerbern oder Bietern

- **Allgemein**

§ 56 setzt richtigerweise Art. 75 Sektorenrichtlinie um. Der Verweis in § 142 GWB auf die volle Anwendung des § 134 GWB ist nicht nachvollziehbar. Die Sektorenrichtlinie sieht weder die in § 134 Abs. 1 GWB geregelte Mitteilung des frühesten Zeitpunkts des Vertragsschlusses vor, noch die in § 134 Abs. 2 GWB geregelte Frist für den Abschluss des Vertrags. Die Regelungen in § 134 Abs. 1-3 GWB sind daher auf Sektorenauftraggeber nicht anwendbar. Daher ist der § 134 GWB in § 142 GWB auszunehmen.

- **§ 56 Abs. 3**

(3) **Artikel** 38 Abs. 6 gilt entsprechend.

Hier muss es „§ 38“ heißen, statt „Artikel 38“.

2.2.13 Einheitliche Europäische Eigenerklärung

Der BDEW versteht das Fehlen einer Regelung in der SektVO analog zu § 50 VgV zur Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) so, dass trotz Art. 80 Abs. 3 Sektorenrichtlinie die EEE nicht von den Sektorenauftraggebern angewandt oder akzeptiert werden muss.

Der BDEW bittet um eine entsprechende Klarstellung, dass die EEE im Bereich der Sektorenauftragsvergabe keine Anwendung findet und Sektorenauftraggeber diese jedenfalls nicht anwenden oder akzeptieren müssen.

Ansprechpartner:

Dr. Sabine Wrede

Telefon: +49 30 300199-1523

Email: sabine.wrede@bdew.de