

**Stellungnahme der Deutsche Bahn AG
zum
Referentenentwurf vom 09.11.2015
zur neuen Sektorenverordnung (SektVO-E)**

Die Deutsche Bahn AG begrüßt den Ansatz der Eins-zu-eins-Umsetzung europäischer Vorgaben. Vor diesem Hintergrund sollten die in den Vergaberichtlinien vorgesehenen Erleichterungen für Sektorenauftraggeber allerdings in einem stärkeren Maße berücksichtigt werden.

Aufgrund der sehr kurzen Frist zur Stellungnahme zu diesem umfangreichen Verordnungspaket möchten wir uns vorbehalten, Ihnen weitere Anmerkungen zu einem späteren Zeitpunkt zu übermitteln.

Soweit nicht anders angegeben, beziehen sich nachfolgend aufgeführte §§ stets auf den Entwurf der neuen SektVO.

Im Einzelnen:

Zu § 4 SektVO-E: Gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe

Unklar ist, was gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 SektVO-E unter „gemeinsamer Verantwortung“ aller beteiligten Auftraggeber zu verstehen ist. Insbesondere bleiben die prozessualen Konsequenzen offen.

Nach § 4 Abs. 2 Satz 3 SektVO-E wird eine Möglichkeit zur Klarstellung lediglich dann eröffnet, wenn Auftraggeber aus verschiedenen EU-Staaten eine gemeinsame Vergabe durchführen. Diese Regelung sollte auf die gemeinsame Vergabe verschiedener Auftraggeber innerhalb Deutschlands übertragen werden.

Zu § 6 SektVO-E: Vermeidung von Interessenkonflikten

Entgegen Artikel 42 RL 2014/25/EU unterscheidet § 6 SektVO-E nicht zwischen öffentlichen und sonstigen Auftraggebern. Im Rahmen einer Eins-zu-eins-Umsetzung sollte § 6 SektVO-E im Einklang mit Art. 42 RL 2014/25/EU auf öffentliche Auftraggeber beschränkt werden.

Zu § 7 SektVO-E: Mitwirkung an der Vorbereitung des Verfahrens („Projektant“)

Nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 SektVO-E kommt ein Unternehmen als sog. Projektant in Betracht, wenn „ein mit ihm in Verbindung stehendes Unternehmen den Auftraggeber beraten“ hat. Gemeint ist hier offensichtlich eine gesellschaftsrechtliche Verbundenheit. Ansonsten wäre völlig unklar, ob diese Verbindung rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein kann und welche Intensität diese Verbindung aufweisen muss. Für den Auftraggeber sind Verbindungen außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit im Regelfall nicht ermittelbar.

Daher sollte § 7 Abs. 1 SektVO wie folgt lauten:

„Hat ein Unternehmen oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen den Auftraggeber beraten...“

Zu § 9 SektVO-E: Grundsätze der Kommunikation

§ 9 Abs. 1 SektVO-E bezieht sich auch auf das „Speichern von Daten“ und geht damit über die Regelung der Sektorenrichtlinie hinaus. Hier sollte klargestellt werden, dass hieraus jedenfalls keine Pflicht zur Einführung einer elektronischen Vergabeakte einhergeht.

Nach § 9 Abs. 2 SektVO-E ist eine mündliche Kommunikation im Vergabeverfahren nur unter den dort genannten Voraussetzungen zulässig. Hier sollte klargestellt werden, dass dies insbesondere bei Verhandlungen im Verhandlungsverfahren oder für Aufklärungsgespräche gilt.

In § 9 Abs. 3 Satz 2 wird klargestellt, dass für den Zugang zur Auftragsbekanntmachung und zu den Vergabeunterlagen keine Registrierung verlangt werden darf. Damit wären alle Vergabeunterlagen grundsätzlich jedermann zugänglich und eine unkontrollierte Weiterverbreitung nicht zu verhindern.

Hier müsste zumindest klargestellt werden, dass diese Zugangsmöglichkeit nicht besteht, wenn es sich um vertrauliche Dokumente handelt. Wünschenswert wäre es, wenn eine Klarstellung erfolgt, dass auch urheberrechtlich geschützte Werke grundsätzlich unter Vertraulichkeit fallen können.

Zu § 10 Abs. 2 SektVO-E:

In § 10 ist die Differenzierung zwischen dem öffentlichen und dem nicht öffentlichen Auftraggeber unklar. Hier sollte eine Klarstellung im Hinblick auf den Anwendungsbereich erfolgen.

Wir gehen davon aus, dass § 10 Abs. 2 SektVO-E nicht für Sektorenauftraggeber gilt. Dies ergibt sich insbesondere aus der Bezugnahme auf den IT - Staatsvertrag, an dem die Sektorenauftraggeber nicht als Partei beteiligt sind.

Daher sollte eine entsprechende Beschränkung auf öffentliche Auftraggeber erfolgen.

Zu § 13 Abs. 1 SektVO-E: Wahl der Verfahrensarten – wettbewerblicher Dialog

§ 13 Abs. 1 S. 2 widerspricht § 141 Abs. 1 GWB-E insoweit, als auch der wettbewerbliche Dialog frei vom Sektorenauftraggeber gewählt werden kann.

§ 13 Abs. 1 sollte daher wie folgt geändert werden:

"Auftraggebern stehen zur Vergabe von Aufträgen das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren, das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und der wettbewerbliche Dialog nach ihrer Wahl zur Verfügung. Innovationspartnerschaften..."

Zu § 13 Abs. 2 Nr. 2 SektVO-E: Gewinnerzielungsabsicht bei F&E-Verträgen

Der Begriff „Gewinnsicherung“ ist in der deutschen Rechtssprache nicht geläufig. Es ist nicht ersichtlich, dass in diesem Zusammenhang eine inhaltliche Veränderung beabsichtigt ist. Daher sollte es zur Vermeidung von Interpretationsschwierigkeiten bei dem bisherigen in § 6 Abs. 2 Nr. 2 SektVO verwendeten Begriff der „Gewinnerzielungsabsicht“ bleiben.

Zu § 13 Abs. 2 Nr. 3 c) SektVO-E: Ausschließlichkeitsrechte

Nach dem Wortlaut bleibt § 13 Abs. 2 Nr. 3 c) hinter dem des Art. 50 lit c) iii) RL 2014/25/EU dahingehend zurück, dass anstelle der Formulierung „*einschließlich der Rechte des geistigen Eigentums*“ auf „*gewerbliche Schutzrechte*“ abgestellt wird. Zur Vermeidung von Interpretationsschwierigkeiten sollte der Richtlinienentwurf eins-zu-eins übernommen werden.

Zu § 13 Abs. 2 Nr. 6 Halbsatz 3 SektVO-E: Wiederholung gleicher Leistungen

In § 13 Abs. 2 Nr. 6 wird die Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb davon abhängig gemacht, dass dieser nur innerhalb von drei Jahren nach Abschluss des ersten Auftrags erfolgt. Hier handelt es sich offensichtlich um ein Übertragungssehen. Während Art. 32 Abs. 5 UA 3 RL 2014/24/EU diese Begrenzung vorsieht, ist eine solche in Art. 50 lit. f) RL 2014/25/EU nicht enthalten.

Dasselbe gilt bzgl. der Bezugnahme auf den „öffentlichen Auftraggeber“. Hier sollte es nur „Auftraggeber“ heißen.

Zu § 15 SektVO-E: Verhandlungsverfahren

Sektorenauftraggebern soll im Vergleich zu den klassischen Auftraggebern grundsätzlich ein größerer Gestaltungsspielraum eingeräumt werden. Daher sollte die folgende Formulierung des § 17 Abs. 11 VgV-E in die zukünftige SektVO übernommen werden.

(11) Der öffentliche Auftraggeber kann den Auftrag auf der Grundlage der Erstantgebote vergeben, ohne in Verhandlungen einzutreten, wenn er sich in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung diese Möglichkeit vorbehalten hat.

Ansonsten besteht die Gefahr, dass es im Vollzug mangels entsprechender Klarstellung Einschränkungen zu Lasten der Sektorenauftraggeber vorgenommen werden.

Zu § 17 SektVO-E: Wettbewerblicher Dialog

Zielführend wäre auch hier eine Klarstellung, dass der Auftraggeber den Auftrag auch auf Grundlage der Erstantgebote vergeben kann, ohne in Verhandlungen einzutreten, wenn er sich dies zuvor in transparenter Weise vorbehalten hat (so in § 17 Abs. 11 VgV).

§ 19 SektVO-E: Rahmenvereinbarung

In § 19 Abs. 2 sollte klargestellt werden, dass die Erteilung eines Einzelauftrages auf Basis einer ordnungsgemäß ausgeschrieben Rahmenvereinbarung ohne vorherige erneute EU-Bekanntmachung erfolgen darf (so bisher in § 6 Abs. 2 Nr. 9 SektVO geregelt).

Zu § 22 Abs. 3 SektVO-E:

Im Sektorenbereich erfolgt die Prüfung der Unternehmen gemäß § 142 Nr. 1 GWB-Entwurf anhand von „objektiven Kriterien“. Die Nennung von „Eignungskriterien“ in § 22 Abs. 3 beruht wohl auf einem Übertragungsversehen und ist durch „objektive Kriterien“ zu ersetzen.

Zu § 27 Abs. 3 SektVO-E: Vorbehalt der Losaufteilung

Der Wortlaut des § 27 Abs. 3 ist im Vergleich zu Art. 65 Abs. 3 RL 2014/25/EU deutlich enger gefasst. Während der Richtlinien text die Möglichkeit einräumt, sich die Gesamtlosvergabe bzw. die Vergabe auf Loskombinationen bis zur Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. Verhandlung vorzubehalten, kann der Vorbehalt nach derzeitiger Fassung allein in der Bekanntmachung erklärt werden. Dies schränkt den Auftraggeber insbesondere bei Verhandlungsverfahren unangemessen ein.

Daher sollte § 27 Abs. 3 SektVO wie folgt lauten:

(3) In Fällen, in denen ein einziger Bieter den Zuschlag für mehr als ein Los erhalten kann, kann der Auftraggeber Aufträge über mehrere oder alle Lose vergeben, wenn er in der Auftragsbekanntmachung, der Aufforderung zur Interessensbestätigung, zur Verhandlung oder zur Angebotsabgabe angegeben hat, dass er sich diese Möglichkeit vorbehält und die Lose oder Losgruppen angibt, die kombiniert werden können.

Zu § 33 Abs. 2 SektVO-E: Nebenangebote

Nach § 33 Abs. 2 S. 3 ist anzugeben, ob ein Nebenangebot unabhängig oder nur in Verbindung mit einem Hauptangebot eingereicht werden darf. Es bleibt unklar, welche Rechtsfolgen es hat, wenn diese Angabe unterbleibt. Es wäre praxisgerecht, wenn eine fehlende Angabe dazu führt, dass Nebenangebote auch ohne Hauptangebot zulässig sind.

§ 33 Abs. 2 sollte daher wie ergänzt werden:

(2) Die entsprechenden Angaben machen die Auftraggeber in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen. Fehlt eine entsprechende Angabe, sind keine Nebenangebote zugelassen. Es ist auch anzugeben, ob ein Nebenangebot unabhängig oder nur in Verbindung mit einem Hauptangebot eingereicht werden darf; fehlt eine solche Angabe, sind Nebenangebote auch ohne Hauptangebote zuzulassen.

Zu § 41 SektVO-E: Bereitstellung der Vergabeunterlagen

§ 41 Abs. 3 SektVO-E stellt für eine zulässige alternative Zurverfügungstellung der Vergabeunterlagen darauf ab, ob die erforderlichen elektronischen Mittel zum Abruf der Unterlagen vorhanden sind. Hier bzw. in § 43 Abs. 2 SektVO-E sollte klargestellt werden, dass die Ausnahmen auch für die „Zurverfügungstellung“ der Vergabeunterlagen gelten. Zum Beispiel weil ein Auftraggeber aufgrund des großen Umfangs der Vergabeunterlagen diese nicht elektronisch, sondern nur auf einem gesonderten Datenträger zur Verfügung stellen kann.

Zu § 42 SektVO-E: Aufforderung zur Angebotsabgabe

Nach § 42 Abs. 1 fordert der Auftraggeber die Bewerber im nicht offenen und Verhandlungsverfahren auf, ein Angebot einzureichen. Im Unterschied dazu sieht § 25 Abs. 1 zweiter Halbsatz SektVO (a. F.) vor, dass der Auftraggeber in Verhandlungsverfahren zunächst zur Verhandlung auffordern kann. Damit würde die Gestaltungsfreiheit von Sektorenauftraggebern in Zukunft eingeschränkt.

Nach Artikel 74 Abs. 1 UA 1 RL 2014/25/EU ist es nach wie vor zulässig, die Bewerber zunächst nur zu Verhandlungen aufzufordern. Dieser Gestaltungsspielraum sollte erhalten bleiben und die Formulierung aus § 25 Abs. 1 zweiter Halbsatz SektVO übernommen werden.

Zu § 44 SektVO-E: Erhöhte Sicherheitsanforderungen bei der Übermittlung der Angebote, Teilnahmeanträge, Interessensbekundungen und Interessensbestätigungen

Es sollte klargestellt werden, dass die Verwendung einer qualifiziert elektronischen Form der Angebotsabgabe jedenfalls immer dann zulässig ist, wenn durch Gesetz Schriftform vorgeschrieben ist (z.B. bei Verträgen nach HOAI).

Zu § 45 Abs. 2 SektVO: Grundsätze (Anforderungen an Unternehmen)

Nach § 45 Abs. 2 darf der Auftraggeber keine Nachweise fordern, die sich mit bereits vorhandenen Nachweisen überschneiden. Hierzu sollte klargestellt werden, dass sich dies zum einen auf Nachweise bezieht, die bereits in dem betreffenden Vergabeverfahren übermittelt worden sind und zum anderen dazu dient, Doppelbewertungen zu verhindern.

§ 46 SektVO-E: Ausschluss und Auswahl von Unternehmen

§ 46 dient laut der Verordnungsbegründung der Umsetzung der Artt. 78 und 80 RL 2014/25/EU. Im Unterschied zum Richtlinienentwurf stellt § 46 nur auf die „Auswahl“ und nicht auch auf den „Ausschluss“ aufgrund der aufgestellten objektiven Kriterien ab. Dies kann zu Interpretationsspielräumen führen, die laut Verordnungsbegründung nicht eröffnet werden sollen. Der Wortlaut sollte daher dem Richtlinienentwurf angeglichen werden.

Dies gilt im Übrigen auch für § 142 Nr. 1 GWB-E: Dort sollte es heißen:

„Sektorenauftraggeber abweichend von § 122 Abs. 1 und 2 GWB objektive Kriterien für den Ausschluss und die Auswahl der Unternehmen festlegen, die allen interessierten Unternehmen zugänglich sind,“ (statt bisher „Sektorenauftraggeber abweichend von § 122 Abs. 1 und 2 GWB die Unternehmen anhand objektiver Kriterien auswählen, die allen interessierten Unternehmen zugänglich sind.“).