



## **Stellungnahme** **zu den Vorschlägen der EU-Kommission zur Modernisierung des EU-Vergaberechts**

Die Landeshauptstadt München begrüßt die Bestrebungen der EU-Kommission, die Auftragsvergabe flexibler zu gestalten, den Verwaltungsaufwand zu minimieren und ein optimaleres Preis-Leistungs-Verhältnis zu schaffen sowie bestehende Vorschriften klarer zu formulieren und zu vereinfachen. Diese Ziele der EU-Kommission können in der Praxis durch die Regelungen der Richtlinie aber nicht immer erreicht werden, so dass diese Vorschriften änderungsbedürftig sind.

Positiv bewerten wir, dass durch die neuen Vorschläge keine Pflicht zur Berücksichtigung von vergabefremden Kriterien im Rahmen der öffentlichen Beschaffung besteht und keine Regelungen für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte eingeführt wurden. Wir begrüßen auch, dass die Unterscheidung nach Bauaufträgen, Lieferaufträgen und Dienstleistungsaufträgen beibehalten wurde sowie das Heraufsetzen des Schwellenwertes für soziale und andere besondere Dienstleistungen von 249.000 € auf 500.000 € (Art. 4 d). Weiter befürworten wir die Nennung eines festen Prozentsatzes in Art. 17, da so eine eindeutige Vorgabe besteht. Ebenso führen die neu eingeführten Art. 57 – 59 zu Verfahrensvereinfachungen. Allerdings sollten Online-Datenbanken wie e-Certis von einer Stelle gepflegt werden. Geeignet könnten hier die zentralen Beschaffungsstellen sein.

Die Landeshauptstadt München fordert in der Neufassung die folgenden Änderungen vorzunehmen:

### **1. Beibehaltung der Unterscheidung nach „A“- und „B“-Dienstleistungen**

Die Unterscheidung zwischen „A“- und „B“-Dienstleistungen ist beizubehalten, da die Aufhebung dieser Unterscheidung in der Praxis zu einem erheblich höheren Verwaltungsaufwand führt. Darüber hinaus sollten, um eine weitere Verfahrensvereinfachung zu erreichen, mehr Dienstleistungen, die nach derzeit gültigem Recht „A“-Dienstleistungen sind, als „B“-Dienstleistungen eingestuft werden. Zu denken ist insbesondere daran den Landverkehr einschließlich Geldtransporte und Kurierdienste sowie die Gebäudereinigung als „B“-Dienstleistungen einzustufen.

Praxisbeispiel: Bei ca. 70 Ausschreibungen für Gebäudereinigungen und Kurierdienste im Jahr bewirbt sich nicht ein einziger Anbieter aus dem Ausland. Dies ist damit zu begründen, dass ein Unternehmen in diesem Bereich die Örtlichkeiten kennen muss. Im Bereich der Gebäudereinigung kommt es auch darauf an, die Bevölkerungsstruktur zu kennen. Davon hängt die Gewinnung von Reinigungskräften ab. Hier bestehen in München schon innerhalb der Stadtteile Unterschiede. Für ein nicht in München oder in der Nähe von München ansässiges Unternehmen ist es mit sehr viel Aufwand verbunden sich dieses Know-how anzueignen. Ein möglicher Auftrag wird damit unrentabel.

### **2. Anhebung der derzeit gültigen Schwellenwerte für Liefer- und Dienstleistungen**

Für den Bereich der Liefer- und Dienstleistungen wird der Schwellenwert für Kommunen auf 200.000 € festgesetzt (Art. 4 c). Dieser sehr niedrige Wert widerspricht dem Ziel der EU-Kommission ein optimales Preis-Leistungs-Verhältnis zu ermöglichen und sollte mindestens auf 400.000 € verdoppelt, besser noch auf 600.000 € verdreifacht werden.

Praxisbeispiel: Im Bereich der Vergabe eines Auftrags für Gebäudereinigung ist es gängige Praxis, dass die Reinigung eines großen Verwaltungsgebäudes für fünf Jahre zusammen mit mehreren kleinen Gebäuden ausgeschrieben wird. Sinn ist es, auch für die kleinen Verwaltungsgebäude ein gutes Preis-Leistungs-Verhältnis zu bekommen. Möchte die Stadtverwaltung also ein gutes wirtschaftliches Ergebnis erzielen, liegt der Auftrag regelmäßig über dem Schwellenwert. Gleichwohl erscheint in einem derartigen Fall der mit einem EU-weiten Verfahren verbundene Aufwand – insbesondere hinsichtlich der Verfahrensdauer – nicht verhältnismäßig, zumal bei entsprechenden Aufträgen erfahrungsgemäß keine Angebote von Bietern aus anderen EU-Staaten abgegeben werden (siehe oben).

### **3. Vereinfachung der Verfahren**

#### **a) durch ein Höchstmaß an Flexibilität**

Die in Artikel 23 bis 30 geregelten Verfahrensarten und vorgegebenen Fristen spielen in der Praxis eine große Rolle. Dem öffentlichen Auftraggeber sollte hier ein Höchstmaß an Flexibilität gegeben werden. Insbesondere sollte er die Möglichkeit erhalten, Verfahren zu verkürzen und zu vereinfachen. Zu begrüßen ist, dass den öffentlichen Auftraggebern in Art. 31 bis 34 eine Auswahl an verschiedenen Verfahren gegeben wird, die es ermöglichen auf Einzelfälle flexibel zu reagieren. Diese Flexibilität muss sichergestellt werden und darf nicht durch die Mitgliedstaaten eingeschränkt werden können.

Im Einzelnen ist Art. 34 Abs. 1 UAbs. 2 ersatzlos zu streichen. Rahmenvereinbarungen sind in der Praxis sehr gut umsetzbar. Durch diese Verfahrensform kann ein sehr gutes Preis-Leistungs-Verhältnis erreicht werden. Zudem stellt sie eine Minderung des Verwaltungsaufwands für die einzelnen Dienststellen dar. Aus diesem Grund sollte das Wahlrecht bei den Auftraggebern bleiben und nicht den Mitgliedstaaten das Recht gegeben werden, diese Auswahl vorab pauschal zu treffen.

Ebenso sollten die Mitgliedstaaten in Art. 24. Abs. 1 letzter Unterabsatz verpflichtet werden, das für die Praxis bedeutende Verhandlungsverfahren in einzelstaatliches Recht umzusetzen. Ohne diese Verfahrensart würde das Ausschreibungsgeschäft erschwert werden.

Praxisbeispiel: Bei der Ausschreibung von Beratungsleistungen (z. B. umfangreiche IT-Software) kann es beispielsweise vorkommen, dass keine klaren Vorstellungen vorhanden sind wie eine Aufgabe zu erledigen ist. Im Rahmen von Verhandlungsrunden ist es dann möglich mit dem Wissen der Bieter eine Lösung Schritt für Schritt zu entwickeln.

#### **b) durch Verkürzung der Fristen auf 21 Tage**

Die neuen Fristenregelungen in Art. 25, 26 und 27 lassen keine Verbesserung in der Praxis erkennen. Wir schlagen daher weiterhin eine Fristverkürzung auf 21 Tage vor, die aus der Perspektive der Vergabepaxis ausreichend ist. Verkürzte Bewerbungsfristen würden zu einer Beschleunigung des Verfahrens führen, ohne dass eine Qualitätseinbuße bei den Angeboten in Kauf genommen werden müsste. Insbesondere sind mit der Bewerbung als solcher für den Bewerber noch keine Verpflichtungen verbunden. Sofern nicht schon in diesem Stadium Bescheinigungen verlangt werden, deren Beschaffung längere Zeit in Anspruch nimmt, kann der zur Bewerbung geforderte Bewerbungsbogen relativ zügig ausgefüllt und abgegeben werden. Die derzeit geltenden und nun vorgeschlagenen langen Mindestfristen führen weder zu einem besseren Wettbewerb noch zu mehr Gleichberechtigung oder Transparenz.

#### **c) durch Vereinfachung des Verhandlungsverfahrens**

In den Modernisierungsvorschriften werden in Art. 27 für das Verhandlungsverfahren strengere Anforderungen aufgestellt, als die bisher bestehenden. Dies führt zu einer Verschlechterung in der Praxis und widerspricht dem Hauptziel der Novellierung zu einer Vereinfachung und Flexibilisierung der Verfahren. So sollte der neu eingeführte Art. 27 Abs. 1 UAbs 2 S. 2 „In den technischen Spezifikationen erläutern die öffentlichen Auftraggeber, welche Teile davon die Mindestanforderungen festlegen.“ sowie Art. 27 Abs. 1 UAbs 3, der eine Angebotsfrist von mindestens 30 Tagen einführt, ersatzlos gestrichen werden.

##### **aa) Streichung von Art. 27 Abs. 1 UAbs. 2**

Art. 27 Abs. 1 UAbs. 2 sollte ersatzlos gestrichen werden. In der Praxis würde eine solche Vorschrift zu mehr Rechtsunsicherheit führen, so wie sie aktuell im Bereich der Zulassung von Nebenangeboten besteht. Nachdem der EuGH bereits mit Urteil vom 16. Oktober 2003 (C-421/01, „Traunfellner GmbH“) entschieden hat, dass der Auftraggeber bei Zulassung von Nebenangeboten immer Mindestanforderungen festzulegen habe, ist in der Praxis heute noch nicht restlos geklärt, wie konkret die Mindestanforderungen ausgestaltet sein müssen bzw. ob sie für alle oder nur für bestimmte (und wenn ja, für welche) Teilleistungen aufgestellt werden müssen.

Der öffentliche Auftraggeber sollte auch nicht verpflichtet werden vor Einleitung des Verfahrens zunächst Mindestanforderungen aufzustellen. Zum einen haben Mindestanforderungen keine

Berechtigung, wenn der technische Inhalt überhaupt nicht zur Disposition der Bieter gestellt werden soll. Häufig wird ein Verhandlungsverfahren nach einem ergebnislos durchgeführten offenen oder nichtoffenen Verfahren durchgeführt, mit der Folge, dass zeitliche Zwänge die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung fordern (Art. 30 Abs. 2 a). Die Verfahrenswahl wird also nicht in erster Linie durch den Auftragsgegenstand bestimmt. Zum anderen können Mindestanforderungen innovative Lösungen verhindern.

#### bb) Streichung von Art. 27 Abs. 1 Uabs. 3

In Art. 27 Abs. 1 UAbs. 3 sollte die Mindestfrist von 30 Tagen durch den Begriff „ausreichende Frist“ ersetzt werden, um den öffentlichen Auftraggebern mehr Flexibilität zu geben.

Die Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge sollte nicht auf eine bestimmte Anzahl von Tagen (30) festgelegt werden. Vielmehr empfiehlt es sich, die Fristdauer in das Ermessen der ausschreibenden Stelle zu stellen. In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass Teilnahmeanträge bei wesentlich kürzeren Fristen ebenso vollständig und korrekt abgegeben wurden. Hierbei spielt der Einzelfall eine wesentliche Rolle.

#### d) durch Einführung eines einstufigen Vergabeverfahrens

In Art. 30 sollte die Möglichkeit aufgenommen werden, ein einstufiges Vergabeverfahren durchzuführen. Dies würde dem öffentlichen Auftraggeber mehr Flexibilität geben, der so die Elemente des offenen Verfahrens mit denen des Verhandlungsverfahrens kombinieren könnte. Bei einem solchen einstufigen Verfahren sollte der öffentliche Auftraggeber wie im offenen Verfahren sofort Angebote von Bietern einholen und dann über diese Angebote verhandeln können. Dies würde das Verfahren vereinfachen, indem der Verwaltungsaufwand für den Teilnahmewettbewerb entfällt. Geeignet wäre das Verfahren beispielsweise für Vergaben in Bereichen, in denen es nur einen beschränkten Kreis von geeigneten Bietern gibt.

#### e) durch die Möglichkeit zu Nachbesserungen

Zur Vereinfachung des Verfahrens sollte in den Richtlinien eine Vorschrift aufgenommen werden, nach der im formellen Verfahren kleinere Änderungen, Nachbesserungen oder Klarstellungen möglich sind. Eine solche könnte wie folgt lauten:

„Erklärungen und Nachweise, die auf Anforderung der Auftraggeber bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht vorgelegt wurden, können bis zum Ablauf einer zu bestimmenden Nachfrist nachgefordert werden.“

Dem öffentlichen Auftraggeber wäre es so möglich, bei den Unternehmen fehlende Unterlagen nachzufordern. Insbesondere enthält Art. 57 Abs. 2 kein solches echtes Nachforderungsrecht. Er gibt vielmehr nur die Möglichkeit, Eigenerklärungen durch entsprechende Unterlagen zu bestätigen. Ohne eine solche Regelung muss ein Auftraggeber selbst das wirtschaftlich günstigste Angebot von einem geeigneten und bekannten Unternehmen von Amts wegen ausschließen, wenn nur eines der von der zuständigen Vergabestelle zum Nachweis der Eignung geforderte Dokument fehlt oder unvollständig ist. Die vorgeschlagene Regelung gibt solchen rein formalen Ausschlüssen eine Heilungsmöglichkeit. Zudem wird der Wettbewerb erhöht, da mehr potenzielle Bieter in die Auswahl aufgenommen werden können. So müssen wirtschaftliche Angebote beispielsweise nicht mehr wegen einer vergessenen Scientologyerklärung ausgeschlossen werden. Hierdurch ist im Ergebnis auch ein besseres Preis-Leistungs-Verhältnis gegeben. Eine solche Regelung wäre auch im Interesse von kleineren Unternehmen und würde die Wirtschaftlichkeit von Beschaffungsvorgängen verbessern.

#### f) durch klare Formulierungen

In Art. 27 sollte klargestellt werden, dass der günstigste Preis als Zuschlagskriterium ausreichend ist. In der Vorschrift wird stets von „Zuschlagskriterien“ gesprochen. Aus der Pluralverwendung könnte in der Praxis gefolgert werden, dass neben dem Preis immer auch andere Kriterien festzulegen sind. Dies würde eine weitere Verfahrensschwernis bewirken. Zu bedenken ist auch, dass bei anderen Kriterien als dem Preis erhöhte Anforderungen an die Transparenz und Gleichbehandlung zu stellen sind. Das Verfahren wird hierdurch anfälliger für Fehler.

Art. 30 Abs. 2 a, 2. Halbsatz in Verbindung mit Art. 84 führt vor allem durch die Tatsache, dass es nur eine einzige nationale Stelle geben soll sowie die unklar formulierte Berichtspflicht zu unnötiger Bürokratie. Der Passus „und sofern der Kommission oder der gemäß Artikel 84 benannten nationalen Aufsichtsbehörde auf Anforderung ein Bericht vorgelegt wird“ sollte ersatzlos gestrichen werden.

Artikel 30 Abs. 2 c (i) sollte wie folgt ergänzt werden: „nicht vorhandener Wettbewerb aus technischen oder rechtlichen Gründen“. So würden auch Fälle abgedeckt werden, in denen der öffentliche Auftraggeber ein Gebäude an einer ganz bestimmten Stelle benötigt und der Eigentümer nur verkauft, wenn er auch einen Bauauftrag bekommt.

#### **4. Keine Ausschreibungspflicht für Kommunalkredite**

In Art. 10 d wurde der 2. Halbsatz aus der alten Vorschrift 16 d gestrichen. Hierdurch werden Kommunalkredite ausschreibungspflichtig. Wir fordern diesen Halbsatz wieder in die neuen Vorschriften mit aufzunehmen, da ansonsten Kreditaufnahmen der Kommunen je nach Ausgestaltung der Verfahrensabläufe und Formalien (z. B. Vertrag, Amtssprache, Gerichtsstand, Zahlungsabwicklung) deutlich erschwert werden würden. Den Kommunen muss es insbesondere möglich bleiben, auch kurzfristig Kredite bekommen zu können. Durch die Ausnahme wird der Wettbewerb auch nicht beeinträchtigt, da die Kredite in der Praxis mit Hilfe einer formlosen Ausschreibung vergeben werden, für die insbesondere die Fristen nicht gelten.

Art. 10 d sollte deshalb wie folgt lauten:

„Finanzleistungen im Zusammenhang mit der Ausgabe, dem Verkauf, dem Ankauf oder der Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten im Sinne der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, *Geschäfte, die der Geld- oder Kapitalbeschaffung der öffentlichen Auftraggeber dienen*, sowie Dienstleistungen der Zentralbanken und mit der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität durchgeführte Transaktionen.“

Praxisbeispiel: Die Landeshauptstadt München schreibt benötigte Darlehen bei rund 25 Banken und Finanzinstitutionen in einer Art Auktionsverfahren aus. Banken und Finanzinstitute werden dabei gebeten, ihre Konditionen zu einem klar und abschließend definierten Kredit (Volumen, Zins- und Tilgungsstruktur, Laufzeit, etc.) an einem bestimmten Tag und zu einer bestimmten Uhrzeit einzureichen. Der Zuschlag erfolgt innerhalb einer Haltedauer von einer Stunde an den wirtschaftlichsten Bieter.

Eine Herausnahme der kommunalen Kredite aus dem EU-Vergaberecht wurde bereits im Rahmen der letzten Novelle der Vergaberichtlinie diskutiert. Jetzt kann festgestellt werden, dass sich in der kommunalen Praxis trotz der Ausnahme ein den Märkten entsprechendes Vergabeverfahren entwickelt hat. Für die dabei zum Zuge kommenden Verfahren sind die für Geld- und Kapitalmarktgeschäfte erforderlichen kurzen Fristen unverzichtbar; insbesondere bei sog. Kassenkrediten zur kurzfristigen Liquiditätsverstärkung. Angesichts der laufenden Änderungen am Kapitalmarkt können Anbieter Kreditkonditionen nur für einen sehr kurzen Zeitraum garantieren. Europaweite Ausschreibungen mit entsprechenden Fristen würden bedingen, dass Kreditbedarfe ausgeschrieben werden, lange bevor die Liquidität tatsächlich benötigt wird. Wenn die kommunalen Einnahmen sich innerhalb dieser Frist erhöhen, besteht kein Bedarf mehr für den Kredit. Eine Ausschreibung müsste dann aufgehoben werden, was wiederum nicht zulässig wäre. In Folge müssten Zinsen für einen Kredit gezahlt werden, den man nicht oder noch nicht benötigt. Des Weiteren würden durch dieses Vergabeverfahren Reaktionsmöglichkeiten seitens der Kommune entfallen (Rücknahme der Ausschreibung), die auf Grund unvorhergesehener Ereignisse innerhalb der Fristen auftreten können (z. B. Lehman-Pleite vom 15.09.2008, große Naturkatastrophen etc.).

Die Begründung der EU-Kommission („Vermeidung, dass in Zeiten der Krise leichtfertig kommunale Kredite aufgenommen werden“) ist nicht nachvollziehbar. Aufgabe des EU-Vergaberechts ist es gerade nicht, Beschränkungen hinsichtlich Kreditaufnahmen der Kommunen zu schaffen. Das kommunale Haushaltsrecht in Deutschland enthält klare Vorgaben zur Zulässigkeit von Kreditaufnahmen. Diese sind nur im Rahmen der Haushaltssatzung und der Kreditermächtigung durch die Aufsichtsbehörden möglich. Es besteht ein allgemeines Verbot, Kredite aufzunehmen, wenn andere Finanzierungsquellen zur Verfügung stehen.

## **5. Klare und einfache Regelung für die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit**

Legislative Regelungen im Bereich der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit sind nicht sinnvoll. Diese Form der Zusammenarbeit sollte nicht dem Vergaberecht unterliegen, da es nur eine Organisationsform innerhalb einer öffentlichen Verwaltung ist. Auch der EuGH betrachtet die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit zu Recht nicht als öffentliche Auftragsvergabe.

## **6. Klarstellungen im Rahmen der vorherige Marktkonsultationen**

Art. 39 Abs. 1 UAbs. 1 sollte klarer gefasst werden. So regen wir zum einen an, das Wort „Lancierung“ durch „Einleitung“ zu ersetzen, um klarzustellen, dass der verfahrensrechtliche Beginn eines Vergabeverfahrens die zeitliche Grenze darstellt. Ansonsten könnte damit z. B. auch eine Binnenentscheidung innerhalb der Körperschaft, die den „Anstoß“ für ein Beschaffungsvorhaben gibt, gemeint sein. Zum anderen sollte „Marktkonsultationen“ durch „Markterkundungen“ ersetzt werden, da durch das Wort „Konsultation“ Markterkundungen auf solche mit „Dialogcharakter“ eingeengt sein könnte. Es sollten aber z. B. auch schlichte Abfragen dahingehend möglich sein, ob eine bestimmte Leistung am Markt überhaupt angeboten wird, ohne dass es sogleich zu einer „Beratung“ („Konsultation“) mit dem/den Marktteilnehmer(n) kommt. Schließlich würde durch eine Wahlmöglichkeit zwischen der Marktbewertung und der Unterrichtung der Wirtschaftsteilnehmer die Zielrichtung einer Markterkundung weniger eingeengt werden. Durch die Änderung des „und“ in „oder“ wird noch deutlicher herausgestellt, dass der öffentlichen Hand nach einer Markterkundung auch die Entscheidung eröffnet sein soll, z. B. nach einem selbst durchgeführten Wirtschaftlichkeitsvergleich Leistungen nicht am Markt zu beschaffen, sondern diese z. B. selbst zu erbringen.

Art. 39 Abs. 1 UAbs. 1 würde somit wie folgt lauten:

„Vor der *Einleitung* eines Vergabeverfahrens können die öffentlichen Auftraggeber *Markterkundungen* durchführen, um die Struktur, die Möglichkeiten und die Fähigkeit des Marktes zu bewerten *oder* die Wirtschaftsteilnehmer über ihre Auftragsvergabepläne und -anforderungen zu unterrichten.“

Art. 39 Abs. 1 UAbs. 2 zweite Halbsatz sollte ersatzlos gestrichen werden, da er zu Anwendungsproblemen in der Praxis führt. Die Kriterien für eine Wettbewerbsschädlichkeit eines Rates sind kaum fassbar. Ferner ist nicht klar, welcher Beurteilungszeitpunkt (ex-ante oder ex-post-Perspektive) für den öffentlichen Auftraggeber ausschlaggebend ist. Zudem ist die Regelung unnötig, da die Projektdatenproblematik an anderer Stelle geregelt ist. Außerdem unterliegt die öffentliche Hand ohnehin dem allgemeinen Gebot der Nichtdiskriminierung und Transparenz.

## **7. Keine übertriebene Begründungspflicht für die Nichtaufteilung in Lose**

Wir regen an in Art. 44 Abs. 1 das Wort „ausführlich“ zu streichen, da sich in der Praxis die Erläuterung oft von selbst ergibt.

Praxisbeispiel: Bei der Vergabe eines Auftrags für den Bau einer Konzerthalle muss es für die Erläuterung, dass es nicht sinnvoll ist eine Unterteilung in Lose vorzunehmen, ausreichend sein, in der Auftragsbekanntmachung „aus technischen Gründen“ zu vermerken. Aus der Natur der Sache ergibt sich in so einem Fall, dass es nicht sinnvoll ist, den Bau aufzuteilen, da die Akustik der Konzerthalle nur in der Verantwortung eines Auftragnehmers liegen kann. Ebenso ist an Fälle zu denken, in denen auf eine Bauleistung eine unter Umständen langjährige Betriebsleistung folgt, etwa bei Infrastrukturprojekten. Bau und Betrieb hängen oft miteinander zusammen. Dies gilt insbesondere dann, wenn im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung innovative Bau- und Betriebskonzepte abgefragt werden. Von dem späteren Betriebskonzept hängt oft bereits die bauliche Gestaltung ab. Auch wird ein Marktteilnehmer, der eine Einrichtung nicht nur baut, sondern danach auch betreibt, im eigenen Interesse hochwertiger oder nachhaltiger bauen, um spätere (z. B. verbrauchsabhängige) Betriebskosten oder Instandhaltungskosten niedrig zu halten. So besteht für einen Unternehmer, dem der Bau und Betrieb von öffentlichen Toiletten übertragen wird ein größeres Interesse umweltfreundlich zu bauen, da er beim Betrieb hiervon profitiert.

Außerdem sollte die Vergabe von Unteraufträgen nur zu einem bestimmten Prozentsatz möglich bzw. ein Selbstauftragsgebot zu einem gewissen Prozentsatz vorgeschrieben sein. Die Motivation der Unternehmen zu einer guten Vertragserfüllung ist größer, wenn das direkt beauftragte Unternehmen den Vertrag zumindest zu einem Teil selbst erfüllt. Der Vertrag sollte soweit wie mög-

lich von dem Unternehmen erfüllt werden, das den Zuschlag erhalten hat. Die Praxiserfahrung zeigt, dass die an erster Stelle beauftragten Unternehmen am motiviertesten bei der Vertragserfüllung sind. Eine Pflicht, einen Anteil des Hauptvertrags an Dritte zu vergeben, sollte es deswegen auf keinen Fall geben.

### **8. Bereitstellung einer geeigneten Vergabeplattform für elektronische Vorgänge**

Mit der Einführung einer Frist in Art. 19 Abs. 7 sollte sichergestellt werden, dass die EU den öffentlichen Auftraggebern ein einheitliches, funktionsfähiges e-Procurement-System zur Verfügung stellt. Eine entsprechende Vergabeplattform sollte von der EU gehostet werden und sich an die Organisationsformen der Auftraggeber anpassen lassen. Ein einheitlicher EU-Standard mit einheitlichem e-Procurement-System könnte dazu beitragen, dass sich die immer noch geringe grenzüberschreitende Beteiligung an Vergabeverfahren erhöht.

In Art. 52 Abs. 2 sollte klargestellt werden, dass es ausreichend ist, solche Informationen nur im Internet einzustellen. Insbesondere sollte eine Information der einzelnen Bieter nicht vorgeschrieben werden. Die Bieter müssen hier selbst verantwortlich sein.

### **9. Mehr Flexibilität bei den Zuschlagskriterien**

Art. 66 Abs. 3 und 4 S. 1 und 2 sollte ersatzlos gestrichen werden. Ziel der Modernisierung ist es, den öffentlichen Auftraggebern ein Höchstmaß an Flexibilität zu geben. Diese Flexibilität wird eingeschränkt, wenn die Mitgliedstaaten vorschreiben können, dass die Vergabe bestimmter Auftragsarten auf das wirtschaftlich günstigste Angebot und nicht auf die günstigsten Kosten zu stützen sind. Durch diese Vorschrift können nur pauschale Lösungen getroffen werden. Es ist nicht ersichtlich wie sie zu mehr Wettbewerb oder einem besseren Preis-Leistungs-Verhältnis führen soll.

Art. 66 Abs. 4 S. 1 und 2 sind missverständlich bzw. haben keine zusätzliche Aussagekraft. Sie sind daher zur Vereinfachung und Erhöhung der Rechtssicherheit zu streichen. Es ist nicht ersichtlich, was die Kommission durch die beiden Sätze regeln möchte, da ihr Inhalt bereits durch das allgemeine Umgebungsgebot und den Grundsatz der Transparenz abgedeckt ist.

Wir begrüßen, dass es im Rahmen der Zuschlagskriterien nach den neuen Vorschriften für den öffentlichen Auftraggeber möglich ist, in der Zuschlagsphase Kriterien zu berücksichtigen, die die Eignung des Bieters betreffen. Richtigerweise besteht hierzu nur die Möglichkeit und keine Pflicht, da es auf den einzelnen zu vergebenden Vertrag ankommt, ob eine solche Berücksichtigung sinnvoll ist. So ist z. B. die Berücksichtigung der Erfahrung eines Unternehmens bei einem Beratungsgeschäft sinnvoll.

### **10. Weiter Ermessensspielraum zur Beurteilung von ungewöhnlich niedrige Angeboten**

Wir regen an, in Art. 69 Abs. 1 und 2 den Wortlaut des aktuell geltenden Artikel 55 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie 2004/18/EG beizubehalten. Art. 69 Abs. 1 sollte also wie folgt lauten:

„Erwecken im Fall eines bestimmten Auftrags Angebote den Eindruck, im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig zu sein, so muss der öffentliche Auftraggeber vor Ablehnung dieser Angebote schriftlich Aufklärung über die Einzelposten des Angebots verlangen, wo er dies für angezeigt hält.“

Diese Regelung hat sich in der Praxis bewährt. Es ist nicht erforderlich, den Auftraggebern feste Grenzen vorzuschreiben, ab denen eine Preisaufklärung vorzunehmen ist. In Deutschland hat es sich durchgesetzt, Aufklärung bei einem Preisabstand von 10 % (bei Bauleistungen) bzw. 20 % (bei Liefer-/Dienstleistungen) zum nächstplatzierten Angebot bzw. zu den Schätzkosten zu verlangen. Eine Festlegung der vorgeschlagenen 50 %- bzw. 20 %-Grenzen birgt die Gefahr, dass Preisaufklärungen nur noch bei Überschreitung dieser Grenzen vorgenommen werden, obwohl bereits bei geringeren Abweichungen eine Preisaufklärung geboten ist. Die vorgeschlagene Regelung ist unnötig kompliziert und stellt damit das Gegenteil einer Vereinfachung des Vergaberechts dar. Den öffentlichen Auftraggebern sollte auch hier ein weiter Ermessensspielraum gewährt werden.

## **11. Risiko von Preisschwankungen liegt beim Unternehmen**

Art. 70 S. 3 ist ersatzlos zu streichen. Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass Unternehmen das Risiko einer Preiserhöhung tragen. Durch Art. 70 S. 3 entsteht der Eindruck, dass sie dieses Risiko nur tragen müssen, wenn dies vom öffentlichen Auftraggeber in den besonderen Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags festgelegt wurde. Dies hat zur Folge, dass in jeder Ausschreibung ein Vermerk mit aufzunehmen wäre.

## **12. Auftragsänderungen während der Laufzeit**

Art. 72 Absatz 3 sollte ergänzt werden, da sich bei länger laufenden Aufträgen für den öffentlichen Auftraggeber das Bedürfnis ergeben kann, den laufenden Auftrag mit Einverständnis aller Beteiligten z. B. auf eine andere Körperschaft oder Tochtergesellschaft als neue(r) Auftraggeber zu übertragen. Wir schlagen deshalb folgende Ergänzung vor:

„Unterabsatz 1 gilt ferner nicht bei einem Wechsel des öffentlichen Auftraggebers unter Fortbestand des Auftrages.“

Ferner sollte in Art. 72 Abs. 7 a wie folgt klargestellt werden, dass z. B. die Auftragsentziehung nach § 8 Abs. 3 VOB/B weiterhin zulässig ist:

„Unberührt bleibt das Recht des Auftraggebers, sich von dem Auftrag wegen Schlechterfüllung durch den Auftragnehmer oder sonst aus wichtigem Grund durch Kündigung oder auf andere Weise zu lösen, soweit dies das nationale Vertragsrecht zulässt oder vorsieht.“

## **13. Rechtsfolgen bei Kündigungen**

Art. 73 sollte dahin gehend abgeändert werden, dass Ersatzansprüche des Auftragnehmers als Folge einer dort beschriebenen Kündigung ausgeschlossen sind. Es ist nicht gerechtfertigt, dass der öffentliche Auftraggeber das Ausfallrisiko alleine trägt. Hilfsweise kann die Ausgestaltung den nationalen Gesetzgebern überlassen bleiben.

## **14. Keine übergeordnete Aufsichtsbehörde**

Wir begrüßen eine Beratungsstelle für das Vergaberecht. Diese darf aber keine Aufsichtsfunktion haben. Alles andere würde die Unabhängigkeit des Rechtsschutzsystems beeinträchtigen. Eine Beratungsstelle könnte z. B. mit detaillierten Rechtsprechungsübersichten und Leitfäden ausgestattet sein. Art. 83 – 88 ist damit umzugestalten.

## **15. Weitere Klarstellungen**

Im Rahmen der allgemeinen Vorschriften sollte in Art. 18 klargestellt werden, dass diese Vorschrift dann nicht gilt, wenn der öffentliche Auftraggeber aufgrund abweichender anderer Vorschriften diese Informationen weitergeben darf oder muss, z. B. in einem Nachprüfungsverfahren, gegenüber der Rechtsaufsichtsbehörde oder einem ordentlichen Gerichtsverfahren.

Art. 19 Abs. 4 schlagen wir vor, zu streichen.

Grundsätzlich ist Art. 62 zu begrüßen. Allerdings sollte in Art. 62 Abs. 2 das Wort „kritische“ gestrichen werden. Der Wortlaut „bestimmte Aufgaben“ ist für einen Ermessensspielraum ausreichend.

### **Kontaktperson:**

Natalie Häusler

Tel.: 0049 89 233 26989

E-Mail: natalie.haeusler@muenchen.de