

Deutscher Bundestag
18. Wahlperiode
Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Ausschussdrucksache 18(9)586
4. November 2015

Kapellmann | Am Sandtorkai 50 | D-20457 Hamburg

Vorab per E-Mail: wirtschaftsausschuss@bundestag.de

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Wirtschaft und Energie
Sekretariat PA 9
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Hamburg, 04.11.2015

**Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung
„Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts“**

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages hat mich gebeten, zu dem von der Bundesregierung vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG) Stellung zu nehmen. Dem komme ich gerne wie folgt nach:

- Die Umsetzung der Richtlinien ist grundsätzlich gelungen.
- Optimierungsbedarf besteht vor allem im Detail.
- Das Ziel einer Vereinfachung des Vergaberechts dürfte mit der beabsichtigten Regelungsdichte allerdings nicht erreicht werden.
- Angesichts der Regelungsdichte der Richtlinien sollten bei der Umsetzung Regelungen vermieden werden, die noch über die Vorgabe hinausgehen; insbesondere im Zusammenhang mit „vergabefremden“ Kriterien.

Kapellmann
Rechtsanwälte

Berlin
Brüssel
Düsseldorf
Frankfurt/Main
Hamburg
Mönchengladbach
München

Dr. Mathias Finke

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
mathias.finke@kapellmann.de
Durchwahl +49 40 300916051
Telefax: +49 40 300916061
Sekretariat: Miriam Bürkle
fima/mimi Dokument1

Büro Hamburg

Am Sandtorkai 50
D-20457 Hamburg
Telefon: +49 40 3009160-0

www.kapellmann.de

Zertifiziert nach
DIN EN ISO 9001:2008

Deutsche Bank

BLZ 300 700 10
Konto 311338805
BIC / SWIFT DEUTDEDDXXX
IBAN DE12 3007 0010 0311 3388 05

Hamburger Sparkasse

BLZ 200 505 50
Konto 1001229606
BIC / SWIFT HASPDEHHXXX
IBAN DE95 2005 0550 1001 2296 06

Kapellmann und Partner

Rechtsanwälte mbB
Rechtsform: Partnerschaft mbB
Sitz: Mönchengladbach
Registrierung: AG Essen, PR 18
UID: DE120485916

Im Einzelnen:

Zu § 97 Abs. 3 GWB-E¹

Sinnvoll erscheint eine Klarstellung, dass ein Bezug zum Auftragsgegenstand bestehen muss (so richtigerweise §§ 122 Abs. 4, 127 Abs. 3 S. 1, 128 Abs. 2 GWB-E). Zwingend erforderlich ist dies nicht, weil § 97 Abs. 2 GWB-E die Einschränkung „nach Maßgabe dieses Teils“ enthält, der als Verweis auf genannten Normen zu lesen ist.

Zu § 97 Abs. 4 S. 1 GWB-E

Die Novelle bietet Anlass, die Qualifikation „vornehmlich“ in S. 1 zu streichen.

Sprachlich knüpft diese Formulierung an die Altfassung vor der Novelle 2009 an, wonach mittelständische Interessen „vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose“ gefördert werden sollten. Das Adverb „vornehmlich“ hatte hierin einen semantisch klaren Bezug. In der Fassung der Novelle 2009 ist dieser Bezug weggefallen, der dadurch unklar gewordene Begriff aber beibehalten worden.

Da die wörtliche Bedeutung von „vornehmlich“ zwingend eine Privilegierung der Bezugsgröße zulasten anderer Interessen zur Folge hat, stellt sich in der Fassung der Novelle 2009 die Frage, gegenüber welchen anderen Rechtsgütern die mittelständischen Interessen privilegiert sind. Nach dem Wortlaut hat diese Formulierung eine Privilegierung der mittelständischen Interessen gegenüber den übrigen in § 97 GWB genannten Grundsätzen zur Folge. Der Mittelstandsschutz stünde dann über den Prinzipien des Wettbewerbs, der Transparenz, der Wirtschaftlichkeit, der Verhältnismäßigkeit und der Nichtdiskriminierung. Dieses Ergebnis ist offenkundig unionsrechtswidrig, so dass die Vorschrift unionsrechtskonform so auszulegen ist, dass der Mittelstandsschutz (nur) gleichrangig neben den übrigen Grundsätzen steht.

Ehricke, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 2011, § 97 GWB Rn. 81; Dreher, in: Dreher/Motzke,

¹ Die mit „E“-gekennzeichneten Paragraphenbezeichnungen beziehen sich auf den Gesetzentwurf der Bundesregierung.

*Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, § 97 Abs. 5 GWB
Rn. 23 f.; Kus, in: Kulartz u. a. (Hrsg.), GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 79*

Die Streichung des Wortes „vornehmlich“ würde klarstellen, dass die Förderung mittelständischer Interessen – unionsrechtskonform – gleichrangig neben den anderen Schutzgütern des § 97 GWB-E und daher lediglich über den Interessen der hier nicht genannten größeren Unternehmen und Konzerne steht.

Zu § 97 Abs. 4 S. 2 GWB-E

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 97 Abs. 4 S. 2 GWB-E beschränken die Beschaffungsautonomie des Auftraggebers übermäßig, indem von einer Losvergabe nur abgesehen werden darf, wenn technische und wirtschaftliche Gründe dies „erfordern“.

Dem Wortlaut nach „erfordern“ technische und wirtschaftliche Gründe eine Gesamtlosbildung in den wenigsten Fällen. Im Einzelfall werden allerdings technische und wirtschaftliche Gründe eine Gesamtlosbildung nahelegen oder diese nach Abwägen aller Umstände als die wirtschaftlichste Beschaffungsweise erscheinen lassen. Die Judikatur der Nachprüfungsinstanzen hat sich deshalb stark vom Wortlaut entfernt und betont, dass den Auftraggebern eine Einschätzungsprärogative zu gewähren und die Entscheidung nur auf Ermessensfehler zu überprüfen ist.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012 – VII-Verg 52/11 (juris Rn. 14); OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 25. Januar 2013 – 1 Verg 8/12 (juris Rn. 44); OLG Naumburg, Beschluss vom 14. März 2013 – 2 Verg 8/12 (juris Rn. 58 ff.); VK Bund, Beschluss vom 4. November 2009 – Az. VK 3-190/09 (juris Rn. 113)

Im Ergebnis ist daher ausreichend, dass der Auftraggeber eine Abwägung vornimmt und danach überwiegende Gründe für eine Gesamtlosvergabe streiten. Diese unionsrechtskonforme Judikatur sollte sich auch im Gesetzeswortlaut widerspiegeln, bisher tut sie das nicht.

In der Praxis kommt es aufgrund des strengen Wortlauts der Norm vielmehr regelmäßig zu Widerstand gegen Entscheidung öffentlicher Auftraggeber Gesamtlosvergaben durchzuführen. Insbesondere kostenintensive Hochbauprojekte führen öffentliche Auftraggeber häufig an die Grenze ihrer Koordinations- und Überwachungskapazitäten. Realisieren sich die an-

gelegten Schnittstellenrisiken, sind die Folge erhebliche Bauzeitverlängerungen und – damit einhergehend – berechnete und hohe Nachträge der beteiligten Unternehmen. Ergebnis kann eine insgesamt unwirtschaftliche Beschaffung sein. Entscheidet sich ein Auftraggeber aus diesen Gründen bei einem Projekt außerhalb seines Standardbeschaffungsbedarfs für eine Gesamtlosvergabe, sieht er sich in der Praxis dem Einwand ausgesetzt, solche Risiken seien typische Folge von Fachlosvergaben im Hochbau und damit immer hinzunehmen. Er begegnet der aufgrund des Gesetzeswortlauts verständlichen apodiktischen Haltung, dass Schnittstellenrisiken, budgetäre Überlegungen, terminliche Erfordernisse, mangelnde Erfahrungen mit Großprojekten etc. bei der Rechtfertigung generell nicht zu berücksichtigen seien. Viele Akteure in der öffentlichen Bauverwaltung sind aufgrund solcher Erfahrungen der Überzeugung, dass Totalunternehmervergaben nach dem geltenden Recht in der Praxis ausgeschlossen seien. Der öffentliche Hochbau, geprägt vom strikten Festhalten an der zersplitterten Losvergabe, und der private Hochbau, geprägt von der General- und Totalunternehmervergabe, entfernen sich kontinuierlich voneinander. Der Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Beschaffung läuft diese Tendenz zuwider.

Der Rechtsprechung der Nachprüfungsinstanzen und den Erfordernissen der öffentlichen Auftraggeber würde eine Formulierung besser entsprechen, die den Abwägungsgedanken aufnimmt. Sie könnte wie folgt lauten:

„Bei überwiegenden wirtschaftlichen oder technischen Gründen dürfen Teil- oder Fachlose in zu begründenden Einzelfällen zusammen vergeben werden.“

Rechtsprechung und Gesetzeswortlaut würden so zusammengeführt. Letzterer ist für kommunale Auftraggeber eine wichtige Hilfestellung bei der Durchführung von Beschaffungsvorgaben. Es griffe daher zu kurz, auf die vonseiten der Rechtsprechung erfolgte Klärung zu verweisen und es mit diesem Argument beim bestehenden – die Vorgaben der Richtlinien übersteigenden – Text zu belassen.

Zu § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB-E

Sprachlich bleibt unklar, ob sich der letzte Satzteil „die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln“ nur auf die „Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität“ oder auch auf die zuvor genannten „nicht beherrschenden Formen der privaten Kapitalbeteiligung“ bezieht. Nach Sinn und Zweck ist letzteres richtig. Sprachlich würde dies ver-

deutlich, indem nach „Sperrminorität, die“ ein „jeweils“ eingefügt wird.

Zu § 108 Abs. 4 bis 7 GWB-E

Im Hinblick auf die detaillierten Regelungen in § 108 Abs. 1 bis 3 GWB-E sollte in § 108 Abs. 4 bis 6 GWB stärker von der Verweisteknik Gebrauch gemacht werden. § 108 Abs. 4 bis 6 GWB-E könnten ohne inhaltliche Änderung wie folgt als Abs. 4 und 5 gestrafft werden:

„(4) Absätze 1 bis 3 gelten entsprechend, wenn der öffentliche Auftraggeber abweichend von Absatz 1 Nr. 1 gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen. Eine gemeinsame Kontrolle im Sinne von Satz 1 besteht, wenn

- 1. sich die beschlussfassenden Organe der juristischen Person aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammensetzen; ein einzelner Vertreter kann mehrere oder alle teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber vertreten,*
- 2. die öffentlichen Auftraggeber gemeinsam einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausüben können und*
- 3. die juristische Person keine Interessen verfolgt, die den Interessen der öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen.*

(5) Absätze 1 bis 3 geltend ebenfalls entsprechend, wenn der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet, um sicherzustellen, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen gemeinsamen Zielen dienen, die Durchführung der Zusammenarbeit ausschließlich durch das öffentliche Interesse bestimmt wird und die öffentlichen Auftraggeber auf dem Markt weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit erfasst sind.“

Absatz 7 müsste gegebenenfalls im Hinblick auf die Verweise angepasst werden.

Zu § 108 Abs. 6 GWB-E im Besonderen

Nach § 108 Abs. 6 GWB-E sind Kooperationen öffentlicher Auftraggeber insbesondere nur dann vom Vergaberecht ausgenommen, wenn eine „Zusammenarbeit“ vorliegt (Nr. 1). Nach der Begründung soll es nicht erforderlich sein, dass alle Kooperationspartner wesentliche vertragliche Pflichten übernehmen. Ein „Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung“ soll ausreichen. Dies ist – bei zutreffender Auslegung und Anwendung – mit Erwägungsgrund 33 und Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU vereinbar.

Mit den unionsrechtlichen Vorgaben unvereinbar wäre aber wohl ein Verständnis, wonach es ausreicht, dass verschiedene inhaltlich unverbundene Tätigkeiten lediglich aufgeteilt werden (z. B. Kommune A entsorgt Abfall, Kommune B betreibt das Vergabeportal). Jedenfalls vergaberechtspflichtig sind Vereinbarungen, wonach eine Kommune die Dienstleistung erbringt und eine andere hierfür einen entgeltlichen Beitrag leistet. Solche Modelle stellen ersichtlich keine „Zusammenarbeit“, sondern eine Aufgabenteilung dar. Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU fordert zwar nicht, dass die jeweils übernommenen Aufgaben identisch sein müssen, es reiche aus, wenn sie sich „ergänzen“. Damit ist aber immer ein inhaltlicher Zusammenhang der jeweils übernommenen Dienstleistungen im Hinblick auf die konkrete öffentliche Aufgabe und deren „gemeinsame Ausführung“ (ebd.) vorausgesetzt.

Der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Koblenz hat – bereits im Hinblick auf den neuen Richtlinienentwurf – ausgeführt (Beschluss vom 3. Dezember 2014 – Verg 8/14):

„Zusammenarbeit (im englischen Richtlinienentwurf: „cooperation“, im französischen: „coopération“) ist schon begrifflich mehr als bloße Leistung gegen Bezahlung (siehe auch Dreher in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2 GWB/Teil 2, 5. Aufl. 2014, § 99 Rn. 147: „gegenseitige Kooperationspflichten“) und meint ein bewusstes Zusammenwirken bei der Verrichtung einer Tätigkeit zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels. Dass diese Sichtweise auch dem Unionsrecht zugrunde liegt, kann man in Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU nachlesen. [...] Die Rede ist von einer Zusammenarbeit, die auf „auf einem kooperativen Konzept“ beruht und bei der jeder Beteiligte „einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung“ leistet. Angesichts dieser eindeutigen Aussagen verbietet es sich, aus dem Umstand, dass in Erwägungsgrund 33 Abs. 3 Satz 2 von

einer „Durchführung der Zusammenarbeit einschließlich etwaiger Finanztransfers zwischen den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern“ die Rede ist, zu schließen, für eine (auch nach nationalem Recht) vergaberechtsfreie Kooperation reiche es aus, wenn sich der Beitrag eines Vertragspartners auf die bloße Zahlung beschränkt.“

Diese überzeugenden Überlegungen dürften sich durchsetzen und daher auch unter Geltung des § 108 Abs. 6 GWB-E zu beachten sein. Die aktuelle Begründung erscheint in diesem Lichte zu wenig aussagekräftig und sollte den Charakter der erforderlichen Zusammenarbeit stärker betonen.

Zu § 127 Abs. 1 GWB-E

Der Wortlaut des § 127 Abs. 1 GWB-E ist widersprüchlich. Nach S. 3 bestimmt sich das wirtschaftlichste Angebot nach dem „besten Preis-Leistungs-Verhältnis“. Danach wären reine Preiswettbewerbe unzulässig. Nach S. 4 „können neben dem Preis [...] auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Kriterien berücksichtigt werden.“ Danach blieben reine Preiswettbewerbe zulässig – so sieht es auch die Begründung vor. Im Normtext findet sich dieser Wunsch aber nur unvollkommen wiedergegeben.

Unabhängig von dieser jedenfalls erforderlichen redaktionellen Klärung wäre es wünschenswert, die Bildung von anderen als nur Preiskriterien als Regelfall der Beschaffung zu bestimmen. Die Ausgestaltung eines Wettbewerbs als reiner Preiswettbewerb hat zwangsläufig zur Folge, dass die Leistung hinsichtlich der Qualitäten und damit hinsichtlich technischer Eigenschaften genau bestimmt und so der Wettbewerb verengt wird. Mit folgender Formulierung kann § 127 Abs. 1 S. 3 und 4 GWB-E in diesem Sinne zusammengezogen und modifiziert werden:

„Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich neben dem Preis bzw. Kosten in der Regel auch nach qualitativen Kriterien. Auch umweltbezogene oder soziale Kriterien können berücksichtigt werden.“

Die Wahl eines reinen Preiswettbewerbs bliebe danach möglich, wäre aber von dem öffentlichen Auftraggeber mit sachlichen Gründen im Vergabevermerk zu rechtfertigen.

Eine zwingende Vorgabe, andere als Preiskriterien einzusetzen, wie der Änderungsantrag u.a. der Fraktion DIE LINKE, es vorsieht, empfiehlt sich nicht. Im Bereich der Standardbeschaffungen gibt es Vorhaben, in denen ein auf Mindestanforderungen basierender Preiswettbewerb angemessen ist. Hier sollte eine marktunübliche Überfrachtung der Beschaffung mit zwingenden preisfremden Kriterien unterbleiben. Die notwendige Qualitätssicherung kann in diesen Fällen ausreichend über die Vorgaben der Leistungsbeschreibung gesteuert werden.

Zu § 128 GWB-E

Die Fraktion DIE LINKE schlägt überdies vor, zusätzliche Anforderungen im Hinblick auf die Kontrolle sozial- und arbeitsrechtlicher Verpflichtungen aufzunehmen. Damit würden jedoch im Oberschwellenbereich die bereits bestehenden Bestimmungen der Tariftreue- und Vergabegesetze der Länder überlagert. Eine solche Überlagerung erscheint nicht sinnvoll. Ein verschuldensunabhängiger Vertragsstrafenmechanismus auch bei Verfehlungen von Nachunternehmern ist ebenfalls nicht sachgerecht.

Zu § 127 Abs. 4 GWB-E

In § 127 Abs. 4 GWB sollte nach S. 1 folgender S. 2 ergänzt werden:

„Nebenangebote sind in der Regel zuzulassen.“

Nach einer jüngeren Entscheidung des Bundesgerichtshofs sind Nebenangebote im reinen Preiswettbewerb grundsätzlich nicht zugelassen.

BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014 – X ZB 15/13 = ZfBR 2014, 278 (280)

Ob Mindestanforderungen im Einzelfall so ausgestaltet werden können, dass diese die Vergleichbarkeit der Leistungen auch im reinen Preiswettbewerb sicherstellen und Abminderungsangebote wirksam verhindern können, hat der Bundesgerichtshof offen gelassen (ebd.).

In der Praxis hat dieses Urteil für Standardbeschaffungsvorhaben – solche Vorgaben werden zumeist als reiner Preiswettbewerb auf der Basis von Mindestanforderungen ausgestaltet – dazu geführt, dass Nebenangebote nicht mehr zugelassen werden. Dies läuft aber oftmals

dem Interesse an einer wirtschaftlichen Beschaffung zuwider, weil die Beschreibung der Leistung durch den Auftraggeber nicht mit voller Kenntnis der auf dem Markt verfügbaren technischen Lösungen erfolgt. Der Wettbewerb wird dann ohne Not auf eine suboptimale Lösung verengt.

Das Nebenangebot ist für die Beschaffungspraxis deshalb das wichtigste Instrument, um optimale Angebote zu erhalten. Es erlaubt dem Markt, dem öffentlichen Auftraggeber diejenige Leistung anzubieten, die dieser tatsächlich benötigt, aber nicht beschrieben hat. Dies hat auch der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung ausdrücklich betont. Es bedarf deshalb eines Anreizes im neuen GWB, um die vom Bundesgerichtshof eingeschlagene Richtung in sinnvoller Weise gesetzgeberisch zu steuern.

Zu § 132 Abs. 2 Nr. 2 GWB-E

Die Abgrenzung zwischen den Tatbestandsvoraussetzungen in lit. a) einerseits und lit. b) andererseits bleibt unklar. Die „erheblichen Schwierigkeiten“ bilden eher einen Oberbegriff für die übrigen Merkmale. Die „beträchtlichen Zusatzkosten“ bilden eher ein Anwendungsbeispiel für „wirtschaftliche Gründe“. Im Verhältnis zu § 97 Abs. 4 S. 3 GWB-E könnte die Gestaltung des § 132 Abs. 2 Nr. 2 GWB das – offenbar ungewollte – systematische Argument provozieren, dass das Tatbestandsmerkmal der „wirtschaftlichen und technischen Gründe“ besonders eng zu fassen sei, weil § 132 Abs. 2 Nr. 2 GWB-E zeige, dass „erhebliche Schwierigkeiten“ und „beträchtliche Zusatzkosten“ jedenfalls keine Anwendungsfälle solcher Gründe seien. Überdies dürften die Tatbestandsmerkmale die Grenze zur Unmöglichkeit erreichen, so dass in praxi kaum ein Anwendungsbereich verbleibt.

Lit. a) sollte daher gestrichen werden. Lit. b) erfasst alle relevanten Fallgruppen, die „erheblichen Schwierigkeiten“ bilden einen tauglichen Auffangtatbestand.

Zu § 133 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 GWB-E

§ 133 Abs. 2 S. 1 GWB-E erkennt, dass im Werkvertragsrecht der Interessenausgleich zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer im Kündigungsfall auch durch § 649 BGB geprägt ist, der dem Auftragnehmer für seine Leistung auch für die nicht erbrachte Leistungen eine Vergütung gewährt, die lediglich um ersparte und vorwerfbar nicht ersparte Aufwendungen zu mindern ist. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B enthält eine entsprechende Regelung. § 649 BGB stellt keinen Schadensersatzanspruch, sondern einen vergütungsähnlichen Entschädigungs-

anspruch dar, so dass auch § 133 Abs. 3 GWB-E nicht eingreift. Abs. 3 sollte daher wie folgt gefasst werden:

„Die Berechtigung, Schadensersatz oder Entschädigung zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.“

Zu § 149 Nr. 9 GWB-E

§ 149 Nr. 9 GWB-E setzt Art. 12 der Richtlinie 14/23/EU zutreffend um. Es bleibt daher für den Bereich der Wasserver- und Entsorgung bei der bisherigen Rechtslage, nach der Dienstleistungskonzessionen nicht dem sekundären europäischen und dem deutschen Kartellvergaberecht unterfallen.

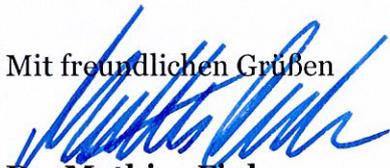
Auch bisher war es indes so, dass das Unionsprimärrecht die Bekanntmachung und diskriminierungsfreie Vergabe solcher Konzessionen verlangt. Dies bleibt auch nach der neuen Rechtslage unverändert. Dies stellt die Begründung zum Entwurf zu Recht klar.

Freilich reichen die Pflichten aus dem Unionsprimärrecht nicht weiter als jene aus den Richtlinien selbst. Bei Konzessionsvergaben an 100prozentige städtische Töchter kann daher in der Praxis – jedenfalls über eine gesellschaftsrechtliche Aufspaltung der Geschäftsfelder Strom, Gas, Wärme, Wasser und unter Berücksichtigung der Fremdleistungsquote – weiterhin eine Direktvergabe erfolgen.

Bestehen allerdings Fremdbeteiligungen oder erreicht die Fremdleistungsquote trotz Aufspaltung der Geschäftsfelder sektorbezogen 20 Prozent, bleibt es bei den Pflichten aus dem Unionsprimärrecht, wonach eine Vergabe im Wettbewerb erfolgen muss. Über die Gestaltung der Eignungs- und Zuschlagskriterien kann/können die betreffende(n) Gebietskörperschaft(en) jedoch sicherstellen, dass die Leistung wirtschaftlich und nachhaltig erbracht wird.

Eine echte Eigenleistung bleibt natürlich immer zulässig, sie lässt den Beschaffungsbedarf entfallen.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Mathias Finke

Rechtsanwalt