

## Stellungnahme

BPPP-Bundesverband Public Private Partnership, Netzwerk Infrastrukturmanagement

Referentenentwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, GWB 2015

### 1. Einführung

Der Bundesverband Public Private Partnership, Netzwerkinfrastrukturmanagement (BPPP) ist die größte Know how-Plattform für die Umsetzung von Infrastrukturprojekten unter Einbeziehung von Lebenszyklusmodellen in Deutschland. In diesem Zusammenhang befasst sich der BPPP auch mit vergaberechtlichen Fragen. Er vertritt dabei die Auffassung, dass die Einhaltung vergaberechtlicher Vorschriften grundlegend für effiziente, transparente und integere Verfahren zur Umsetzung von Infrastrukturprojekten ist. In diesem Zusammenhang befasst er sich mit vergaberechtskonformen Modellen für die Einbeziehung von Lebenszyklusansätzen im Rahmen der Ausschreibung, Bewertung und vertraglichen Gestaltung bei entsprechenden Projekten. Von Bedeutung ist dabei insbesondere, wie partnerschaftliche Modelle mit gemeinsamen Projektstrukturierungsphasen vergaberechtskonform umgesetzt werden können.

### 2. Losaufteilung

Der BPPP steht der derzeitigen und in den Referentenentwurf übernommenen Formulierung des Gebots der Losaufteilung in § 97 Abs. 3 kritisch gegenüber. Die im Rahmen der Vergaberechtsreform 2009 eingeführte Verschärfung wird deshalb kritisch gesehen, weil Lebenszyklusmodelle im Infrastrukturbereich die ganzheitliche Betrachtung von Planung, Realisierung und Betrieb vorsehen. Eine derartige ganzheitliche Betrachtung setzt die Vergabe des entsprechenden Auftrages an einen einheitlichen Auftragnehmer voraus. Eine Aufteilung in Einzellose lässt die aus Lebenszyklusmodellen resultierenden Effizienzvorteile entfallen.

Bereits bisher lässt die Rechtsprechung daher Generealunternehmer- und ÖPP-Modelle zu. Sie lokalisiert diese Rechtfertigung bei der Definition des Beschaffungsgegenstandes. Wird bei der Definition des Beschaffungsgegenstandes sowohl Planung, als auch Realisierung

und gegebenenfalls Betriebselemente einem einheitlichen Auftragnehmer zugeordnet, so kann im Rahmen des Gebotes der Losaufteilung gemäß § 97 Abs. 3 eine Trennung nicht mehr erfolgen. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtsklarheit wäre es wünschenswert, wenn der Gesetzgeber hier klarstellen würde, dass eine einheitliche Vergabe von Lebenszyklusmodellen zulässig und damit eine Losaufteilung entbehrlich ist.

Misslungen ist der ebenfalls 2009 eingeführte § 97 Abs. 3 S. 3, wonach ein Unternehmen, das nicht öffentlicher Auftraggeber ist und das mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut wird, zur Losaufteilung auf Nachunternehmerebene verpflichtet ist. Misslungen ist diese Regelung, da die Errichtung von Infrastrukturvorhaben, wie Immobilien oder Straßen nicht eindeutig als öffentliche Aufgabe zu definieren ist. Öffentliche Aufgabe ist in diesem Zusammenhang eigentlich der Betrieb der öffentlichen Gebäude, wie beispielsweise von Schulen und Rathäusern in inhaltlicher Hinsicht. Planung, Errichtung und technischer Betrieb werden seit jeher privaten Unternehmen überantwortet.

### 3. Inhouse-Geschäft und öffentlich-öffentliche Partnerschaften

Der BPPP begrüßt die Klarstellung in § 108 bei Inhouse-Geschäften und „interkommunalen Kooperationen“. Die Regelungen sind unverändert aus Art. 12 der Richtlinie übernommen und sind vor diesem Hintergrund für deutschen Gesetzgeber nicht gestaltbar.

### 4. Verfahrensarten

Ebenfalls zu begrüßen ist nach Auffassung des BPPP, dass der Gesetzgeber das nicht-offene Verfahren dem offenen Verfahren gleichgestellt hat. Der BPPP ist nicht der Auffassung, dass damit ein Verlust von Wettbewerbsintensität verbunden wäre. Da auch das nicht offene Verfahren EU-weit veröffentlicht wird, ist die erforderliche Transparenz gewahrt.

Wünschenswert darüber hinaus wäre eine weitere Klarstellung der Voraussetzungen und Durchführungsvorgaben für das Verhandlungsverfahren. Diese Verfahrensart wird bei Lebenszyklusprojekten im Infrastrukturbereich regelmäßig zur Anwendung kommen. Aufgrund der großen Unsicherheit innerhalb der öffentlichen Hand wäre hier eine detailliertere Vorgabe im Gesetz wünschenswert gewesen.

### 5. Vertragsänderungen

Zu begrüßen ist die Klarstellung zur Zulässigkeit von Vertragsänderungen in § 132. Der BPPP begrüßt diese Änderung deshalb, weil bei Lebenszyklusprojekten im Infrastrukturbereich regelmäßig innerhalb der Laufzeit tatsächliche Änderungen auftreten, die Vertragsän-

derungen erfordern. Die Richtlinie sieht hier erweiterte und klarstellende Vorgaben vor, die in § 132 übernommen werden.

## 6. Konzessionen

Der BPPP begrüßt die Aufnahme der Dienstleistungskonzession in den Regelungsbereich des Kartellvergaberechts. Allerdings ist die gewählte Systematik teilweise inkonsistent: Klarstellungsbedürftig ist, dass auch Rahmenvereinbarungen öffentlichen Aufträge sind. Nach der Definition der Konzession ist diese eine besondere Kategorie der öffentlichen Aufträge, obwohl die Gegenüberstellung der beiden Begriffe in sonstigen Vorschriften eine andere Systematik hätte erwarten lassen. Hier besteht ebenfalls Klarstellungsbedarf.