

Berlin, 31. August 2026

Proposal for a Regulation on public contracts and concessions

Stellungnahme zum (inoffiziellen) Entwurf des Vorschlags der EU-Kommission

- Ersteinschätzung -

Inhalt

I.	Position in Kürze	3
II.	Konkrete Empfehlungen zur Anpassung des Kommissionsvorschlags	4
III.	Grundsätzliche Anmerkungen zum Entwurf	5
1.	Vergaberecht weiterhin durch Richtlinie regeln.....	5
2.	Anhebung der Schwellenwerte	6
3.	Zusammenführung von drei Vergaberichtlinien.....	6
IV.	Interkommunale Kooperation und Inhouse-Vergaben - Höchste Relevanz für Kommunen	7
1.	Auftraggeber entscheidet über Eigenerledigung oder Beschaffung am Markt	7
2.	Voraussetzungen der Ausnahmen für praxistaugliche Anwendung optimieren.....	7
3.	Ausnahme für die interkommunale Kooperation.....	7
4.	Ausnahme für Inhouse-Geschäfte	9
V.	Weitere wichtige Aspekte für die kommunale Ebene	12
1.	Strategische Vergabe, Umwelt, Soziales, Resilienz und EU-Präferenz, Art. 52 ff.....	12
2.	Losvergabe.....	14
3.	Neue Typen von Vergabeverfahren	15
VI.	Wichtige Aspekte für die kommunalen Versorgungsunternehmen	15
1.	Klare Vorgaben für die sog. Strom- und Gaskonzessionen.....	15
2.	Ergänzung der Definition der Sektorentätigkeit für Gas und Wärme, Art. 14.....	16
VII.	Weitere punktuelle Anmerkungen	18
1.	Art. 3 – Schwellenwert für soziale und andere besondere Dienstleistungen	18
2.	Art. 12 – Dokumentationspflicht bei Auftragsvergabe im Konzern	18
3.	Art. 24 – Rechtsform von Bietergemeinschaften	18
4.	Art. 29 – Nachweise für die Eignung von Wirtschaftsteilnehmern	18
5.	Art. 31 – Neue Pflicht zur Erstellung eines Bedarfsplans	19
6.	Art. 32 – Marktkonsultation	19
7.	Art. 34 – Auftragswertberechnung.....	19
8.	Art. 36 ff. – Offenes Verhandlungsverfahren	19
9.	Art. 39 ff. – Dynamisches vereinfachtes Verfahren	20
10.	Art. 98 – Laufzeit von Rahmenvereinbarungen	20

Die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und der Verband kommunaler Unternehmen (VKU)¹ vertreten die Interessen der Städte, Landkreise und Gemeinden sowie der kommunalen Unternehmen in Deutschland und auf EU-Ebene.

Die Verbände haben den inoffiziellen Entwurf des Vorschlags der Europäischen Kommission für eine Verordnung über öffentliche Aufträge und Konzessionen, der am 09.07.2026 bekannt geworden ist, mit Interesse zur Kenntnis genommen. Der Vorschlag enthält begrüßenswerte Erleichterungen des Vergaberechts. Jedoch besteht an einigen, darunter zentralen Stellen, nach wie vor großer Anpassungsbedarf. Weiterhin möchten wir in dieser Stellungnahme/Erstbewertung² auf bestehende Unstimmigkeiten hinweisen.

I. Position in Kürze

Die Europäische Kommission möchte mit dem Vorschlag die Komplexität des öffentlichen Auftragswesens durch die Vereinfachung von Verfahren erheblich verringern. Dies kann nur gelingen, wenn der Entwurf noch umfänglich an **Bedürfnisse der Praxis** angepasst wird.

Aus Sicht der kommunalen Spitzenverbände und des VKU muss die Ausnahme für die **interkommunale Zusammenarbeit** sehr viel breiter und ohne weitere einschränkende Voraussetzungen formuliert und die **Inhouse-Vergabe** bezüglich des Wesentlichkeitskriteriums bei der Vergabe an Konzernunternehmen korrigiert werden, um weiterhin einen angemessenen Anwendungsbereich dieser Vorgaben zu gewährleisten. Das sind die ganz zentralen Anliegen der Verbände bei der Reform des Vergaberechts.

Auch wenn die öffentliche Beschaffung künftig stärker strategische Aspekte berücksichtigen soll, bleibt es dabei, dass die Berücksichtigung von **ökologischen und sozialen Aspekten** weiter **optional** im Ermessen der Auftraggeber stehen muss. Das gilt im Grundsatz auch für die neuen Vorgaben über die **EU-Präferenz**. Der finanzielle und administrative Aufwand durch diese neuen Vorgaben muss auf ein Minimum reduziert bleiben. Denn nicht nur für die Auftraggeber, auch für die Bieter ist die Verständlichkeit der Vergaberegeln essenziell.

Zudem sind praktikable Vorgaben für die **Losvergabe** ein wichtiger Baustein für einen vereinfachten Rechtsrahmen.

Schließlich sind bei den Vorgaben über die **Sektoren** und die **Konzessionen** Anpassungen im Detail erforderlich.

¹ Eintragung des VKU im EU-Transparenzregister unter der Nummer 1420587986-32 sowie im Lobbyregister des Bundes unter der Nummer R000098.

² Für die vorliegende Stellungnahme haben wir auch mit einer DeepL-Übersetzung des Entwurfs der Kommission gearbeitet.

II. Konkrete Empfehlungen zur Anpassung des Kommissionsvorschlags

Die kommunalen Spitzenverbände und der VKU empfehlen für das weitere Gesetzgebungsverfahren folgende Anpassungen:

- Vergaberecht sollte weiterhin in Rechtsform einer **Richtlinie** geregelt werden.
- Die substanzielle Anhebung der **Schwellenwerte** sollte als ein durch die EU zu erreichendes Verhandlungsziel auf WTO-Ebene im Wortlaut des Rechtstextes festgeschrieben werden.
- Die **interkommunale Kooperation** sollte komplett vom Anwendungsbereich des Vergaberechts freigestellt werden.
- Die neue Regelung über **lokale und regionale Verwaltungszusammenarbeit** muss hinsichtlich der Frage des Einsatzes von Ressourcen dringend an Bedürfnisse der Praxis angepasst werden.
- Bei der **Inhouse-Vergabe** muss die Vorgabe zur Berücksichtigung von Konzernumsätzen beschränkt werden auf Sachverhalte mit Anhaltspunkten für eine Wettbewerbsverzerrung.
- Öffentliche Auftraggeber sollten **strategische Vergabekriterien** (ESG- Kriterien) **optional** nach eigenem Ermessen nutzen können.
- Eine **verbindliche Vorgabe strategischer Vergabekriterien** ist grundsätzlich abzulehnen. Allenfalls **in dringenden Einzelfällen** könnte über eine entsprechende Berücksichtigung nachgedacht werden. Dabei ist finanzieller sowie administrativer **Mehraufwand** zu **vermeiden**. Letzteres gilt in besonderem Maße etwa für die im Wettbewerb stehenden kommunalen Energieversorger. ***Die Verbände unterstützen – bei Wahrung der Beschaffungsautonomie der öffentlichen Auftraggeber - im Übrigen eine nachhaltige, umweltfreundliche und soziale Beschaffung.***
- Der Entwurf ermöglicht **Losvergabe** nach angemessener Prüfung durch die öffentlichen Auftraggeber. Diese Regelung erscheint praxisgerecht und sollte so beibehalten werden.
- Für die Vergabe der sog. **Strom- und Gaskonzessionen** muss klar geregelt werden, welcher Rechtsrahmen anzuwenden ist: Energiewirtschaftsrecht oder Vergaberecht.
- Bei der Definition der **Sektorentätigkeit** „Gas und Wärme“ sollten die neuen Entwicklungen in den Bereichen der Versorgung mit **Wasserstoff, Kälte** und **Nahwärme** berücksichtigt werden.

III. Grundsätzliche Anmerkungen zum Entwurf

1. Vergaberecht weiterhin durch Richtlinie regeln

Die Kommission möchte mit dem Entwurf einer Verordnung die bisherigen drei Vergaberichtlinien³ ersetzen. Die Zusammenführung von bisher drei Rechtsakten zu einem weitgehend einheitlichen Regelwerk mit lediglich wenigen spezifischen Sonderregelungen für Aufträge, Konzessionen und Sektorvergaben begrüßen wir als Beitrag zur Vereinfachung (s.u. III. 3). Die Regelung durch eine unmittelbar geltende EU-Verordnung lehnen wir jedoch kategorisch ab: Auch künftig sollte die Regelung im Wege einer Richtlinie erfolgen, um die bewährten Regelwerke auf Ebene der Mitgliedstaaten grundsätzlich beibehalten zu können und nur soweit erforderlich anpassen zu müssen. Für die Rechtsanwender hätte dies den Vorteil, dass sie weiterhin eingetübte Vorgaben anwenden können.

Der Wechsel zu einer Verordnung würde demgegenüber dazu führen, dass mit Inkrafttreten der unmittelbar geltenden EU-Verordnung der umfangreiche Bestand nationaler Regelungen zum Vergaberecht auf Bundes- und Landesebene aufgehoben bzw. angepasst werden müsste, soweit das EU-Recht abschließende Regelungen enthält. So dürfen nach der Rechtsprechung des EuGH innerstaatliche Rechtsvorschriften unmittelbar geltendes EU-Recht aus Gründen der Rechts- und Normenklarheit (Klarheit über Urheberschaft, Geltungsgrund und Rang einer Regelung) bekanntlich nicht wiederholen, selbst inhaltsgleiche Parallelregelungen sind grundsätzlich unzulässig. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und die Vergabeverordnung (VgV) müssten so angepasst werden, dass im Wesentlichen nur noch die Vorschriften über den Rechtsschutz, welche die Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG umsetzen, erhalten bleiben. Selbst das Unterschwellenvergaberecht von Bund und Ländern, das in der alltäglichen Praxis der Vergabestellen einen hohen Stellenwert hat, müsste komplett erneuert werden, da die umfangreichen Verweise auf die Vorschriften des Oberschwellenvergaberechts (GWB und VgV) künftig ins Leere gehen würden. Zusätzliche nationale Regelungen (soweit das EU-Recht nicht abschließend ist), würden zu einem Nebeneinander von nationalem Recht und zahlreichen Verweisen auf den EU-Verordnungstext führen, so wie es z. B. bei der Datenschutz-Grundverordnung und dem Bundesdatenschutzgesetz der Fall ist, und einer kohärenten Regelung des Vergaberechts (in einem zusammenhängenden, lesbaren Rechtstext) entgegenstehen. Im Unterschied zur Richtlinie würde die Rechtsform einer unmittelbar geltenden EU-Verordnung insofern zu einem viel weitreichenderen Eingriff in den nationalen Regelungsbestand führen, was mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 4 AEUV) zweifelhaft erscheint. Für den Anwender dürfte sie im Zusammenhang mit den zu erwartenden umfangreichen rechtlichen Anpassungen des Bundes- und des Landesrechts zu ganz erheblichen Rechtsunsicherheiten führen. Das Ziel der Vereinfachung des Vergaberechts würde damit ins Gegenteil verkehrt.

Wir befürchten ebenso einen höheren Änderungsbedarf für Plattformbetreiber von Vergabemanagementsystemen (VMS). Die Plattformbetreiber werden in die Pflicht genommen und müssten die rechtlichen Vorgaben technisch umsetzen. Die anfallenden Mehrkosten für die Umsetzung werden dann wieder auf die Nutzer umgelegt. Die Kosten für die Nutzung von VMS würden daher wieder steigen.

Sicherheit im Umgang mit Vergaberegeln ist zudem in besonders hohem Maße auch erforderlich, wenn Beschaffungen unter Inanspruchnahme von Fördermitteln durchgeführt werden. Bereits leichte Verstöße gegen das Vergaberecht können zu Rückerstattungspflichten bezüglich der Fördermittel

³ Die Bezugnahmen im Rahmen der Stellungnahme betreffen grundsätzlich die *Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe* (Vergaberichtlinie). Bei besonderer Betroffenheit werden auch Bezüge zu der *Richtlinie 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste* (Sektorenrichtlinie) sowie zu der *Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe* (Konzessionsvergaberichtlinie) vorgenommen.

führen, weshalb das Risiko besteht, dass Fördermittel gar nicht erst abgerufen werden. Angesichts der mit dem Klima- und Transformationsfonds in Deutschland verfolgten Ziele wäre dies nicht wünschenswert. Die Folgen einer derart weitgehenden Neuregelung des Vergaberechts für das Fördermittelrecht müssen daher unbedingt mitbedacht werden.

Ebenso können Rechtsunsicherheiten aufgrund der Neuaufstellung des Vergaberechts zu verstärkter Inanspruchnahme der Vergabekammern führen. Eine bessere Personalausstattung der Vergabekammern wäre somit auch vor dem Hintergrund der Neuregelung geboten.

2. Anhebung der Schwellenwerte

Die Schwellenwerte, ab deren Erreichen ein öffentlicher Auftrag in den Anwendungsbereich des Europäischen Vergaberechts fällt, werden nicht durch EU-Recht, sondern durch das Recht der Welthandelsorganisation (WTO) geregelt. Daher ist es folgerichtig, dass der Entwurf der Kommission auf die bekannten Schwellenwerte Bezug nimmt und keine Anpassung der Werte vorschlägt.

Wir hatten in der Vergangenheit mehrfach auf die Erforderlichkeit einer substanziellen Anhebung der Schwellenwerte hingewiesen. Diese Forderung vertreten wir weiterhin. In einem Schreiben der kommunalen Spitzen- und Wirtschaftsverbände aus Deutschland, Frankreich und Österreich vom 11.05.2026 an die Europäische Kommission hatten wir eine Anhebung der Schwellenwerte für Bauleistungen auf 10 Mio. Euro und für Liefer- und Dienstleistungen auf 750.000 Euro vorgeschlagen. Wir begrüßen daher Erwägungsgrund Nr. 9 ausdrücklich:

"Abgesehen von diesen regelmäßigen mathematischen Anpassungen sollte im Rahmen der nächsten Verhandlungsrunde über das GPA eine Anhebung der darin festgelegten Schwellenwerte geprüft werden."

Die Anpassung der Schwellenwerte sollte u. E. zusätzlich im Wortlaut der Verordnung fixiert werden. Dafür bietet sich Artikel 143 an. Dort oder in einem nachfolgenden Artikel sollte eine Bemühenspflicht seitens der Europäischen Union für eine Weiterentwicklung des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (Agreement On Government Procurement – GPA) insbesondere im Hinblick auf eine substanzielle Anhebung der für die EU anzuwendenden Schwellenwerte festgeschrieben werden:

"During the next round of negotiations on the GPA, the Commission shall propose a substantial increase in the thresholds set therein for public procurement in the EU. In addition, a mechanism to account for average inflation in GPA member states shall be proposed."

3. Zusammenführung von drei Vergaberichtlinien

Eine neue Verordnung soll die bislang in drei Richtlinien aufgeteilten Regelungen für die „klassische“ Auftragsvergabe, die Vergabe in den Sektoren sowie die Vergabe von Konzessionen regeln. Während es für Konzessionen weiterhin einen besonderen Abschnitt gibt, wenden öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber, abgesehen von besonderen Ausnahmebestimmungen und einem besonderen Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungen, künftig die gleichen Vorgaben an. Das ist zu begrüßen, da es die Intention zu sein scheint, die flexibleren Vorgaben für Sektorenauftraggeber künftig auch anderen öffentlichen Auftraggebern zur Verfügung zu stellen. Es bleibt aber jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob tatsächlich die flexiblere, weniger Aufwand verursachende Regelung übernommen wird. Am Ende der Stellungnahme in Abschnitt VII weisen wir noch auf Entwürfe einzelner Regelungen hin, in denen für die Sektoren eine strengere Regelung gelten soll. Wir schlagen insoweit Korrekturen vor.

IV. Interkommunale Kooperation und Inhouse-Vergaben - Höchste Relevanz für Kommunen

1. Auftraggeber entscheidet über Eigenerledigung oder Beschaffung am Markt

Kommunen und kommunale Unternehmen führen Vergabeverfahren durch, wenn sie beabsichtigen, Leistungen am Markt zu beschaffen. Soll die Deckung eines festgestellten Bedarfs durch Eigenerledigung erfolgen, gegebenenfalls auch durch Zusammenarbeit mehrerer öffentlicher Auftraggeber oder unter Zuhilfenahme einer anderen Stelle, über die eine hinreichende Kontrolle besteht, so liegt keine Beschaffung am Markt vor, sondern ein interner Vorgang („make or buy“).

Eine grundsätzliche Pflicht zur Beschaffung bei Dritten besteht nicht. Vielmehr können die öffentlichen Auftraggeber selbst entscheiden, ob sie den jeweiligen Bedarf unter Anwendung von Vergaberecht am Markt decken oder ob sie eine Eigenerledigung präferieren. Diese Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers für eine Eigenerledigung ist demokratisch legitimiert und steht zudem im Einklang mit dem Prinzip der kommunalen Selbstverwaltung und Art. 4 Abs. 2 EUV. (Vermeintliche) Interessen des Binnenmarktes, des Wettbewerbs oder potenzieller Bieter spielen auf Ebene dieser der Bedarfsdeckung vorgelagerten Entscheidung noch keine Rolle.

2. Voraussetzungen der Ausnahmen für praxistaugliche Anwendung optimieren

Für die Abgrenzung bezüglich „make or buy“ bedarf es einer Regelung. Ein gutes Beispiel für eine Abgrenzungsregelung findet sich in dem Entwurf des Bundeswirtschaftsministeriums für eine Neufassung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO):

„§ 1 - Gegenstand und Anwendungsbereich

(4) Diese Verfahrensordnung findet keine Anwendung auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die von einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen an eine oder mehrere juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts vergeben werden, wenn die juristische Person auf dem Markt gegenüber privaten Dritten weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten erbringt, die durch den Auftrag erfasst sind, und an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, die einen maßgeblichen Einfluss auf die juristische Person vermittelt.“

Dieser Entwurf zeigt, dass eine trennscharfe Abgrenzung von Beschaffung am Markt und Eigenerledigung möglich ist, ohne Handlungsspielräume öffentlicher Stellen vorab einzuschränken.

Dass die Möglichkeiten zur Zusammenarbeit öffentlicher Stellen für eine gemeinsame Aufgabenerledigung, insbesondere durch interkommunale Kooperation sowie Inhouse-Geschäfte, gestärkt werden müssen und nicht durch vergaberechtliche Vorgaben unangemessen behindert werden dürfen, machen zahlreiche aktuelle gesellschaftliche Herausforderungen bzw. Aufgaben deutlich: Dazu gehören Klimaschutz und Klimaanpassung, die Energie- und Wärmewende oder der Bereich der Verwaltungsdigitalisierung. Hier müssen in den kommenden Jahren europaweit umfassende Transformationsprozesse umgesetzt werden. Die EU-Vorgaben in Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU über *Öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors* bzw. in dem Entwurf des neuen Art. 11 über *Contracts awarded to controlled entities or between entities within the public sector* müssen daher für eine praxistaugliche Anwendung optimiert werden.

3. Ausnahme für die interkommunale Kooperation

Die Formen der interkommunalen Zusammenarbeit gewährleisten die Effizienz der Mittelverwaltung und stärken die Resilienz des öffentlichen Sektors in der Aufgabenerfüllung. Ein reformiertes EU-

Vergaberecht muss der Unterschiedlichkeit der kommunalen Strukturen in den verschiedenen EU-Mitgliedstaaten besser Rechnung tragen und darf daher Formen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit zum Zwecke der effizienten Aufgabenerfüllung nicht einschränken. Dies gilt insbesondere für das Vorliegen eines sog. „kooperativen Konzepts“, welches der EuGH von einer beschreibenden Aussage zu einer echten Voraussetzung aufgewertet hat und welches sich zu einem relevanten Rechtsunsicherheitsfaktor entwickelt hat, der die interkommunale Zusammenarbeit erschwert. Ebenso sind die weiteren in Art. 11 Abs. 4 a) bis c) vorgesehenen Voraussetzungen zu einschränkend und erschweren kommunale Kooperationen in der Praxis.

Wir fordern daher, die Formen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit ohne weitere formelle Voraussetzungen von der Anwendbarkeit des Vergaberechts freizustellen.

a) Echte Erleichterung für interkommunale Kooperationen

Vorzugswürdig im Sinne einer echten Vereinfachung der Ausnahme wäre eine „materielle Betrachtung“ des Vorgangs der Zusammenarbeit der beteiligten öffentlichen Stellen. Zum Beispiel für die Errichtung und den Betrieb kommunaler Infrastrukturen wäre dies eine spürbare Erleichterung. So sollten Vorhaben, die zur Erfüllung elementarer Bedürfnisse vor Ort durch die Kommunen selbst bzw. gemeinsam durchgeführt werden, von der europaweiten Ausschreibungspflicht ausgenommen werden.

Geprüft werden sollte im Rahmen der künftigen Ausnahmeregelung lediglich, ob eine Eigenerledigung vorliegt, bei der mehrere öffentliche Auftraggeber zusammenwirken, oder eine Beschaffung am Markt. Liegt eine Eigenerledigung vor, ist der Anwendungsbereich des Vergaberechts bereits nicht eröffnet.

Für die interkommunale Kooperation (bzw. für die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit) sollte daher insgesamt lediglich folgende Regelung getroffen werden, die an die Stelle des bisherigen Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU tritt:

“A contract concluded exclusively between two or more public buyers concerning cooperation between the participating public buyers shall fall outside the scope of this Regulation.”

b) Art. 78 – Lokale und regionale Verwaltungszusammenarbeit

Die neue Ausnahme für lokale und regionale Verwaltungszusammenarbeit ist im Grunde zu begrüßen. In den Details sind aber noch ein paar Anpassungen erforderlich, um die Anwendbarkeit der neuen Regelung in der Praxis zu ermöglichen.

Positiv ist zunächst, dass regionale oder lokale Behörden sich bei der Erfüllung der ihnen obliegenden Aufgaben gegenseitig unterstützen können, auch gegen Entgelt. Unser Verständnis ist, dass es nicht auf Gegenseitigkeit ankommt, bzw. dass es ausreicht, wenn lediglich eine Behörde für die andere tätig wird.

Diese Regelung sollte auch auf öffentliche Auftraggeber anwendbar sein, bei denen es sich um Verbände gem. Art. 7 Abs. 1 des Entwurfs oder um öffentlich-rechtliche Einrichtungen gem. Art. 7 Abs. 4 des Entwurfs handelt, deren Verbandsmitglieder bzw. deren Träger regionale oder lokale Behörden i.S.d. NUTS-Ebenen 1, 2 und 3 oder kleinere Verwaltungseinheiten sind. Denn häufig sind den Gemeinden obliegende Aufgaben auf Verbände, Anstalten oder kommunale Betriebe übertragen worden. Auch in diesen Konstellationen sollte ein Zusammenwirken ermöglicht werden.

Die Voraussetzung, dass der Einsatz eigener Ressourcen so verstanden wird, dass keine weiteren Waren oder Dienstleistungen hinzuerworben werden können, lehnen wir strikt ab. Diese Vorgabe dürfte dazu

führen, dass die Regelung in der Praxis kaum zum Einsatz kommen wird, wie die folgenden Beispiele zeigen:

So erfordert z. B. die Ausweitung des Winterdienstes auf Straßen einer Nachbarkommune zwangsläufig den Erwerb einer größeren Menge an Split und Taumittel; die Unterstützung bei der Trinkwasserversorgung erfordert die Bereitstellung eines höheren Volumens von Trinkwasser; eine Unterstützung bei der Sammlung von Siedlungsabfällen erfordert mehr Treibstoff. Dieser Erwerb zusätzlicher Ressourcen verursacht aber nur einen Bruchteil des Aufwands, der für die eigenständige Durchführung der vorgenannten Dienstleistungen erforderlich wäre.

Wir schlagen daher vor, die Anforderung an den Hinzuerwerb von Ressourcen zu streichen. Sollte eine Gemeinde weitere Ressourcen erwerben, würde dieser Vorgang ohnehin dem Vergaberecht unterfallen. Effizienzsteigerungen durch Größenvorteile bei der Beschaffung bzw. bei der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen dürften auch allgemein erwünscht sein. Gegebenenfalls könnten die betreffenden Stellen auch die Vorgaben über die gemeinsame Beschaffung gem. Art. 10 des Entwurfs nutzen. Wir schlagen daher folgende Anpassung des Entwurfs des Art. 78 Abs. 1 vor:

“This Regulation shall not apply to situations where public buyers that are regional or local authorities, or associations within the meaning of Article 7(1) or bodies governed by public law within the meaning of Article 7(4) whose members or constituent bodies are regional or local authorities, entrust each other with the performance of tasks incumbent on them, or use each other’s own resources for that purpose, including in exchange for remuneration only, provided that the task is performed by themselves by means of their own resources; ~~own resources do not include goods not yet acquired or services that are being provided to one of the participating local or regional authorities by an economic operators or legal persons entrusted pursuant to Article 11 paragraphs 1 to 3.~~”

Ohne den letzten Halbsatz dürfte der Ausdruck „*performed by themselves by means of their own resources*“ immer noch eine gewisse Beschränkung ausdrücken, nach unserem Verständnis aber den anteiligen Mehrerwerb von Gütern und Dienstleistungen ermöglichen. Gegebenenfalls müsste dies noch durch einen Erwägungsgrund erläutert werden.

4. Ausnahme für Inhouse-Geschäfte

a) Inhouse-Geschäfte als Teil der kommunalen Verwaltungsgarantie schützen

Die kommunale Verwaltungsgarantie des Artikel 28 Abs. 2 des Grundgesetzes und die davon mitumfasste Organisationsfreiheit berechtigt Kommunen zur wirtschaftlichen Betätigung einschließlich der Gründung rechtlich selbstständiger Unternehmen, auch in Konzernstrukturen. Dieser Grundsatz ist durch das Europäische Recht zu akzeptieren (vgl. Artikel 4 Abs. 2 EUV). Bislang hat die Ausnahme für Inhouse-Geschäfte in Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU einen wichtigen Beitrag dazu geleistet, dass Kommunen Konzernstrukturen in der Praxis nutzen können.

Für die Nutzung kommunaler Konzernstrukturen sprechen insbesondere handels-, gesellschafts- und steuerliche Vorgaben. Eine Besonderheit stellt dabei der steuerliche Querverbund dar. Dieser ermöglicht es, Dauerverlustbetriebe (z. B. Schwimmbäder oder ÖPNV) und profitable Geschäftszweige (Energieversorgung) unter bestimmten Voraussetzungen steuerlich als Einheit zu betrachten. Die daraus resultierenden finanziellen Vorteile werden genutzt, um die nicht rentablen öffentlichen Dienstleistungen mitzufinanzieren. Konzernstrukturen erfüllen damit einzig den Zweck, die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen professionell, effizient und wirtschaftlich auszugestalten. Genau dies erwarten die Bürgerinnen und Bürger, die sich auf die Gewährleistung von Leistungen der Daseinsvorsorge verlassen. Kommunale Konzernstrukturen sind jedenfalls kein Indiz für

Einschränkungen des Wettbewerbs, wie man es einem jüngeren Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) entnehmen könnte.

b) Einschränkungen der Inhouse-Vergabe an kommunale Konzerne durch den EuGH

Das Urteil des EuGH vom 15.01.2026 | Rs. C-692/23 (AVR-Afvalverwerking BV gegen NV BAR-Afvalbeheer) kann zu einer erheblichen Einschränkung der Möglichkeiten von Gebietskörperschaften führen, Aufträge im Wege einer Inhouse-Vergabe zu erteilen. Die Entscheidung betrifft konkret die Inhouse-Vergabe an kommunale Konzernunternehmen, wenn dem Konzern auch Unternehmen angehören, die größere Teile ihres Umsatzes am Markt erzielen. Entgegen der bisher in der Praxis vorherrschenden Rechtsauffassung hält es der EuGH für erforderlich, den Umsatz des gesamten Konzerns zu betrachten – sofern ein konsolidierter Jahresabschluss vorliegt –, anstatt lediglich das Unternehmen zu bewerten, das unmittelbar den Auftrag im Wege der Inhouse-Vergabe erhält.

Nach diesseitiger Auffassung „schießt der EuGH deutlich über das Ziel hinaus“. Er kommt zu dem Schluss, dass bereits ein Wettbewerbsvorteil für das Inhouse-beauftragte Unternehmen selbst oder für andere Konzernunternehmen einem Inhouse-Geschäft entgegensteht. Diese Ableitung lässt sich dem Erwägungsgrund 31 der Richtlinie 2014/24/EU, auf welchen der EuGH maßgeblich abstellt, aber gerade nicht entnehmen. Zentraler Grundsatz und zugleich wesentliches Abgrenzungskriterium gem. Erwägungsgrund 31 ist, dass eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung führen darf, durch welche ein privater Dienstleister bessergestellt wird als seine Wettbewerber.

Bei Inhouse-Vergaben an kommunale Konzernunternehmen kommt es aber nicht zu einer solchen Besserstellung eines privaten Dienstleisters. Allenfalls könnte man von einem Vorteil zugunsten des inhouse-beauftragten Unternehmens sprechen. Dieses Unternehmen – häufig geht es um Aufträge bezüglich der Hausmüllentsorgung oder um Trinkwasserkonzessionen – kann über die aus dem Auftrag bzw. der Konzession resultierenden Einnahmen aber nicht frei disponieren. Denn die Einnahmen in Folge des Inhouse-Geschäfts sind über Vorgaben des Gebührenrechts bzw. des öffentlichen Preisrechts fest vorgegeben.

Jedenfalls in Deutschland – den vom EuGH zu beurteilenden Sachverhalt in den Niederlanden können wir nicht abschließend bewerten – hätte ein Unternehmen, das im Wege eines Inhouse-Geschäfts entsprechend beauftragt wird, keine Spielräume für Finanztransfers an ein anderes, am Markt tätiges Konzernunternehmen. In der Praxis läuft es zudem genau andersherum: Die am Markt tätigen Unternehmen sollen einen Beitrag zugunsten der dauerdefizitären Einrichtungen oder zugunsten des kommunalen Haushalts erwirtschaften.

Im absoluten Regelfall führen Inhouse-Vergaben an kommunale Konzernunternehmen daher nicht zu einer wie in Erwägungsgrund 31 beschriebenen Wettbewerbsverzerrung. Es wäre daher sachdienlich gewesen, hätte der EuGH ausdrücklich und nicht nur zwischen den Zeilen auf das Erfordernis der Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung hingewiesen.

c) Vorschlag für eine Anpassung der Inhouse-Ausnahme in Art. 11 Abs. 5

Die Kommission hat mit dem Entwurf zu Artikel 11 Abs. 5 Unterabsatz 2 das o. g. Urteil des EuGH aufgegriffen. Die Ergänzung der Regelung lautet:

“Where the legal person or public buyer belongs to a group that consolidates its accounts in accordance with the requirements of the Directive 2013/34, the relevant turnover or alternative activity-based measure shall be based on that of the group.”

Die Kommission geht mit der Ergänzung sogar noch über das Urteil des EuGH hinaus: Während der EuGH nur eine konzernweite Umsatzbetrachtung für die Konzernholdinggesellschaft vorsieht, setzt die Kommission in dem Entwurf die konzernweite Umsatzbetrachtung für alle konzernangehörigen Unternehmen fest.

Mit Blick auf die Konsequenzen halten wir eine Begrenzung der Neuregelung für dringend erforderlich: Eine konzernweite Umsatzbetrachtung im Rahmen der Prüfung des Wesentlichkeitskriteriums würde die Inhouse-Vergabe bei kommunalen sowie bundes- und landeseigenen Konzernen im Ergebnis extrem einschränken und das Verständnis von Artikel 12 der Richtlinie 2014/24/EU sowie dessen Ausgewogenheit völlig „auf den Kopf stellen“. Denn bislang werden in kommunalen und anderen öffentlichen Konzernen regelmäßig marktnahe sowie marktferne Betätigungen durchgeführt, die jeweils rechtlich und buchhalterisch voneinander getrennt sind. Die grundsätzliche Möglichkeit, mit einzelnen Konzernunternehmen Inhouse-Geschäfte durchführen zu können, ist dabei bislang nicht angezweifelt worden. Nunmehr wird die Inhouse-Fähigkeit von öffentlichen Konzernunternehmen im Grundsatz hinterfragt.

Da die Zugehörigkeit zu einem Konzern selbst kein Indiz für die Absicht darstellt, die Vorgaben der Inhouse-Ausnahme bezüglich des sog. Wesentlichkeitskriteriums zu umgehen, muss die neue Regelung des Absatz 5 Unterabsatz 2 über die Maßgeblichkeit des konzernweiten Umsatzes präziser formuliert werden. Allein das Erfordernis einer Konsolidierung des Jahresabschlusses gemäß den Anforderungen der Richtlinie 2013/34 hilft hier nicht weiter. Denn eine entsprechende Konsolidierung ist Pflicht bei allen Mehrheitsbeteiligungen und insoweit kein echtes Abgrenzungskriterium.

Folglich muss für die Pflicht zur Durchführung einer konzernweiten Umsatzbetrachtung das Erfordernis einer konkreten Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung aufgrund der Inhouse-Vergabe hinzugefügt werden. Wir schlagen daher folgende Anpassung des Entwurfs des Art. 11 Abs. 5 UAbs. 2 vor:

*“Where the legal person or public buyer belongs to a group that consolidates its accounts in accordance with the requirements of the Directive 2013/34, **and where the award of a contract to that legal person gives rise to concrete indications of a distortion of competition**, the relevant turnover or alternative activity-based measure shall be based on that of the group.”*

Mit dieser Ergänzung würde das o. g. Urteil des EuGH nicht in Frage gestellt. Die Konsequenzen des Urteils würden aber auf die Sachverhalte beschränkt, in denen tatsächlich Wettbewerbsverzerrungen zu besorgen wären. (Der EuGH und der Generalanwalt haben leider die Vielzahl der Fälle von Vergaben an öffentliche Konzerne nicht vor Augen gehabt, bei denen aus verschiedenen Gründen die befürchteten Wettbewerbsverzerrungen nicht möglich sind.)

Die Umsetzung der von der Kommission bislang vorgeschlagenen Entwurfsfassung hätte demgegenüber zur Folge, dass zahlreiche Konzerne von Bund, Ländern und Kommunen umstrukturiert werden müssten, wenn die Inhouse-Fähigkeit erhalten bleiben soll. Aufwand und Kosten dafür wären immens. Dies sollte daher durch die vorgeschlagene Ergänzung der Ausnahme vermieden werden.

d) Weitere Anmerkungen zur Inhouse-Ausnahme gem. Art. 11 Abs. 1

Ebenso wie beim vorliegenden Entwurf der Regelung für die interkommunale Zusammenarbeit gem. Art. 11 Abs. 4 sollte die Einschränkung auf Sachverhalte in einem Mitgliedstaat gestrichen werden. Ziel der EU ist es doch, mitgliedstaatenübergreifende Projekte zu fördern, und nicht zu erschweren. Uns sind jedenfalls einige grenzüberschreitende Fälle der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit bekannt. Die Passage „in the same Member State“ ist daher zu streichen.

Zudem plädieren wir dafür, die bisherige Eingangsformulierung im Wesentlichen wie in der Fassung des Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU beizubehalten. Die Neuformulierung führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit, gerade auch im Vergleich zur entsprechenden Eingangsformulierung in Art. 78.

Wir schlagen folgende Formulierung des Einleitungssatzes des Art. 11 Abs. 1 vor:

*“1. A public contract awarded by a **public buyer** to a legal person governed by private or public law shall fall outside the scope of this **Regulation** where all of the following conditions are fulfilled:”*

e) Verzicht auf neue Berichtspflicht gem. Art. 11 Abs. 6

Bei Durchführung einer interkommunalen Kooperation bzw. einer Inhouse-Vergabe soll künftig eine Pflicht zur Dokumentation gem. Art. 105 bestehen. Wir fordern, diese neue Dokumentationspflicht ersatzlos zu streichen. Hier geht es gerade nicht um Beschaffungen am Binnenmarkt. Der Aufwand für Dokumentationen gem. Art. 105 sollte eingespart werden, solange kein stichhaltiges Argument für die Erhebung der Daten genannt wird. Zudem dürfte der Aufbau neuer Dokumentationspflichten nicht dem angestrebten Ziel der Vereinfachung des Vergaberechts entsprechen, sondern unnötig neue bürokratische Pflichten begründen.

V. Weitere wichtige Aspekte für die kommunale Ebene

Neben Fragen des Anwendungsbereichs und damit auch der vorgenannten Ausnahme- bzw. Abgrenzungsregeln werden die verstärkte Berücksichtigung strategischer Aspekte, die neue Ausgestaltung der Vergabeverfahren i.e.S. und auch die Regelung der Losvergabe für alle beteiligten Akteure auf kommunaler Ebene sehr praxisrelevant.

1. Strategische Vergabe, Umwelt, Soziales, Resilienz und EU-Präferenz, Art. 52 ff.

Die Nutzung des Vergaberechts zur Erreichung bestimmter strategischer Ziele der EU in den Bereichen Umwelt, Soziales, Innovation, Resilienz und EU-Präferenz erhält mit dem neuen Entwurf einen deutlich höheren Stellenwert.

Die kommunalen Spitzenverbände und der VKU halten es für sachgerecht, dass öffentliche Auftraggeber ökologische Aspekte (vgl. Artikel 52 des Entwurfs) sowie soziale Aspekte (vgl. Art. 56) bei der Auftragsvergabe berücksichtigen können. Soweit eine Pflicht zur Berücksichtigung bestimmter ökologischer Aspekte (vgl. Art. 55) bzw. sozialer Aspekte (vgl. Art. 59) angeordnet wird, sehen wir dies jedoch sehr kritisch. Da bezüglich der verpflichtenden Aspekte zwar Verweise auf Anhänge zur Verordnung beschrieben werden, diese Anhänge aber noch nicht bekannt geworden sind, können wir uns dazu zunächst nur grundsätzlich positionieren.

a) Flexibilität bei ökologischen und sozialen Beschaffungsvorgaben bewahren

Kommunen und kommunale Unternehmen sind sich ihrer Verantwortung bewusst und praktizieren in unterschiedlicher Ausprägung eine nachhaltige und klimafreundliche Beschaffung auf Grundlage der umfangreichen nationalen Umweltgesetzgebung. Ansatzpunkte sind hierbei die gezielte Gestaltung von Leistungsbeschreibungen, Anforderungen an die Eignung von anbietenden Unternehmen sowie eine gezielte Auswahl von Zuschlagskriterien. Zudem werden Vorgaben zu Tariftreue sowie zu sozialen Standards angewendet. Daneben gibt auch das EU-Recht, etwa die EU-Ökodesign-Richtlinie, klare Rahmenbedingungen vor. Außerhalb des Vergaberechts gibt es somit bereits klare und ausreichende Vorgaben, die hinsichtlich der Erreichung von Nachhaltigkeitszielen zu beachten sind und von denen einige nun in die neue Verordnung integriert werden sollen.

Die Kommunen und kommunalen Unternehmen plädieren daher nachdrücklich dafür, den kommunalen Entscheidungsspielraum nicht durch die Vorgabe verbindlicher Vergabekriterien (Umwelt, Soziales, etc.) einzuschränken. Vielmehr müssen die öffentlichen Auftraggeber weiterhin unter Berücksichtigung des jeweiligen Beschaffungsgegenstands und der konkreten Beschaffungsvolumina frei wählen können, ob und welche Nachhaltigkeitskriterien sie einer Beschaffung zu Grunde legen. Dies tun die Städte, Landkreise, Gemeinden und die kommunalen Unternehmen in ihrer Verantwortung und unter Berücksichtigung der selbst gesetzten Nachhaltigkeitsziele und der nationalen Gesetzgebung.

Pauschale verpflichtende Vorgaben zur Berücksichtigung entsprechender strategischer Zwecke lehnen wir dagegen ab. Denn durch neue verpflichtende Vorgaben werden Vergabeverfahren nicht vereinfacht. Potenzielle Bieter würden abgeschreckt, und nicht ermutigt, ein Angebot abzugeben. Zudem würde die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung der öffentlichen Hand in Folge eines zu erwartenden Rückgangs von Angeboten gefährdet.

Vorzugswürdig im Sinne einer konstruktiven Lösung wäre demgegenüber eine verstärkte Verwendung von ESG-Labels durch die EU-Kommission, wobei auf einen einfachen, kostengünstigen und niederschweligen Zugang für KMU zu achten ist. Dies würde eine Vereinfachung der Auswahl von Vertragspartnern ermöglichen und Bieter könnten ihre Eignung durch einzelne Zertifikate nachweisen.

b) Keine Benachteiligung öffentlicher Unternehmen im Wettbewerb mit Privaten

Zusätzlich sollte in diesem Zusammenhang noch auf einen weiteren Umstand hingewiesen werden: Private Unternehmen, die nicht unter die Definition des öffentlichen Auftraggebers fallen und daher nicht zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet sind, müssen die „strategischen vergaberechtlichen Kriterien“ nicht anwenden. Stehen private und öffentliche, zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtete Unternehmen im Wettbewerb, etwa im Bereich der Energieversorgung, so werden die öffentlichen Unternehmen durch verpflichtend anwendbare strategische vergaberechtliche Kriterien gleich in mehrfacher Hinsicht benachteiligt:

- Das Angebot bei den zu beschaffenden Gütern bzw. Dienstleistungen wird eingeschränkt.
- Durch die Beschränkung des Angebots, höhere Produktanforderungen und die daraus resultierende Reduzierung des Kreises der Bieter steigen die Kosten für die Beschaffungen bei den öffentlichen Unternehmen.
- Letztendlich werden Vergabeverfahren durch zusätzliche Kriterien komplexer und für unterlegene Bieter ergeben sich weitere Möglichkeiten, die Auswahlentscheidung anzugreifen und damit das Vergabeverfahren aufzuhalten.

Die Aufnahme neuer verpflichtender Vergabekriterien würde somit die Ungleichheit im Wettbewerb von privaten und öffentlichen Unternehmen spürbar vergrößern.

Wird die Anwendbarkeit bestimmter strategischer Kriterien im Einzelfall als besonderer relevant eingeschätzt, dann sollten diese Kriterien sowohl für den öffentlichen als auch für den privaten Sektor vorgegeben werden, etwa durch Anforderungen an das Inverkehrbringen von Produkten, Liefer- und Dienstleistungen. Denkbar wäre auch eine Lenkung der Beschaffung durch Förder- oder Abgabenregelungen hinsichtlich bestimmter Beschaffungsgegenstände.

c) Sicherheit und Widerstandsfähigkeit, Art. 65 ff.

Es ist zu begrüßen, dass die Sicherheitsaspekte bei der Vergabe neu und umfassend geregelt werden. Besonders wichtig ist, dass künftig auch der Schutz kritischer Infrastrukturen als ein vergaberechtlich schutzwürdiger Aspekt anerkannt wird.

Da kritische Infrastrukturen in Deutschland nach den Vorgaben der Verordnung zur Bestimmung kritischer Anlagen nach dem BSI-Gesetz (BSI-Kritisverordnung - BSI-KritisV) nicht nur nach ihrer Art festgelegt werden, sondern auch nach ihrer Größe, sollte klargestellt werden, dass kritische Infrastrukturen für Zwecke des Vergaberechts unabhängig von ihrer Größe als schutzwürdig anerkannt werden. Der Größenmaßstab, den die BSI-Kritisverordnung anlegt, die nur sehr große Infrastrukturen erfasst, würde den vergaberechtlichen Schutzerfordernissen nicht gerecht.

d) Europäische Präferenz, Art. 69 ff.

Die internationalen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen haben sich in den vergangenen Jahren grundlegend geändert. Globale Lieferketten, die als stabil, effizient und verlässlich galten, sind zunehmend von regionalen Kriegen, Handelskonflikten und weiteren geopolitischen Risiken geprägt. Die kommunalen Spitzenverbände und der VKU unterstützen daher grundsätzlich die Zielsetzung, die strategische Unabhängigkeit der EU auch durch Anforderungen an die europäische Präferenz bei der öffentlichen Beschaffung zu stärken. Dabei muss aber sichergestellt werden, dass die Verfolgung dieser Ziele nicht zu zusätzlichen bürokratischen und übermäßigen finanziellen Belastungen auf kommunaler Ebene führen. Letzteres ist zu befürchten, soweit entsprechende Vorgaben nicht optional anwendbar sind (vgl. Art. 72), sondern verpflichtend (vgl. Art. 74).

Die konkreten Fälle, in denen eine Pflicht zur Anwendung europäischer Präferenzvorgaben eintritt, lässt der vorliegende Entwurf noch nicht erkennen. Der bereits vorliegende Vorschlag für den *Industrial Accelerator Act (IAA)* zeigt aber mögliche Probleme in diesem Zusammenhang auf. Wichtig wird daher in diesem Zusammenhang sein, dass für die öffentlichen Auftraggeber keine neuen Kontrollpflichten bezüglich der Anforderungen an die europäischen Herkunft entstehen. Zudem müssen die Mehrkosten in Folge der Herkunftsanforderungen verhältnismäßig bleiben. Artikel 76 (d) des Entwurfs sieht zwar eine Ausnahme bei unverhältnismäßigen Mehrkosten vor, ohne allerdings eine konkrete Schranke zu benennen. Im Rahmen der Diskussion um den IAA haben die kommunalen Spitzenverbände und der VKU einen Wert von 10% für die Annahme unverhältnismäßiger Mehrkosten vorgeschlagen.

Eine unverhältnismäßige Betroffenheit durch die Vorgaben des Kommissionsentwurfs ergibt sich insbesondere für die kommunalen Energieversorgungsunternehmen. Diese sind in hohem Maße den Kommunen, ihren Bürgerinnen und Bürgern und damit den Geboten der Versorgungssicherheit, der Wirtschaftlichkeit und der Bezahlbarkeit verpflichtet. Außerdem stehen die kommunalen Energieversorgungsunternehmen mit privaten Energiekonzernen im Wettbewerb, die mangels Pflicht zur Anwendbarkeit des Vergaberechts nicht von den neuen Vorgaben erfasst würden. Daher sind auch in diesem Zusammenhang Wettbewerbsverzerrungen zulasten der kommunalen Energieversorgungsunternehmen zu befürchten.

2. Losvergabe

Die Regelung in Artikel 95 des Entwurfs sieht vor, dass öffentliche Auftraggeber eine Unterteilung des Auftrags in Lose prüfen. Wichtig ist, dass öffentliche Auftraggeber dabei einen echten Entscheidungsspielraum haben und dass die Anforderungen an die Begründung nicht zu hoch sind. Auf den ersten Blick jedenfalls erscheinen die Anforderungen des Artikel 95 für die Praxis umsetzbar.

Eine entsprechende Vorgabe über die Losvergabe hätte dabei nicht zur Folge, dass öffentliche Auftraggeber nur noch Generalunternehmerverträge vergeben würden. Die Losaufteilung ist weiter möglich und wird im überwiegenden Maße aufgrund der Kleinteiligkeit, insbesondere bei Erhaltung, Sanierung und Bauen im Bestand, das Mittel der Wahl sein. Gleichzeitig würden aber auch neue serielle und modulare Ansätze, ingenieurtechnische Ideen sowie Innovationen erst durch eine Flexibilisierung des Losaufteilungsgrundsatzes nutzbar. Das ist mit Blick auf die angestrebte Steigerung öffentlicher

Investitionen für alle anbietenden Unternehmen, für öffentliche und insbesondere auch für kommunale Auftraggeber nur von Vorteil.

3. Neue Typen von Vergabeverfahren

Mit dem Entwurf werden das Offene Verhandlungsverfahren (vgl. Art. 36 ff.) und das Dynamische vereinfachte Verfahren (vgl. Art. 39 ff.) als neue Verfahrenstypen eingeführt. Damit werden das bislang bekannte offene Verfahren, das nichtoffene Verfahren sowie das Verhandlungsverfahren mit bzw. ohne vorherige Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung ersetzt.

Auf den ersten Blick ermöglichen die neuen Verfahrenstypen teilweise mehr Flexibilität als die bisherigen Vorgaben; allerdings finden sich auch noch etliche Unstimmigkeiten. Die neuen Vorgaben müssen wir noch im Detail prüfen und können daher hierzu noch keine abschließende Aussage treffen. Erste Anmerkungen finden sich im Abschnitt VII „Weitere punktuelle Anmerkungen“.

VI. Wichtige Aspekte für die kommunalen Versorgungsunternehmen

1. Klare Vorgaben für die sog. Strom- und Gaskonzessionen

a) Aktuelle Rechtslage für Wegenutzungsverträge

Seit der Liberalisierung der Strom- und Gasmärkte erfolgen auch in Deutschland der Strom- und Gasnetzbetrieb getrennt von der Belieferung der Endkunden mit Strom- und Gas. Bei den sog. „Strom- und Gaskonzessionen“ geht es nur noch um die Wegenutzungsverträge, die eine Kommune einem Unternehmen exklusiv zum Betrieb eines Strom- oder Gasnetzes erteilt.

Die Erteilung dieser Wegenutzungsverträge stellt nach allgemeinem Rechtsverständnis keine Konzession im Sinne des Vergaberechts dar. Dies wird abgeleitet aus Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe:

„(16) Außerdem sollten Vereinbarungen über die Gewährung von Wegerechten hinsichtlich der Nutzung öffentlicher Liegenschaften für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Leitungen oder Netze, über die eine Dienstleistung für die Allgemeinheit erbracht werden soll, ebenfalls nicht als Konzessionen im Sinne dieser Richtlinie gelten, sofern derartige Vereinbarungen weder eine Lieferverpflichtung auferlegen, noch den Erwerb von Dienstleistungen durch den öffentlichen Auftraggeber oder den Auftraggeber für sich selbst oder für Endnutzer vorsehen.“

Die Ausschreibung und Erteilung entsprechender Wegenutzungsverträge wird daher nicht durch das Vergaberecht geregelt, sondern durch § 46 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG). Folge ist u. a., dass nicht die Vergabekammern, sondern die Zivilgerichte für den Rechtsschutz zuständig sind. Des Weiteren gelten für Strom- und Gaskonzessionsverfahren nicht die vergaberechtlichen Verfahrensregeln, sondern das EnWG enthält eigene Regelungen zu Bekanntmachung, Vergabeverfahren, Rügen und zulässigen Vergabekriterien, die in den letzten 20 Jahren auf der Grundlage von Rechtsprechung und kartellbehördlicher Praxis erarbeitet wurden. Bei einer vergaberechtlichen Betrachtung ergäben sich vollkommen andere Vergabeverfahren.

b) Regelung im Entwurf der Verordnung und die Folgen

Der Entwurf enthält zwar einen eigenen Abschnitt über die Konzessionsvergabe. Eine dem o. g. Erwägungsgrund 16 entsprechende Regelung fehlt aber bislang. Möglich wäre es, die Formulierung des bisherigen Erwägungsgrundes 16 im Anschluss an die Regelung des Art. 110 des Entwurfs über

Begriffsbestimmung und Merkmale von Konzessionen anzufügen. Unter lit. d) des Art. 110 heißt es im letzten Satz:

“Agreements the sole or predominant subject matter of which is the granting of a right to use or exploit public domain or resources, including land or public property, and in respect of which the public buyer establishes only general conditions of use without entrusting the performance of specific works or services, shall not constitute concessions within the meaning of this Regulation.”

Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2014/23/EU würde sich als neuer Absatz (e) oder als Verlängerung des Absatzes (d) inhaltlich ohne Weiteres einfügen.

Der bisherige Entwurf ohne die vorgenannte Ergänzung würde hinsichtlich der Frage, welcher Rechtsrahmen künftig für die Erteilung von entsprechenden Wegenutzungsverträgen gilt, große rechtliche Unsicherheit auslösen. Insbesondere wäre zu klären, ob eine neue Verordnung den bislang geltenden § 46 EnWG komplett oder teilweise verdrängt. Bei einer nur teilweisen Verdrängung stellt sich zudem die Frage, welche Teile der bisherigen Regelung anwendbar blieben. Eine Anpassung des Energiewirtschaftsgesetzes würde dann wohl erforderlich.

Kommunen und Netzbetreiber brauchen hier Rechtssicherheit. Unklarheiten und insbesondere Doppelregelungen durch Vergaberecht und Energiewirtschaftsrecht sind unbedingt zu vermeiden. Wegen Einzelheiten zur Zweckmäßigkeit einer neuen Regelung werden wir noch eine Einschätzung der Verbände nachliefern.

2. Ergänzung der Definition der Sektorentätigkeit für Gas und Wärme, Art. 14

In den Bereichen der Versorgung mit Wärme und Gas gibt es in den letzten Jahren technische und marktwirtschaftliche Fortschritte, die das Vergaberecht durch eine Ergänzung der Definition der Sektorentätigkeiten Gas und Wärme nachzeichnen sollte. Dies betrifft einerseits die wachsende Bedeutung der Versorgung mit Wasserstoff. Außerdem wird neben der klassischen Wärmeversorgung auch die Versorgung mit Kälte (nah und fern) sowie die Versorgung mit Nahwärme immer wichtiger.

In der Praxis ist völlig unklar, ob die bisherigen Tatbestände der Gas- und Wärmeversorgung auch diese neuen Betätigungsfelder erfassen. Öffentliche Versorgungsunternehmen müssen daher für Betätigungen im Bereich Gas und Wasserstoff unterschiedliche vergaberechtliche Vorgaben anwenden (für Gas die Richtlinie 2014/25/EU und für Wasserstoff die Richtlinie 2014/24/EU). Das gleiche Problem besteht bei der Versorgung mit Wärme bzw. mit Kälte.

Klare Definitionen sind daher erforderlich, um den Versorgungsunternehmen bereichsübergreifend die Anwendung des Sektorenvergaberechts oder künftig jedenfalls auch die Anwendung der gleichen Schwellenwerte und der gleichen Ausnahmevorschriften zu ermöglichen. Da die neuen Betätigungsformen in der Regel unter Inanspruchnahme von Fördermitteln durchgeführt werden, ist Rechtssicherheit, um spätere Rückforderungen der Fördermittel auszuschließen, besonders wichtig. Dieses Bedürfnis würde auch unter einer neuen Rechtslage bei Umsetzung des Entwurfs bestehen.

Da private Auftraggeber eine Ausweitung der Definitionen der Sektorentätigkeiten ablehnen würden, haben wir unseren anliegenden Vorschlag so formuliert, dass sich die Ergänzung nur für öffentliche Auftraggeber auswirken würde, nicht aber für private Unternehmen.

a) Vorschlag für eine Ergänzung des Wortlauts des Artikel 14 des Entwurfs

Gas and heat

1. In relation to gas and heat, this Regulation shall apply to the following activities:

(a) the provision or operation of fixed networks intended to provide a service to the public in connection with the production, transport or distribution of gas or heat;

(b) the supply of gas or heat to such networks.

The first sentence also applies to corresponding activities relating to hydrogen and cooling.

2. The supply by a contracting entity other than a contracting authority of gas or heat to fixed networks which provide a service to the public shall not constitute a relevant activity within the meaning of paragraph 1 where both of the following conditions are met:

(a) the production of gas or heat by that contracting entity is the unavoidable consequence of carrying out activities other than those referred to in paragraph 1 of this Article or in Article 15, Article 16 or Article 17;

(b) and the supply to the public network is aimed only at the economic exploitation of such production and amounts to not more than 20 % of the contracting entity's turnover on the basis of the average for the preceding three years, including the year in which the supply is made.

Paragraph 1, sentence 2, does not apply to any activities carried out by a natural or legal person other than a public buyer.

b) Vorschlag für eine Ergänzung der Erwägungsgründe

Utilities should also be able to apply the procurement rules governing the utilities sector to modern supply activities—such as those involving hydrogen supply, cooling, or local heating. The aim is to avoid a situation where utilities are required to apply different procurement regulations for these activities. This principle should also apply to any new activities in the utilities sector that may emerge in the future.

Like natural gas, hydrogen is a gas that is distributed via pipelines and used primarily for heat supply. Replacing natural gas with CO₂-neutral hydrogen makes a significant contribution to decarbonization and, consequently, to climate protection. Systems for supplying heat and cold serve to establish temperature levels appropriate to the specific situation: Heat supply systems provide thermal energy for buildings, households, commercial enterprises, and industry. In contrast, cold supply systems are designed to selectively remove heat from spaces, food products, technical equipment, or processes in order to achieve a lower temperature level. Systems for supplying heat or cooling can serve entire cities or districts, or be limited to smaller, local residential areas or individual settlements. The supply of heat or cooling to a neighbourhood by utilities is also intended to provide a service to the public.

Other natural or legal persons not currently required to apply procurement law should not be brought within the scope of procurement law by the described expansion of the energy supply sector.

Anzumerken ist noch, dass eine entsprechende Interpretation bzw. Weiterentwicklung der Definition der Sektorentätigkeit „Gas und Wärme“ nicht gegen übergeordnetes WTO-Recht verstößt.

VII. Weitere punktuelle Anmerkungen

Der Komplexität und der Aktualität des Entwurfs geschuldet können die nachfolgenden Ausführungen nur eine erste, unvollständige Auflistung von Auffälligkeiten darstellen.

1. Art. 3 – Schwellenwert für soziale und andere besondere Dienstleistungen

Der Entwurf des Art. 3 Abs. 1 (d) sieht einen Schwellenwert von 750.000 Euro vor für Aufträge über Sozial-, Gesundheits- und Bildungsdienstleistungen. Dabei dürfte es sich um die sog. Dienstleistungsaufträge betreffend soziale und andere besondere Dienstleistungen gem. Art 4 d) der Richtlinie 2014/24/EU bzw. gem. Art. 15 c) der Richtlinie 2014/25/EU handeln.

Dieser Schwellenwert beträgt bei Anwendung der Vergaberichtlinie 750.000 Euro, bei Anwendung der Sektorenrichtlinie 1.000.000 Euro. Der Schwellenwert sollte auch für die Sektorenauftraggeber jedenfalls nicht abgesenkt werden.

Wir schlagen daher einen neuen einheitlichen Wert von 1.000.000 Euro vor. Dieser Wert kann von der EU selbstständig festgelegt werden, da er nicht aus dem WTO GPA resultiert.

2. Art. 12 – Dokumentationspflicht bei Auftragsvergabe im Konzern

Gem. Art. 12 Abs. 4 soll bei der Auftragsvergabe innerhalb von verbundenen Unternehmen oder innerhalb von Gemeinschaftsunternehmen eine neue Dokumentationspflicht gem. Art. 105 eingeführt werden. Das würde zu einem enormen Anstieg von Veröffentlichungspflichten bei Konzerngesellschaften führen.

Wir schlagen vor, diese neue Dokumentationspflicht ersatzlos zu streichen. Denn auch hier geht es nicht um Beschaffungen am Binnenmarkt. Der Aufwand für Dokumentationen gem. Art. 105 sollte eingespart werden, solange kein dringendes Argument für die Erhebung der Daten vorliegt.

3. Art. 24 – Rechtsform von Bietergemeinschaften

Nach dem Entwurf zu Art. 24 Abs. 5 sollen Auftraggeber nach Zuschlagerteilung nicht mehr berechtigt sein, den Wirtschaftsteilnehmern eine bestimmte Rechtsform vorzuschreiben.

Diesen Absatz, der im Widerspruch steht zu Art. 19 Abs. 3 der Vergaberichtlinie, würden wir streichen. Für eine derartige Regelung kann in Einzelfällen durchaus ein Bedürfnis bestehen. Den Bieter würde mit der Neuregelung auch kein Gefallen getan; denn alternativ könnte die Rechtsform bei entsprechender Rechtfertigung unmittelbar als Eignungskriterium eingesetzt werden. Bieter wären sodann bereits vor der (ungewissen) Zuschlagserteilung zum Rechtsformwechsel angehalten.

4. Art. 29 – Nachweise für die Eignung von Wirtschaftsteilnehmern

Bieter müssen sich gem. Art. 29 künftig zwingend über den Elektronischen Eignungsprüfungsdienst gem. Art. 129 des Entwurfs registrieren. Der Dienst soll öffentliche Auftraggeber und Wirtschaftsteilnehmer beim digitalen Verfahren zur Überprüfung der Teilnahmeberechtigung unterstützen.

Allerdings prüfen die öffentlichen Auftraggeber demnach selbst nicht mehr die Eignung der Bieter. Dies bedeutet damit zugleich eine deutliche Beschränkung der Kompetenzen der öffentlichen Auftraggeber im Vergabeverfahren.

Die neue Pflicht der Auftraggeber, die Auswahlkriterien auch auf einem anderen Medium zu veröffentlichen als auf der ohnehin zu verwendenden E-Vergabepattform dürfte zudem den administrativen Aufwand erhöhen. Das gilt gleichermaßen für die Bieter, die nicht durch den Eindruck neuer Bürokratie verschreckt werden sollen.

Wir schlagen daher vor, die Nutzung des Elektronischen Eignungsprüfungsdienstes als Alternative zur Eignungsprüfung durch die Auftraggeber zu implementieren, und nicht als Ersatz. Dies sollte jedenfalls für eine Übergangsphase in den ersten Jahren möglich sein.

5. Art. 31 – Neue Pflicht zur Erstellung eines Bedarfsplans

Die Erstellung eines Bedarfsplans zu Beginn jeder Haushaltsperiode dürfte mit einem hohen administrativen Aufwand verbunden sein. Darüber hinaus bleibt unklar, wie mit spontan erforderlichen Vergaben umzugehen ist. Ob ein Bedarfsplan überhaupt einen Mehrwert hat, ist äußerst fraglich, zumal dieser öffentliche Auftraggeber nicht dazu verpflichtet, die im Plan angekündigten Beschaffungen tatsächlich durchzuführen. Daher sollte von dieser neuen, aus unserer Sicht lediglich bürokratischen Last von vornherein abgesehen werden.

6. Art. 32 – Marktkonsultation

Marktkonsultationen gem. Art. 32 sind künftig gem. Art. 105 des Entwurfs zu veröffentlichen. Damit wird unnötiger Aufwand geschaffen. Dies ist abzulehnen. Vielmehr sollte die bislang für Markterkundungen bestehende Flexibilität beibehalten werden.

7. Art. 34 – Auftragswertberechnung

Die Vorgaben über die Auftragswertberechnung gem. Art. 34 des Entwurfs sind deutlich knapper gefasst als in der bisherigen Regelung des Art. 5 der Richtlinie 2014/24/EU. Dass eine kurze Regelung besser ist als eine präzise, dafür aber längere Regelung, würden wir in diesem Fall anzweifeln.

So fehlen etwa Vorgaben bezüglich der Behandlung kleiner Lose mit weniger als 20 Prozent des Gesamtwerts aller Lose. Oder auch im Hinblick auf die Berechnung des Auftragswerts von Dienstleistungsaufträgen mit unbestimmter Laufzeit fehlt eine Berechnungsmethode. Ob hier auf die Regelungen aus der Richtlinie 2014/24/EU zurückgegriffen werden soll, ist völlig unklar.

Es ist daher davon auszugehen, dass die Kürzung des Regelungstextes hier nicht für mehr Flexibilität sorgt, sondern für mehr Rechtsunsicherheit. Die Vorgaben über Auftragswertberechnung sollten daher noch einmal sorgfältig überarbeitet werden.

8. Art. 36 ff. – Offenes Verhandlungsverfahren

a) Fehlende Regelung für Qualifizierungssysteme für Sektorenauftraggeber

Der neuen Pflicht zur Erstellung eines Bedarfsplans steht der Wegfall der Möglichkeit der Einrichtung und des Betriebs von Qualifizierungssystemen durch Sektorenauftraggeber i. S. v. Art. 77 der Richtlinie 2014/25/EU gegenüber. Dass Qualifizierungssysteme nicht mehr vorgesehen sind, macht auch der Entwurf zu Art. 36 Abs. 2 deutlich.

Qualifizierungssysteme haben sich in der Praxis bewährt und sind ein wichtiges Mittel für Auftraggeber wie auch für Bieter geworden. Es sollte daher geprüft werden, ob die bisherigen Qualifizierungssysteme neben dem neuen Bedarfsplan gem. Art. 31 sowie dem neuen Elektronischen Eignungsprüfungsdienst gem. Art. 129 des Entwurfs weiter beibehalten werden können.

b) Vergabe des Auftrags an das beste Angebot gem. Art. 93 des Entwurfs

Die Erteilung des Zuschlags soll gem. Art. 38 i.V.m. Art. 93 an den Wirtschaftsteilnehmer erfolgen, der das beste Preis-Leistungs-Verhältnis bietet. Dies beinhaltet eine Mindestgewichtung für die Qualität des Angebots, soweit nicht ein Ausnahmetatbestand vorliegt. Durch die Festlegung der verpflichtenden Mindestgewichtung für die Qualität als Zuschlagskriterium auf 30 bzw. 50 Prozent erfolgt ein großer Eingriff in das Gebot der Wirtschaftlichkeit. Ob dieser Eingriff tatsächlich erforderlich ist bzw. ob die Ausnahmetatbestände in Absatz 4 ausreichen, sollte noch einmal vertieft geprüft werden.

9. Art. 39 ff. – Dynamisches vereinfachtes Verfahren

Die Regelung des Art. 41 über Einladungen zu Verhandlungen ist deutlich strenger und komplexer als die bisherige vergleichbare Vorgabe in Art. 65 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU. Dort wird vorgeschrieben, mindestens drei Bewerber zu Verhandlungen einzuladen. Zudem muss die Zahl der eingeladenen Bewerber ausreichend hoch sein, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist.

Die neue Vorgabe sieht mindestens fünf einzuladende Bewerber vor. Bei mehr als fünf Interessenten soll die Auswahl durch eine zufällige, algorithmische Auswahl ermittelt werden. Im Sinne der Transparenz und Nichtdiskriminierung klingt diese Vorgabe zwar sehr modern. Für die Praxis bedeutet dies aber vor allem Mehraufwand. Zudem sollte der öffentliche Auftraggeber und nicht ein Logarithmus für die Auswahl der Bieter zuständig sein.

Die in Art. 43 des Entwurfs vorgesehene Erstellung einer Rangliste der Ergebnisse der Bewertung der Angebote der an den Verhandlungen teilnehmenden Bieter und die Übermittlung dieser Rangliste an die Bieter sehen wir vor dem Hintergrund des Gebots des Geheimwettbewerbs, einem zentralen Grundsatz des Vergaberechts, sehr kritisch.

10. Art. 98 – Rahmenvereinbarungen

Die Laufzeit von Rahmenvereinbarungen soll gem. dem Entwurf zu Art. 98 künftig auf drei Jahre (bei Rahmenvereinbarungen mit einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer) bzw. auf fünf Jahre (bei Rahmenvereinbarungen mit mehreren Wirtschaftsteilnehmern) begrenzt werden. Die Richtlinie 2014/25/EU sieht bislang in Art. 51 eine maximale Laufzeit von Rahmenvereinbarungen von acht Jahren vor. Für Sektorenauftraggeber führt Art. 98 somit zu spürbar weniger Flexibilität. Die maximale Laufzeit sollte daher von fünf auf acht Jahre angehoben werden.

Zudem ist die in der Richtlinie 2014/24/EU enthaltene Bestimmung, die eine längere Laufzeit in hinreichend begründeten Ausnahmefällen insbesondere aufgrund des Gegenstands der Rahmenvereinbarung zulässt, nicht mehr im Vorschlag enthalten, sie sollte aber ergänzt werden.

Des Weiteren sollten Rahmenvereinbarungen bei Vorliegen zu definierender Voraussetzungen flexibler verlängert und insbesondere auch nachträglich noch um neue Auftraggeber/Abrufberechtigte ergänzt werden können. Dies war zu Recht auch eine Forderung der Bundesrepublik Deutschland (Stellungnahme vom Juli 2025), die wir unverändert und nachdrücklich unterstützen. Um das Instrument flexibler z.B. für die gemeinsame IT-Beschaffung einer Gruppe von Behörden/Gebietskörperschaften nutzen zu können, sollte es grundsätzlich genügen, den Umfang der abrufbaren Leistungen und die Höchstzahl der abrufberechtigten Gebietskörperschaften (z.B. Kontingent für „bis zu 50“ Landkreise/Städte oder Gemeinden) festzulegen, aber nicht schon jeden einzelnen Abrufberechtigten abschließend bestimmen zu müssen.