

Berlin, 30. September 2026

Proposal for a Regulation on public contracts and concessions

Stellungnahme zum Vorschlag der EU-Kommission vom 09.09.2026

- Ersteinschätzung -

Inhalt

I.	Position in Kürze	4
II.	Konkrete Empfehlungen zur Anpassung des Kommissionsvorschlags	5
III.	Grundsätzliche Anmerkungen zum Entwurf	6
1.	Vergaberecht weiterhin durch Richtlinie regeln.....	6
2.	Anhebung der Schwellenwerte	6
3.	Zusammenführung von drei Vergaberichtlinien.....	7
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.....	8
4.	Lokale und regionale Verwaltungszusammenarbeit gem. Art. 82	9
5.	Ausnahme für Inhouse-Geschäfte	10
V.	Weitere wichtige Aspekte für die kommunale Ebene	13
1.	Umweltorientierte und sozial verantwortliche öffentliche Auftragsvergabe	13
2.	Sicherheit und Widerstandsfähigkeit, Art. 66 ff.....	17
3.	Europäische Präferenz, Art. 70 ff.	18
4.	Aufteilung in Lose, Art. 100	19
5.	Neue Typen von Vergabeverfahren	19
VI.	Wichtige Aspekte für die kommunalen Versorgungsunternehmen	20
1.	Klare Vorgaben für die sog. Strom- und Gaskonzessionen.....	20
2.	Ergänzung der Definition der Sektorentätigkeit für Gas und Wärme, Art. 14.....	20
3.	Wasserkonzessionen	22
VII.	Weitere punktuelle Anmerkungen	23
1.	Schwellenwert für soziale und andere besondere Dienstleistungen, Art. 2	23
2.	Freistellungsverfahren, Art. 20	23
3.	Rechtsform von Bietergemeinschaften, Art. 22	23
4.	Untervergabe, Art. 24.....	24
5.	Fakultative Ausschlussgründe, Art. 26.....	24
6.	Nachweise für die Eignung von Wirtschaftsteilnehmern, Art. 28, 133	24
7.	Bedarfsplan, Art. 31 des inoffiziellen Entwurfs	24
8.	Marktkonsultation, Art. 30	24
9.	Auftragswertberechnung, Art. 32.....	25
10.	Offenes Verfahren, Art. 34f.	25
11.	Dynamisches Verfahren, Art. 36 ff.	25
12.	Besondere Verfahren und Instrumente	25
13.	Sonstige ausgeschlossene öffentliche Aufträge, Art. 85	26
14.	Zuschlagskriterien, verpflichtende Qualitätskriterien, Art. 98.....	26

15.	Lebenszykluskostenrechnung, Art. 99.....	26
16.	Rahmenvereinbarungen, Art. 103.....	26
17.	Dokumentation der Verfahren, Art. 109 ff.	27
18.	Nationale Datenräume für das öffentliche Beschaffungswesen, Art. 134.....	27
19.	Befugnis zum Erlass delegierter Rechtsakte durch die Kommission, Art. 141.....	27

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. Für die Möglichkeit, eine Stellungnahme/Erstbewertung² abgeben zu können, möchten wir uns bedanken.

Die Verbände haben den Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über öffentliche Aufträge und Konzessionen vom 09.09.2026 mit großem Interesse zur Kenntnis genommen. Der Vorschlag enthält begrüßenswerte Erleichterungen des Vergaberechts. Im Vergleich zum inoffiziellen Entwurf des Vorschlags vom Juli 2026 enthält der offizielle Vorschlag nun einige gute Weiterentwicklungen, teilweise aber wieder mehr Hindernisse und Bürokratie. An etlichen zentralen Stellen gibt es weiter großen Anpassungsbedarf und Unstimmigkeiten, die noch korrigiert werden müssen.

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 Vorschlag noch weiter 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 werden. **Inhouse-Vergaben** müssen weiterhin rechtssicher **an kommunale Konzernunternehmen** erteilt werden können. Das sind zentrale 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 werden. 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. Eine neue Vorgabe in Rechtsform der Verordnung sollte es den Mitgliedstaaten bei der Losvergabe nicht gestatten, bestehende Hindernisse für eine effiziente öffentlichen Beschaffung aufrechtzuerhalten.

Schließlich sind bei den Vorgaben über die **Sektoren** 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 Vorschlags 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 klargestellt werden, dass sich auch bei der **Vergabe an konzernangehörige Unternehmen** die Prüfung des Wesentlichkeitskriteriums auf das jeweils zu beauftragende Unternehmen bezieht und nicht auf den Konzern.
- 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 Vorschlag ermöglicht grundsätzlich eine **Losvergabe** nach angemessener Prüfung durch die öffentlichen Auftraggeber. Die Abweichungsmöglichkeit für die Mitgliedstaaten muss aber dringend gestrichen werden.
- Es ist zu begrüßen, dass die Versorgung der Allgemeinheit mit **Wasserstoff** künftig eine **Sektorentätigkeit** darstellt. Gleiches sollte für die Versorgung mit **Kälte** und **Nahwärme** gelten.
- Die Anwendbarkeit einer entsprechenden Verordnung darf aufgrund des zu erwartenden außerordentlich umfangreichen Umstellungsprozesses erst nach einer deutlich längeren **Übergangszeit** erfolgen.

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. Die Regelung durch eine unmittelbar geltende EU-Verordnung lehnen wir jedoch kategorisch ab: Auch künftig sollte die Regelung durch eine 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 eingeübte 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. Für den Anwender dürfte die Einführung einer Verordnung 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. Dazu käme höherer Änderungsbedarf beim Fördermittelrecht sowie für Plattformbetreiber von Vergabemanagementsystemen.

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. 6 ausdrücklich:

"(...) Apart from those periodic mathematical adjustments, the Commission will explore with GPA partners the question of an increase in the thresholds set in the GPA⁴."

Die Anpassung der Schwellenwerte sollte auch im Wortlaut der Verordnung fixiert werden. Dort sollte eine Bemühungspflicht für eine Weiterentwicklung des 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 Die Bezugnahmen im Rahmen der Stellungnahme betreffen grundsätzlich die *Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe* (Vergaberichtlinie). Bei besonderer Betroffenheit wird auch auf die *Richtlinie 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste* (Sektorenrichtlinie) sowie die *Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe* (Konzessionsvergaberichtlinie) verwiesen.

⁴ *Agreement On Government Procurement* - WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen.

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 bestimmten Ausnahmebestimmungen und einem abweichenden Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungen, künftig die gleichen Vorgaben an. Das ist zu begrüßen. Denn es wird beabsichtigt, 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. Teilweise sind diesbezüglich noch Korrekturen vorzunehmen.

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 von Beschaffungen am Markt und Eigenerledigungen bedarf es einer Regelung. Ein gutes Beispiel für eine Abgrenzungsregelung findet sich im 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 und praktikable Abgrenzung 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, die Verwaltungsdigitalisierung, aber auch die Bereiche "Konzept zivile Verteidigung" und Resilienz. Hier müssen in den kommenden Jahren europaweit umfassende Transformationsprozesse umgesetzt werden. Die EU-Vorgaben in Art. 80 ff. des aktuellen Vorschlags der Kommission 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. 81 Abs. 1 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. Dass der aktuelle Vorschlag vom 09.09.2026 einzelne beschränkende Aspekte des vorherigen Entwurfs nicht mehr enthält, ist ein Schritt in die richtige Richtung.

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. In diese Richtung geht bereits Art. 82 über die lokale und regionale Verwaltungszusammenarbeit. Aufgrund der beschränkten Reichweite dieser Ausnahme bleibt eine praktikable allgemeine Ausnahme für die interkommunale Zusammenarbeit aber nach aktuellem Stand weiter erforderlich.

Geprüft werden sollte im Rahmen der künftigen Ausnahmeregelung in Art. 81 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:

“This Regulation does not apply to a contract concluded exclusively between two or more public buyers concerning cooperation between the participating public buyers.”

b) Anmerkung zu den jüngsten Anpassungen des Vorschlags zu Art. 81

Der Vorschlag der Kommission vom 09.09.2026 verzichtet in der Regelung der „Public-public cooperation“ in Art. 81 anders als noch der entsprechende Entwurf des Art. 11 Abs. 4 aus der

inoffiziellen Fassung vom Juli 2026 auf die Berichtspflicht über die Anwendung der Ausnahme an die Kommission. Das ist folgerichtig. Denn bei Nutzung der Ausnahme geht es gerade nicht um Beschaffungen am Binnenmarkt. Daher gibt es auch kein Argument für die Erhebung der Daten im Zusammenhang mit dem Vergaberecht. Zudem dürfte der Aufbau neuer Dokumentationspflichten dem angestrebten Ziel der Vereinfachung des Vergaberechts widersprechen.

Richtig ist zudem, dass die Verordnung bei Vorliegen der Voraussetzungen insgesamt nicht anzuwenden ist. In der vorherigen Fassung war nur vorgesehen, dass kein Vergabeverfahren stattfinden muss. Auch die Tatsache, dass mitgliedstaatenübergreifende Kooperationen die Ausnahme nutzen können, ist richtig.

Die Präzisierung, dass die Voraussetzungen zum Zeitpunkt der Vergabe vorliegen müssen, ist ebenfalls zu begrüßen. Die Vorgabe signalisiert, dass eine dauerhafte Prüfung der Voraussetzungen nicht vorgesehen ist. Gerade im Hinblick auf das Wesentlichkeitskriterium sorgt dies für Rechtssicherheit.

Neu ist auch die Erläuterung der „Kooperationsbeziehung“ in Art. 81 Abs. 2:

“A cooperative relationship pursuant to paragraph 1, point (a), may cover all types of activities in any legal form or temporary structure or agreement but requires genuine collaboration by all parties through effective contributions which may be identical or complimentary or different in size or nature but shall not be limited to cost-sharing.”

Die Erläuterung enthält durchaus einige hilfreiche Aspekte. Eine Kostenteilung muss jedenfalls als ein Bestandteil von Kooperationen akzeptiert werden. Ein Ausschluss jeglicher Kostenteilung wäre dagegen sehr problematisch.

Die Probleme, die aus dem von der Rechtsprechung entwickelten Erfordernis eines kooperativen Konzepts folgen, behebt die neue Erläuterung allerdings noch nicht. Dies Problem sollte aber durch die Ergänzung des folgenden Satz 2 gelöst werden:

“A formal concept is not required.”

4. Lokale und regionale Verwaltungszusammenarbeit gem. Art. 82

Die neue Ausnahme in Art. 82 „*Local and regional administrative cooperation*“ ist grundsätzlich sehr zu begrüßen. In den Details sind aber noch 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 Vorschlags oder um öffentlich-rechtliche Einrichtungen gem. Art. 7 Abs. 4 des Vorschlags 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. Für die Erweiterung des personellen Anwendungsbereichs dieser Ausnahme spricht, dass es sich bei den Verbänden und öffentlich-rechtlichen Einrichtungen gem. Art. 7 Abs. 1 und Abs. 4 ebenfalls um lokale und regionale Behörden handelt, deren Zusammenarbeit, so wie es Erwägungsgrund 38 beschreibt, kaum zu einer Wettbewerbsverzerrung gegenüber Wirtschaftsteilnehmern führen wird.

Wünschenswert, wenngleich nicht in gleichem Maße erforderlich wie die vorgenannte Anpassung des Anwendungsbereichs, wäre auch die Möglichkeit, „inhouse“ beauftragte kommunale Unternehmen einzubeziehen.

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 oder sogar überhaupt nicht 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.

Aus Gesprächen mit Vertretern der Europäischen Kommission haben wir mitgenommen, dass ein derart restriktives Verständnis des Begriffs „eigene Ressourcen“ nicht beabsichtigt ist. Dies ist umso mehr ein Grund, eine unmissverständliche Formulierung zu finden, die eine sinnvolle Anwendung der Ausnahme ermöglicht.

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 Vorschlags nutzen. Wir schlagen daher folgende Anpassung des Vorschlags zu Art. 82 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.~~”

5. 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 und deren Verwendung 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 der Richtlinie 2014/24/EU 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) Anmerkungen zur Reaktion der Kommission auf das EuGH-Urteil

Die Kommission hatte mit dem inoffiziellen Entwurf vom Juli 2026 das o. g. Urteil des EuGH aufgegriffen und einen neuen Unterabsatz zur Regelung des Wesentlichkeitskriteriums (Artikel 11 Abs. 5

Unterabsatz 2 des Entwurfs) eingefügt. Diese Ergänzung, die letztendlich nicht in den offiziellen Vorschlag übernommen wurde, lautete:

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

Diese Ergänzung haben die kommunalen Spitzenverbände und der VKU gegenüber der Kommission deutlich kritisiert. Denn 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“. 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. Mit dem o. g. EuGH-Urteil wird die Inhouse-Fähigkeit von öffentlichen Konzernunternehmen nunmehr im Grundsatz hinterfragt.

Die Zugehörigkeit zu einem Konzern für sich genommen stellt – wie beschrieben – kein Indiz für die Absicht dar, die Vorgaben der Inhouse-Ausnahme bezüglich des sog. Wesentlichkeitskriteriums zu umgehen. Dies muss eine neue Vergabeverordnung oder -richtlinie rechtsicher regeln.

Es ist daher zunächst sehr zu begrüßen, dass die Kommission die aus dem EuGH-Urteil resultierende Problematik erkannt hat, und die oben zitierte ergänzende Vorgabe zum Wesentlichkeitskriterium nicht in den offiziellen Vorschlag übernommen hat. Ebenfalls zu begrüßen ist in diesem Zusammenhang der erste Satz des Erwägungsgrundes 38 des Vorschlags:

“The existing exclusions from scope for certain types of contracts awarded by public buyers to legal persons controlled by them or within public-public cooperation arrangements should be maintained.”

Für eine rechtssichere Klarstellung ist aber eine weitere Ergänzung jedenfalls in den Erwägungsgründen erforderlich.

d) Klarstellung für eine rechtssichere Anwendung des Wesentlichkeitskriteriums

Der Umstand,

- dass die Kommission zunächst in einem Vorentwurf die konzernweite Anwendung der Wesentlichkeitsprüfung vorgibt,
- diese Vorgabe im späteren Vorschlag wieder fallen lässt
- und in den Erwägungsgründen formuliert wird, dass die bestehende Ausnahme vom Anwendungsbereich für Aufträge von öffentlichen Auftraggebern an von ihnen kontrollierte juristische Personen beibehalten wird,

stellt jedenfalls ein Indiz dafür da, dass Inhouse-Geschäfte mit Konzernunternehmen grundsätzlich weiter möglich sein sollen. Allerdings bleibt auch der Erwägungsgrund 38 interpretierbar und führt

nach diesseitiger Auffassung noch nicht zu der Rechtssicherheit, die angesichts des o. g. EuGH-Urteils und der dortigen Argumentationsführung erforderlich ist.

Mit Blick auf die Folgen in der Praxis halten wir eine klarstellende Ergänzung der Regelung für dringend erforderlich. Wir schlagen daher vor, in Erwägungsgrund 38 des Vorschlags nach Satz 1 einen neuen Satz 2 einzufügen:

“When public buyers award contracts to a controlled legal person that is part of a group, or when cooperating with such a legal person, the relevant turnover or alternative activity-based measure of that legal person in question must be assessed, unless there is reason to fear an adverse effect on competition in the specific case.”

Der neue Satz 2 beschreibt, wie das Wesentlichkeitskriterium bei der Vergabe an Konzernunternehmen anzuwenden ist, lässt dabei aber für Umgehungsfälle oder sonstige denkbare Wettbewerbsbeschränkungen ein Vorgehen entsprechend der EuGH-Entscheidung zu.

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.)

e) Weitere Anmerkungen zur Inhouse-Ausnahme gem. Art. 80

Es ist zu begrüßen, dass die Kommission in ihrem Vorschlag vom 09.09.2026 auf eine Berichtspflicht im Fall der Anwendung der Ausnahme verzichtet. Richtig ist zudem, dass die Verordnung bei Vorliegen der Voraussetzungen insgesamt nicht anzuwenden ist. Das gilt auch für die Vorgabe, dass die Voraussetzungen zum Zeitpunkt der Vergabe vorliegen müssen. Auch die nun wieder vorgesehene Einbeziehung mitgliedstaatenübergreifender Sachverhalte ist zu begrüßen.

Die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, strengere Regelungen zu erlassen, sehen wir grundsätzlich kritisch. Dass die Mitgliedstaaten die Rahmenbedingungen der Betätigung öffentlicher Unternehmen regeln können, ist allerdings nicht in Frage zu stellen.

V. Weitere wichtige Aspekte für die kommunale Ebene

Neben Fragen des Anwendungsbereichs der Verordnung werden die verstärkte Berücksichtigung strategischer Aspekte (umweltorientierte und soziale Aspekte, Sicherheit sowie EU-Herkunft), die neue Ausgestaltung der Vergabeverfahren i.e.S. und auch die Regelung der Losvergabe für alle beteiligten Akteure auf kommunaler Ebene sehr praxisrelevant.

1. Umweltorientierte und sozial verantwortliche öffentliche Auftragsvergabe

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. Art. 50 des Vorschlags) sowie soziale Aspekte (vgl. Art. 55) bei der Auftragsvergabe berücksichtigen können. Soweit eine Pflicht zur Berücksichtigung bestimmter ökologischer Aspekte (vgl. Art. 54) bzw. sozialer Aspekte (vgl. Art. 56) angeordnet wird, sehen wir dies jedoch grundsätzlich sehr kritisch.

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.

Daher ist es richtig, dass sowohl hinsichtlich ökologischer wie auch sozialer Vergabekriterien in den Art. 50 und 55 grundsätzlich eine optionale Einbeziehung vorgesehen wird.

b) Anforderungen an die umweltorientierte öffentliche Beschaffung bestimmter Produkte, Art. 54

Bei bestimmten Produkten ist die Anwendung ökologischer Kriterien allerdings verpflichtend. Das gilt zunächst im Zusammenhang mit den in Annex VII genannten Rechtsakten. Zudem soll die Kommission gem. Art. 54 Abs. 2 i.V.m. Art. 141 durch delegierten Rechtsakt ermächtigt werden, bezüglich weiterer Beschaffungsgegenstände verpflichtende Umweltvorgaben festzusetzen.

Aus Sicht der Kommission mag diese Regelung nachvollziehbar sein. Für die öffentlichen Auftraggeber bedeutet diese Regelung vor allem Unklarheit über künftige Beschaffungsregeln.

Dass die verpflichtende Vorgabe von Umweltkriterien bezüglich einzelner Produkte deutliche Auswirkungen auf die öffentlichen Auftraggeber hat, zeigt das Beispiel des Industrial Accelerator Acts (IAA). Die im Vorschlag des IAA vorgesehene Verpflichtung öffentlicher Auftraggeber zur anteiligen Beschaffung von Stahl, Aluminium und Zement aus CO₂-armer, europäischer Produktion bedeutet für die öffentlichen Auftraggeber einen deutlichen administrativen sowie finanziellen Mehraufwand. Für die kommunalen Energieversorger können die aus dem IAA zu erwartenden Mehrkosten dazu führen, dass Investitionen in Energiewende-Projekte unrentabel werden und daher nicht mehr umgesetzt werden. Dabei ist die Idee für den IAA aus geopolitischer Sichtweise grundsätzlich durchaus nachvollziehbar.

Der ebenfalls noch in der politischen Diskussion befindliche IAA zeigt daher, dass zusätzliche Belastungen öffentlicher Auftraggeber äußerst behutsam geregelt und möglichst geringgehalten werden müssen.

c) Benachteiligung öffentlicher Energieversorger im Wettbewerb vermeiden

Dass finanzielle Mehrbelastungen als Folge (neuer) vergaberechtlicher Pflichten möglichst zu vermeiden sind, gilt grundsätzlich für alle öffentlichen Auftraggeber, in besonderem Maße aber für die öffentlichen Energieversorgungsunternehmen. Dies ist auch im Zusammenhang mit der in Art. 54 Abs. 2 geregelten Ermächtigung der Kommission zu beachten, nach welcher die Kommission für bestimmte Beschaffungsgegenstände verbindliche Umweltkriterien festlegen kann.

Denn anders als die öffentlichen Energieversorgungsunternehmen müssen private Energieversorger nicht das Vergaberecht und damit auch nicht die neuen sog. strategischen Vergabekriterien anwenden. Im Wettbewerb auf dem Energiemarkt werden die öffentlichen Energieversorger gegenüber ihren privaten Konkurrenten somit allein aufgrund der Tatsache benachteiligt, dass erstere aufgrund einer Mehrheitsbeteiligung öffentlicher Stellen die Voraussetzungen eines öffentlichen Auftraggebers (bzw. eines Sektorauftraggebers) erfüllen und so Vergaberecht und z. B. auch den IAA beachten müssen.

Durch verpflichtend anwendbare strategische vergaberechtliche Kriterien werden die öffentlichen Energieversorger 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 die Ungleichheit im Wettbewerb von privaten und öffentlichen Energieversorgungsunternehmen somit spürbar vergrößern. Um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, sollte Art. 54 Abs. 3 daher um eine „Opt-out“-Regelung für Aufträge im Zusammenhang mit der Energieversorgung ergänzt werden. Investitionen in „Energiewende-Projekte“ würden so nicht durch finanziellen Mehraufwand belastet. Und das ist letztendlich auch eine Maßnahme im Sinne des Umwelt- und Klimaschutzes.

Wir schlagen folgende Ergänzung des Art. 54 Abs. 3 vor:

“(c) the required products or services are related to activities pursuant to Article 12 or 13 of this Regulation.”

Würde die Pflicht zur Anwendung bestimmter strategischer Kriterien im Einzelfall als besonders 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. Die Schaffung neuer, vertiefender Wettbewerbsverzerrungen dürfte nach diesseitiger Ansicht nicht durch neue verpflichtende Vergabekriterien zu rechtfertigen sein.

d) Alternative Möglichkeiten zur Förderung sozialer und ökologischer Vergabekriterien

Schließlich würden neue verpflichtende Vergabekriterien unterlegenen Bietern neue Angriffspunkte bieten, die sie für die Begründung eines Nachprüfungsverfahrens und damit für die Unterbrechung des Beschaffungsprozesses nutzen könnten. Ob es tatsächlich sachgerecht ist, dass Bieter die Einhaltung von ökologischen oder sozialen Standards überwachen können, muss kritisch hinterfragt werden. Eine Förderung der Einbeziehung sozialer und ökologischer Vergabekriterien nach Ermessen der öffentlichen Auftraggeber dürfte eher erreicht werden, wenn Fehler bei der Verwendung ökologischer oder sozialer Vergabekriterien nicht mehr subjektive Bieterrechte hinsichtlich der Einhaltung vergaberechtlicher Vorgaben begründen würden, jedenfalls wenn ein solcher Fehler nicht zu einer Ungleichbehandlung der Bieter führt.

Eine entsprechende Anpassung der subjektiven Bieterrechte im Zusammenhang mit ökologischen und sozialen Vergabekriterien in Verbindung mit einer konsequenten „Kann-Regelung“ dürfte öffentliche Auftraggeber dazu motivieren, von diesen Kriterien vermehrt Gebrauch zu machen. Auch wenn sich die entsprechenden Vorgaben überwiegend in der sog. Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG befinden, wäre eine Regelung dieses besonderen Aspekts im vorliegenden Verordnungsgebungsverfahren möglich.

Vorzugswürdig im Sinne einer konstruktiven Lösung wäre zudem eine verstärkte Verwendung von ESG-Labeln 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.

e) Weitere Anmerkungen zur umweltorientierten sowie sozialen Beschaffung

(1) Energieeffizienz-Vorgaben bei Erwerb oder Vermietung von Gebäuden, Art. 52

Art. 52 legt fest, dass öffentliche Auftraggeber energieeffiziente Leistungen beschaffen. Art. 52 Abs. 1 (d) enthält konkrete Energieeffizienzvorgaben im Zusammenhang mit dem Erwerb oder der Vermietung von Gebäuden. Dabei sind der Erwerb, die Anmietung von Grundstücken, bestehenden Gebäuden oder anderen Immobilien sowie von Rechten daran gem. Art. 85 Abs. 1 (d) nicht Gegenstand der Verordnung. Art. 52 Abs. 1 UAbs. 2 möchte nun von dieser Ausnahme eine Rückausnahme machen, soweit es um Energieeffizienzvorgaben bei Gebäuden etc. geht.

Diese Rückausnahme lehnen wir aus Gründen der Rechtsklarheit ausdrücklich ab. Die vorliegende Verordnung regelt die Beschaffung von Leistungen und insbesondere die diesbezüglichen Verfahren. Wenn bestimmte Gegenstände nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen, erscheint es fernliegend, Detailvorgaben zu diesen Beschaffungsgegenstand im Rahmen dieser Verordnung zu regeln. Regelungen wie in Art. 52 Abs. 1 (d) des Vorschlags müssten vielmehr in der *Richtlinie (EU) 2024/1275 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden* oder in der *RICHTLINIE (EU) 2023/1791 zur Energieeffizienz* geregelt werden.

(2) Barrierefreiheit, Art. 56

Barrierefreiheit, d. h. die Gestaltung der Umwelt in einer Weise, die es allen Menschen, insbesondere mit Behinderung ermöglicht, sich in möglichst allen Lebensbereichen ohne besondere Schwierigkeiten und ohne fremde Hilfe zurechtzufinden, ist ein wichtiges, zu unterstützendes Ziel, das auch im Rahmen der öffentlichen Beschaffung zu beachten ist.

Die Vorgaben zur verpflichtenden Förderung der Barrierefreiheit ergeben sich für die meisten öffentlichen Auftraggeber aus der *Richtlinie (EU) 2016/2102 über den barrierefreien Zugang zu den Websites und mobilen Anwendungen öffentlicher Stellen*. Öffentliche und private Unternehmen sind demgegenüber zur Beachtung der *Richtlinie (EU) 2019/882 über die Barrierefreiheitsanforderungen für*

Produkte und Dienstleistungen verpflichtet. Beide Richtlinien haben große Schnittmengen, aber auch Abweichungen.

Ein allgemeiner Hinweis auf eine anzuwendende Richtlinie für die (unterschiedlichen) öffentlichen Auftraggeber ist daher bereits schwierig. Absatz 2 mit der Vorgabe für öffentliche Auftraggeber, bei der Beschaffung von bestimmten Gegenständen wie Hardwaresystemen, Selbstbedienungsterminals oder Verbraucherendgeräten Art. 2 der Richtlinie (EU) 2019/882 zu beachten, hat letztendlich keine praktischen Auswirkungen, da auf dem Markt ohnehin nur noch solche Gegenstände angeboten werden (dürfen), die die vorgenannten Anforderungen erfüllen.

Zudem geht die Vorgabe des Art. 56 Abs. 1, nach welchem bei allen Beschaffungen von Leistungen, die von natürlichen Personen oder auch vom eigenen Personal des Auftraggebers genutzt werden können, der Grundsatz des „Design vor all“ zu beachten ist, weit über die Vorgaben der o. g. Richtlinien hinaus. Denn diese betreffen nur bestimmte Situationen, in denen Barrierefreiheit zu schaffen ist, und enthalten keine universelle Vorgabe.

Dass Barrierefreiheit nicht für jede Situation oder Beschaffung zweckmäßig ist, macht bereits der Umstand deutlich, dass für bestimmte Arbeiten persönliche Fähigkeiten oder körperliche Voraussetzungen erforderlich sind. Dass bei derartigen Fällen stets begründet werden muss, warum auf Barrierefreiheit verzichtet wird, so wie es Art. 56 Abs. 1 vorsieht, ist nicht nachvollziehbar, sondern ein Beispiel für vermeidbareren bürokratischen Aufwand.

Da die o. g. Richtlinien bereits in allen Mitgliedstaaten umgesetzt sein müssen, könnte auf Art. 56 vollständig verzichtet werden. Sollte ein Hinweis auf die Barrierefreiheit ausdrücklich erwünscht sein, wäre folgender Art. 56 möglich:

“Directive (EU) 2016/2102 on the accessibility of websites and mobile applications of public sector bodies, as well as Directive (EU) 2019/882 on the accessibility requirements for products and services, remain unaffected by the awarding of contracts.”

2. Sicherheit und Widerstandsfähigkeit, Art. 66 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 des *Kritis-Dachgesetzes* sowie 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 (Erheblichkeit), 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 und der nur sehr große Infrastrukturen erfasst, würde den vergaberechtlichen Schutzerfordernissen nicht gerecht. Öffentliche Auftraggeber sollten daher auch für Beschaffungen im Zusammenhang mit kleineren Anlagen, die nur aufgrund ihrer (fehlenden) Größe keine kritischen Infrastrukturen darstellen, entscheiden können, die vergaberechtlichen Vorgaben für kritische Infrastrukturen anzuwenden. Dazu sollte in Art. 66 Abs. 2 folgender zweiter Satz angefügt werden:

“Public buyers may decide to apply the provisions relating to critical infrastructures to procurement procedures relating to facilities which, although they meet the facility categories according to European or national requirements for the protection of critical infrastructures, do not reach the respective thresholds.”

Ebenso sollte es den öffentlichen Auftraggebern gestattet sein, bei Aufträgen, die nicht unmittelbar kritische Infrastrukturen betreffen, aber mit diesen in Verbindung stehen und vergleichbar schutzbedürftig sind, die Vorgaben zum Schutz kritischer Infrastrukturen anzuwenden. Dies würde beispielsweise Reinigungsleistungen in der Zentrale eines Energieversorgungsunternehmens betreffen. Nach dem o.g. Vorschlag sollten zwei weitere Sätze angefügt werden:

“Furthermore, public buyers may decide to apply the provisions relating to critical infrastructures to procurement procedures that are only indirectly related to critical infrastructure but are similarly in need of protection. This also applies where the public buyers apply the requirements in accordance with sentence 2.”

Zudem würde es sich anbieten, eine gesonderte Definition der „Kritischen Infrastrukturen“ ausschließlich für Zwecke der Anwendbarkeit der Verordnung in Art. 6 des Vorschlags aufzunehmen. Diese Definition würde es ermöglichen auch kritische Infrastrukturen geringerer Größe in Vergabeverfahren mit der angemessenen Sensibilität zu behandeln:

“Critical infrastructures” refers to critical infrastructures within the meaning of Directive (EU) 2022/2557. Notwithstanding Article 6 of Directive (EU) 2022/2557, the sole decisive factor is that the facility is used in a sector or sub-sector as part of the implementation of Directive (EU) 2022/2557.”

3. Europäische Präferenz, Art. 70 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. 73), sondern verpflichtend (vgl. Art. 75).

Die konkreten Fälle, in denen eine Pflicht zur Anwendung europäischer Präferenzvorgaben eintritt, lässt der Vorschlag noch nicht erkennen. Der bereits vorliegende Vorschlag für den IAA zeigt aber mögliche Probleme in diesem Zusammenhang auf. Wichtig ist daher, dass für die öffentlichen Auftraggeber keine neuen Kontrollpflichten bezüglich der Anforderungen an die europäische Herkunft entstehen, die über die Nutzung des in Art. 71 genannten Online-Tools hinausgehen. Zudem müssen die Mehrkosten in Folge der Herkunftsanforderungen verhältnismäßig bleiben. Artikel 76 (d) des Vorschlags 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 Kommissionsvorschlags 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.

4. Aufteilung in Lose, Art. 100

Die Regelung in Art. 100 des Vorschlags 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 Art. 100 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.

Die nunmehr in Absatz 7 vorgesehene Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, den öffentlichen Auftraggebern die Aufteilung in Lose vorzuschreiben, ist demgegenüber strikt abzulehnen. Denn die Vorgabe zur Losaufteilung oder auch nur das Heraufsetzen der Hürden für eine Gesamtvergabe würden nicht nur dem wesentlichen Ziel der Verordnung, EU-weit einheitliche Vorgaben zu schaffen, fundamental widersprechen, sondern auch dringend im Vergaberecht benötigte Flexibilitäten unterbinden.

Gerade mit Blick auf Deutschland wäre zu befürchten, dass es bei den Anforderungen zur Losvergabe bei einem „Gold plating“ bleibt, und die Gesamtvergabe weiterhin nur als eine mit hohem Aufwand zu begründende „ultima ratio“ möglich bleibt. Gerade an dieser Stelle haben die Europäischen Institutionen die Möglichkeit Bürokratie abzubauen.

Was Deutschland angeht, so wären die Interessen der Befürworter kleinteiliger Losvergaben durch die Mittelstandsförderungsgesetze der Bundesländer weiterhin mehr als hinreichend geschützt. Diese Gesetze würden auch weiterhin vorgeben, dass die Zusammenfassung mehrerer oder sämtlicher Fachlose die Ausnahme bleibt.

Art. 100 Abs. 7 des Vorschlags ist daher zu streichen.

5. Neue Typen von Vergabeverfahren

Der Vorschlag sieht ein Offenes Verfahren (Art. 34 f.), ein Dynamisches Verfahren (Art. 36 ff.) und ein Innovationsverfahren (Art. 41 ff.) als Regelverfahren vor, die die bislang bekannten Verfahrenstypen ersetzen. Zudem werden besondere Instrumente, u. a. für Notfälle und Krisen (Art. 48) eingeführt. Auf den ersten Blick ermöglichen die neuen Verfahrenstypen teilweise mehr Flexibilität als die bisherigen Vorgaben; allerdings finden sich auch noch etliche Unstimmigkeiten. Positiv ist zunächst die freie Wahl bezüglich der Regelverfahren.

Die neuen Vorgaben müssen wir noch im Detail prüfen und können daher hierzu noch keine abschließende Aussage treffen. Erste Hinweise 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 bislang aus Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe abgeleitet. Die Ausschreibung 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 Vorschlag der Verordnung

Der Vorschlag enthält einen eigenen Abschnitt über die Konzessionsvergabe. Eine dem o. g. Erwägungsgrund 16 entsprechende Regelung fehlte noch in dem Entwurf vom Juli 2026. Inzwischen finden sich in Erwägungsgrund 48 sowie in Art. 115 Abs. 1 c) UAbs. 2 geeignete Abgrenzungsregeln.

Erwägungsgrund 48 Satz Satz 7 lautet:

“Rights of way relating to the construction and operation of fixed lines or networks should also not be considered concessions where they do not entail an obligation of supply or an acquisition of services by the public authority.”

Art. 115 Abs. 1 c) UAbs. 2 lautet:

“Agreements the sole or predominant subject-matter of which is the granting of a right to occupy or exploit public domain or resources, including leases or other rights relating to public property, as well as rights of way or other permissions allowing the use of the public domain for infrastructure or network deployment, 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.”

Die vorgenannten Ergänzungen des Entwurfs sind sehr zu begrüßen. So könnten die betreffenden Wegenutzungsverträge weiterhin nach den Vorgaben des Energiewirtschaftsrechts erteilt und Rechtsunsicherheiten bezüglich der Frage des anzuwendenden Rechtsrahmens vermieden werden.

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. Im Vergaberecht sollten daher die Definitionen der Sektorentätigkeiten Gas und Wärme angepasst werden. Dies betrifft einerseits die wachsende Bedeutung der Versorgung mit Wasserstoff, die durch den neuen Vorschlag bereits adressiert wird.

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 bislang unklar, ob die bisherigen Tatbestände der Gas- und Wärmeversorgung auch diese neuen Betätigungsfelder erfassen. Öffentliche Versorgungsunternehmen müssen daher für Betätigungen in den Bereichen Gas bzw. 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 Betätigungen 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 Vorschlags bestehen.

a) Wasserstoffversorgung

Der Vorschlag der Kommission sieht in Erwägungsgrund 9 Satz 1 nunmehr vor, dass nicht nur Erdgas, sondern auch jedes andere Gas für die Ausübung der Sektorentätigkeit in Betracht kommt.

„... in the utility sectors of water, energy, including gas, understood as natural gas or any other gas,...“

Die Versorgung mit Wasserstoff, soweit sie zur Versorgung der Allgemeinheit erfolgt, kann somit künftig als Sektorentätigkeit angesehen werden.

b) Nahwärme sowie Kälte

Öffentliche Auftraggeber sollten die Vorgaben für die Wärmeversorgung auch bei der Versorgung mit Kälte sowie bei der Versorgung mit Nahwärme anwenden können, soweit es um die Versorgung der Allgemeinheit geht. Denn es geht bei allen vorgenannten Versorgungssystemen darum, jeweils situationsgerechte Temperaturniveaus herzustellen:

Wärmeversorgungssysteme stellen thermische Energie für Gebäude, Haushalte, Gewerbebetriebe und die Industrie bereit. Im Gegensatz dazu sind Kälteversorgungssysteme darauf ausgelegt, Räumen, Lebensmitteln, technischen Anlagen oder Prozessen gezielt Wärme zu entziehen, um ein niedrigeres Temperaturniveau zu erreichen. Mit Fortschreiten des Klimawandels dürfte das Bedürfnis für Leistungen der Kälteversorgung noch steigen.

Systeme zur Wärme- oder Kälteversorgung können ganze Städte oder Stadtteile versorgen oder sich auf kleinere, lokale Wohngebiete beziehungsweise einzelne Siedlungen beschränken. Der Umfang des Versorgungsgebiets geht dabei auf die technischen Rahmenbedingungen vor Ort zurück. Unabhängig von Größe und Umfang des Versorgungsbereiches in einer Kommune dienen die Versorgung mit Wärme oder Kälte durch Versorgungsunternehmen der öffentlichen Daseinsvorsorge.

Erwägungsgrund 9 sollte nach Satz 1 daher noch folgende Ergänzung erhalten:

“Public buyers should also be able to apply the rules for the provision or operation of fixed networks in the heating sector and for heat supply to the provision of cooling and local heating, insofar as this provision provides a service to the public.”

c) Keine Erfassung von Tätigkeiten außerhalb der Versorgung der Allgemeinheit

Die vorgenannten Vorschläge würden sich nur auf Versorgung mit Wasserstoff, Nahwärme oder Kälte beziehen, die die Versorgung der Allgemeinheit betreffen: Die Bereitstellung oder den Betrieb eines entsprechenden Versorgungsnetzes, das der Versorgung der Allgemeinheit dienen soll, oder entsprechende Einspeisungen in ein solches Netz.

Die Versorgung bestimmter industrieller Kunden wäre demgegenüber keine Versorgung der Allgemeinheit. Auch die Erzeugung von Wasserstoff, Kälte oder Nahwärme, die nicht der Abgabe an ein solches Netz der allgemeinen Versorgung dienen soll, würde auch künftig keine Sektorentätigkeit darstellen und wäre damit auch weiterhin nicht vergaberechtlich geregelt.

3. Wasserkonzessionen

Es ist absolut richtig, dass der Vorschlag weiterhin eine Ausnahme für die Vergabe von Wasserkonzessionen enthält.

a) Ausnahme für Inhouse-Geschäfte gem. Art. 80 entsprechend anwenden

Für die gem. Art. 117 von der Anwendbarkeit der Verordnung ausgeschlossenen Konzessionen sollte klargestellt werden, dass bei der Erteilung einer solchen Konzession, die, soweit ein sog. grenzüberschreitendes Interesse vorliegt, grundsätzlich nach europarechtlichen Grundsätzen zu erfolgen hat, die Ausnahmen der Art. 80 (Inhouse-Verträge) sowie Art. 81 (Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit) entsprechend angewendet werden können.

Unter welchen Voraussetzungen die Direktvergabe einer Konzession außerhalb des Vergaberechts von einer Kommune an ein Unternehmen der Kommune erfolgen kann, ist in der Rechtsprechung durchaus umstritten. Das Oberlandesgericht (OLG) Naumburg hat mit Urteil vom 03.06.2022 | Az.: 7 U 6/22 Kart hierzu festgestellt, dass auch außerhalb des Vergaberechts das Rechtsinstitut der vergabefreien Eigengeschäfte der öffentlichen Hand anerkannt ist, dass insoweit aber auf die ältere Rechtsprechung des EuGH zu Inhouse-Vergaben bei Dienstleistungskonzessionen außerhalb des EU-Vergaberechts sowie auf die nationale kartellrechtliche Rechtsprechung abzustellen ist, nicht aber auf die kodifizierte Ausnahme für Inhouse-Geschäfte.

Ob die Begründung im Rahmen des o. g. Urteils in der Theorie überzeugt, mag dahinstehen. Die Konsequenzen für die Praxis sprechen aber gegen die Sichtweise des OLG. Denn im Ergebnis träte neben die kodifizierte Inhouse-Ausnahme eine weitere Inhouse-Ausnahme, die sich auf eine ältere Rechtsprechung des EuGH stützt, die nicht mehr zu den aktuellen Vergaberichtlinien passt. Zudem wären die Inhouse-Voraussetzungen für Sachverhalte, die nicht vom formellen Vergaberecht erfasst werden, strenger als bei vergleichbaren vergabepflichtigen Vorgängen. Denn nach früherer Rechtsprechung einiger Oberlandesgerichte in Deutschland war das Wesentlichkeitskriterium im Rahmen der Inhouse-Ausnahme nur erfüllt, wenn weniger als 10 % der Tätigkeiten des betreffenden Unternehmens am Markt erfolgten.

Wir schlagen daher als Ergänzung hinter Art. 117 Abs. 1 folgenden Satz 2 vor:

“When awarding a concession pursuant to paragraph 1, public buyers may apply Articles 80 and 81 mutatis mutandis.”

b) Keine zusätzliche Informationspflicht für Konzessionsgeber aus Art. 117 Abs. 2

Art. 117 Abs. 2 regelt eine neue Meldepflicht, die auch im Zusammenhang mit der Vergabe von Wasserkonzessionen gilt. Wir gehen davon aus, dass diese Hinweispflicht tatsächlich den Mitgliedstaat trifft, und nicht den betreffenden öffentlichen Auftraggeber.

Im Fall von Wasserkonzessionen besteht in Deutschland aus kartellrechtlichen Vorgaben für den Konzessionsgeber bereits eine Pflicht zur Information der zuständigen Kartellbehörde. Gegebenenfalls sollte geprüft werden, ob die Kartellbehörde die in Art. 117 Abs. 2 vorgesehene Informationsfrist von einem Monat einhalten kann oder ob eine längere Frist zweckmäßig wäre.

Eine weitere Informationspflicht für die Konzessionsgeber sehen wir in Art. 117 Abs. 2 nicht; eine zusätzliche Informationspflicht würden wir auch ablehnen.

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. Schwellenwert für soziale und andere besondere Dienstleistungen, Art. 2

Der Vorschlag für Art. 2 Abs. 1 (e) 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. Freistellungsverfahren, Art. 20

Es wäre im Sinne der Rechtsklarheit wünschenswert, ausdrücklich festzustellen, dass bereits ergangene Freistellungsentscheidungen der Kommission weiterhin unverändert Bestand haben. Dies könnte in einem neuen Art. 20 Abs. 11 festgestellt werden.

3. Rechtsform von Bietergemeinschaften, Art. 22

Nach dem Vorschlag zu Art. 22 Abs. 4 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 aktuellen Vergaberichtlinie, würden wir streichen. Für eine derartige Regelung kann in Einzelfällen durchaus ein Bedürfnis bestehen. Den Bietern würde mit der Neuordnung auch kein Gefallen getan; denn alternativ könnte die Rechtsform bei entsprechender Rechtfertigung unmittelbar als Eignungskriterium eingesetzt werden. Bieter wären sodann bereits vor der (ungewissen) Zuschlagerteilung zum Rechtsformwechsel angehalten.

4. Untervergabe, Art. 24

Auftraggebern muss es ermöglicht werden, bereits vor Zuschlagserteilung zu erfahren, welche Unternehmen als Nachunternehmer eingesetzt werden sollen. Denn nur so kann deren Eignung und Zuverlässigkeit überprüft werden. Daran besteht ein legitimes Interesse der Auftraggeber, die Ausfälle oder Schlechtleistung vermeiden möchten.

5. Fakultative Ausschlussgründe, Art. 26

Art. 26 Abs. 2 enthält Vorgaben über die Selbstreinigung von Wirtschaftsteilnehmern, die aufgrund des Vorliegens eines fakultativen Ausschlussgrundes von der Teilnahme an Vergabeverfahren ausgeschlossen sind. Legen Wirtschaftsteilnehmern Nachweise vor, die ihre erneute Berechtigung zur Teilnahme an Vergabeverfahren rechtfertigen sollen, so soll der jeweilige öffentliche Auftraggeber entscheiden, ob die Maßnahmen zur Selbstreinigung ausreichend sind.

In Deutschland werden derartige Prüfungen durch das Wettbewerbsregister durchgeführt. Auftraggeber werden dadurch entlastet. Es sollte daher geprüft werden, ob ein vergleichbares Verfahren beibehalten werden kann und ob die Mitgliedstaaten weiterhin die Prüfung der Selbsteinigung durch eine Behörde vornehmen lassen können. Den öffentlichen Auftraggebern dürfte dazu auch die Expertise fehlen.

6. Nachweise für die Eignung von Wirtschaftsteilnehmern, Art. 28, 133

Bieter müssen sich gem. Art. 28 künftig zwingend über den Elektronischen Eignungsprüfungsdienst gem. Art. 133 des Vorschlags 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.

7. Bedarfsplan, Art. 31 des inoffiziellen Entwurfs

Es ist zu begrüßen, dass die noch in Art. 31 des inoffiziellen Entwurfs vorgesehene verpflichtende Bedarfsplanung doch nicht eingeführt werden soll. Dadurch wird einiger Mehraufwand vermieden.

8. Marktkonsultationen, Art. 30

Marktkonsultationen gem. Art. 30 sind künftig gem. Art. 110 des Vorschlags zu veröffentlichen. Damit wird unnötiger Aufwand geschaffen. Dies ist abzulehnen. Vielmehr sollte die bislang für Markterkundungen bestehende Flexibilität beibehalten werden.

9. Auftragswertberechnung, Art. 32

Die Vorgaben über die Auftragswertberechnung gem. Art. 32 des Vorschlags 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.

Die Vorgaben bezüglich der Behandlung kleiner Lose mit weniger als 20 Prozent des Gesamtwerts aller Lose finden sich inzwischen bei der Regelung der Losvergabe in Art. 100.

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. Wir schlagen daher vor, die bislang in Art. 5 Abs. 14 der Richtlinie 2014/24/EU zu findende Regelung zu Verträgen mit unbestimmter Laufzeit, die auf den 48-fachen Monatswert abstellt, zu übernehmen.

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.

10. Offenes Verfahren, Art. 34f.

Es ist zunächst positiv festzustellen, dass es allen öffentlichen Auftraggebern ermöglicht wird, Vergabeverfahren mit und ohne Verhandlungen zu führen. Zu begrüßen ist auch, dass die Frist für die Rückmeldung von Interessenbekundungen auf 20 Tage reduziert wird.

11. Dynamisches Verfahren, Art. 36 ff.

Die Regelung des Art. 38 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 durch den elektronischen Eignungsdienst 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.

Vorzugswürdig ist daher eine Auswahl von zumindest drei Wirtschaftsteilnehmern durch den öffentlichen Auftraggeber.

Die in Art. 40 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.

12. Besondere Verfahren und Instrumente

Es ist zu begrüßen, dass der Vorschlag für besondere Situationen auch stark vereinfachte Verfahren vorsieht, die ohne Ausschreibung durchgeführt werden.

Bei Betroffenheit von Sicherheitsinteressen der EU sowie eines Mitgliedstaats kommt ein vereinfachtes Verfahren gem. Art. 47 ohne Öffnung für den Wettbewerb in Betracht. Es sollte ausdrücklich klargestellt

werden, dass öffentliche Auftraggeber diese Ausnahmegesetzgebung auch im Hinblick auf die Beschaffungen im Zusammenhang mit kritischen Infrastrukturen anwenden können. Dies wäre keine Überdehnung der Ausnahme, da weiterhin das Erfordernis bliebe, dass keine Möglichkeit besteht, weniger einschneidende Maßnahmen anzuwenden.

Nachdem der inoffizielle Entwurf zunächst nicht mehr die Möglichkeit der Einrichtung und des Betriebs von Qualifizierungssystemen beinhaltete, so wie dies noch in Art. 77 der Richtlinie 2014/25/EU für Sektorenauftraggeber geregelt ist, enthält Art. 49 „*Qualification list for contracting entities*“ des Vorschlags wieder eine entsprechende Regelung. Dies ist sehr zu begrüßen. Qualifizierungssysteme haben sich in der Praxis bewährt und sind ein wichtiges Mittel für Auftraggeber wie auch für Bieter geworden.

13. Sonstige ausgeschlossene öffentliche Aufträge, Art. 85

Unter Art. 85 Absatz 1 lit. m) sollten neben den Arbeitsverträgen auch Arbeitnehmerüberlassungsverträge ausgeschlossen werden.

14. Zuschlagskriterien, verpflichtende Qualitätskriterien, Art. 98

Mit dieser Regelung wird zwingend vorgegeben, dass bei der Ermittlung des besten Preis-Leistungsverhältnisses Qualitätskriterien berücksichtigt werden müssen. Diese müssen 30%, bei arbeitsintensiven Leistungen 50% der zu vergebenden Punkte ausmachen.

Zweckmäßiger wäre eine optionale Einbeziehung von Qualitätskriterien. Zwar dürfte in einem Großteil der Vergabeverfahren die Möglichkeit zur Abweichung gem. Absatz 5 bestehen. Diese müsste aber im Einzelfall nachgewiesen werden, was in den zahlreichen Einzelfällen zu Aufwand und Rechtsunsicherheit führen wird. Die öffentlichen Auftraggeber wissen selbst am besten, bei welchen Vergaben die Vorgabe von Qualitätskriterien mit welcher Gewichtung sinnvoll ist.

Art. 98 sollte daher so gefasst werden, dass Qualitätskriterien mit einem Wert von bis zu 30% bzw. 50% angesetzt werden *können*. Die Vorschrift dürfte so praktikabler, rechtsicherer und auch deutlich kürzer werden.

15. Lebenszykluskostenrechnung, Art. 99

Ob die Lebenszykluskosten einer zu beschaffenden Leistung berechnet werden können, dürfte sehr stark vom jeweiligen Beschaffungsgegenstand abhängen. Bei vielen Produkten dürfte eine solche Berechnung kaum, oder nur mit großer Rechtsunsicherheit möglich sein. Dieses Kriterium muss damit optional bleiben.

16. Rahmenvereinbarungen, Art. 103

Die Laufzeit von Rahmenvereinbarungen soll gem. dem Vorschlag zu Art. 103 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 drei bzw. fünf auf acht Jahre angehoben werden.

Des Weiteren sollten Rahmenvereinbarungen 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 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.

17. Dokumentation der Verfahren, Art. 109 ff.

Es ist sicherzustellen, dass die vom Auftraggeber über den eProcurement-Dienst an den nationalen Datenraum für das öffentliche Beschaffungswesen (NPPDS) zur Verfügung gestellten Daten von Wirtschaftsteilnehmern nur bei berechtigtem Interesse abgerufen werden können. So sind insbesondere Daten bezüglich anderer Wirtschaftsteilnehmer als Geschäftsgeheimnisse vertraulich zu behandeln.

Der Umfang der Pflichten zur Datenübermittlung ist noch einmal kritisch zu prüfen und im Sinne der Datensparsamkeit und des administrativen Aufwandes zu minimieren.

18. Nationale Datenräume für das öffentliche Beschaffungswesen, Art. 134

Über das NPPDS sollen auch Vergabedaten zu Vergabeverfahren unterhalb der in Artikel 2 genannten Schwellenwerte zugänglich gemacht werden. Vergabeverfahren im sog. Unterschwellenbereich sind allerdings Sache der Mitgliedstaaten. Daher ist zweifelhaft, ob eine entsprechende Regelung überhaupt in die Kompetenz der EU fällt.

Die Bereitstellung von Daten zu Angeboten und Verträgen gem. Art. 134 Abs. 5 lit. c) dürfte zudem das Geschäftsgeheimnis betreffen.

Die unter Absatz 5 lit. e) vorgesehene Informationspflicht zu einzelnen Zahlungen des Auftraggebers könnte aufgrund der enormen Zahl an Teil-, Nach-, Voraus-, Rückzahlungen etc. zu einem enormen „Datenberg“ führen, bei welchem sich der Mehrwert nicht erschließt. Zumal die Zahlung ein dem Vergabeverfahren und damit auch dem Vergaberecht nachgelagerter Vorgang ist. Hier wäre es sinnvoll, die Datenpflicht einzuschränken, etwa auf die Information, ob ein Auftrag (fristgerecht) bezahlt wurde.

19. Befugnis zum Erlass delegierter Rechtsakte durch die Kommission, Art. 141

Soweit die Kommission von ihrer Kompetenz Gebrauch macht und die grundsätzlich optionalen strategischen Vergabekriterien über die umweltorientierte oder die soziale Auftragsvergabe, Sicherheit und Resilienz oder über europäische Präferenzvorgaben als verpflichtend anwendbare Regelungen festlegt, muss dies in einem hinreichend transparenten Verfahren erfolgen. Die betroffenen öffentlichen Auftraggeber müssen die Möglichkeit zur Anhörung erhalten.

