



Schriftenreihe des forum vergabe e.V.

Siebzehnte forum vergabe Gespräche 2015

Dokumentation der Veranstaltung
vom 22. bis 24. April 2015

Band 54



Bundesanzeiger
Verlag

forum vergabe

Vorwort

Die bevorstehende Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien war der hauptsächliche Gegenstand der diesjährigen forum vergabe Gespräche. Zu einem Zeitpunkt, an dem erste Leitlinien feststehen, aber noch keine Regelungen in Stein gemeißelt sind, waren keine kleinteiligen Diskussionen möglich und wären auch nicht sinnvoll gewesen. Vielmehr ging es um die grundlegenden Ideen und Entwicklungen, um eine Diskussion zwischen Gesetzgebung und vom Vergaberecht Betroffenen und um Anstöße für die Durchführung der Vergaberechtsreform.

Bewusst haben wir daher den Schwerpunkt der Veranstaltung auf diskursiv angelegte Veranstaltungsteile gelegt. Erstmals haben wir im Vorfeld aufgerufen, sich mit einer These zu bewerben und diese zur Diskussion zu stellen. Die Resonanz hierauf war sehr gut.

All dies zeigt, dass der Austausch der am Vergabewesen beteiligten Kreise lebendig ist und große Bedeutung für die Entwicklung und die Akzeptanz des Vergaberechts hat. Die forum vergabe Gespräche sind ein lebendiger Rahmen für diesen Austausch und schon jetzt freuen wir uns auf die nächsten forum vergabe Gespräche, wenn die dann abgeschlossene Umsetzung vorgestellt wird und – wie sich am Horizont andeutet – Reformen der Rechtsmittelrichtlinien zur Diskussion stehen.

September 2015

Garrelt Duin
Vorsitzender

Niels Lau
Geschäftsführendes
Vorstandsmitglied

Dr. Mark von Wietersheim
Geschäftsführer



Inhaltsübersicht

Vorwort 5

Inhalt 9

Vergaberecht aus Sicht des Bundesrechnungshofes

Kay Scheller

Präsident des Bundesrechnungshofes13

Begrüßung

Daniel Schreiner

Stadtbaurat23

Podiumsdiskussion: Die Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien

Moderation und Einführung

Prof. Dr. Meinrad Dreher, LL.M.

Johannes Gutenberg-Universität Mainz.....27

Statements

Ministerialdirigent Christian Dobler

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie29

Regierungsdirektor Reinhard Janssen

Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit.....41

Ministerialrätin Jasmin Deling

Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk NRW.....45

Norbert Portz

Deutscher Städte- und Gemeindebund51

Dr.-Ing. Hans-Hartwig Loewenstein

Präsident, Zentralverband Deutsches Baugewerbe55

**Die Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien
– Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen Beirats
des forum vergabe e.V. –**

Moderation und Einführung

Prof. Dr. Martin Burgi
Ludwig-Maximilians-Universität München 61

Statements

Prof. Dr. Elke Gurlit
Johannes Gutenberg-Universität Mainz..... 67

Prof. Dr. Hermann Pünder, LL.M.
Bucerius Law School, Hamburg 77

Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger
Universität Augsburg 87

Prof. Dr. Michael Kling
Philipps-Universität Marburg 93

Prof. Martin Trybus, LL.M., Ph.D.
Universität Birmingham 105

**Podiumsdiskussion: Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE)
– Herausforderung an die vergaberechtliche Praxis**

Moderation und Einführung

Rechtsanwältin Dr. Susanne Mertens, LL.M.
Baker & McKenzie..... 109

Statements

Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Prieß, LL.M.
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP 113

Rechtsanwältin Anja Theurer
Geschäftsführerin Auftragsberatungsstelle Brandenburg e.V. 117

<i>Rechtsanwalt Dr. Marc Pauka</i> KfW Bankengruppe.....	119
---	-----

Verleihung des International Public Procurement Award 2015

Laudatio

<i>Uwe Scharen</i> Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a.D.	125
---	-----

Darstellung der wesentlichen Ergebnisse durch den Preisträger

<i>Dr. Robin Ricken</i>	129
-------------------------------	-----

Thesen zur Umsetzung der Vergaberichtlinien

Moderation und Einführung

<i>Dr. Mark von Wietersheim</i> Geschäftsführer forum vergabe e.V.	135
--	-----

Statements

<i>Dr. Friederike Mußnug</i> Diakonie Deutschland-Evangelischer Bundesverband	137
--	-----

<i>Franz Drey</i> Behördenspiegel	141
--	-----

<i>Marc Steiner</i> Richter am schweizerischen Bundesverwaltungsgericht	147
--	-----

<i>Dr. Jenny Mehlitz</i> GSK Stockmann + Kollegen	155
--	-----

<i>Henrik Baumann und Dr. Jörg Stoye</i> HFK Rechtsanwälte	159
---	-----

<i>Bernhard Stolz</i> Rechtsanwälte Kraus, Sienz & Partner	163
---	-----

Podiumsdiskussion: Nachhaltigkeit bei Leistungsbeschreibung, Eignungs- und Zuschlagskriterien und Anforderungen an die Ausführung: Kein Entkommen mehr möglich?

Moderation und Einführung

Rechtsanwalt Dr. Klaus Willenbruch

Taylor Wessing 165

Statements

Rechtsanwalt Dr. Arne Ott

Evonik Industries AG 169

Roswitha Brackmann

Richterin am OLG Düsseldorf 175

Rechtsanwältin Dr. Beatrice Fabry

Menold Bezler 183

Dr. Markus Brohm

Deutscher Landkreistag 187

Resümee 193

Pressestimmen 195

Schnappschüsse 197

Verzeichnis der Teilnehmer 201

Sponsoren 215

Vergaberecht aus Sicht des Bundesrechnungshofes



Kay Scheller

Präsident des Bundesrechnungshofes, Bonn

Sehr geehrte Damen und Herren,

herzlichen Dank für die Einladung und die Gelegenheit, zu Beginn der 17. forum vergabe Gespräche einige Worte zum Vergaberecht aus Sicht eines Rechnungshofes sagen zu dürfen – heute aus Sicht des Bundesrechnungshofes.

Die öffentliche Hand gibt nach Schätzungen der EU-Kommission jährlich fast 20 % des Bruttoinlandsproduktes der EU für Beschaffungen aus. Für Deutschland wird der Anteil der Beschaffungen am Bruttoinlandsprodukt zwischen 5 und 17 % verortet. Das entspricht einer Bandbreite von 116 Mrd. Euro bis 360 Mrd. Euro. Angesichts dieser beträchtlichen Summen spielen Prüfungen auf dem Gebiet des Vergaberechts für den Bundesrechnungshof eine wichtige Rolle.

Aber auch unabhängig von diesen Zahlen: Für die Rechnungshöfe ist die Beschäftigung mit dem Vergaberecht Teil ihres gesetzlichen Auftrags.

Unser Verfassungsauftrag in Artikel 114 des Grundgesetzes legt fest, dass der Bundesrechnungshof „die Rechnung sowie die Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmäßigkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung“ des Bundes prüft.

Wir sind also gehalten, nach den genannten Maßstäben der Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmäßigkeit, regelmäßig auch Beschaffungsvorgänge unter die Lupe zu nehmen.

Dabei stehen wir in einer langen Tradition – und ich erlaube mir einen kleinen Schwenk zurück zu unseren Wurzeln.

Sie wissen vielleicht, dass wir im letzten Jahr auf 300 Jahre Finanzkontrolle in Deutschland zurückblicken konnten.

Friedrich Wilhelm I., besser bekannt als der „Soldatenkönig“, prüfte die Staatsangelegenheiten des jungen Preußens stets sehr genau. Ich zitiere: „Wo man selbst nicht die Nase in jeden Dreck steckt, so geht die Sache nicht, wie sie gehen soll.“ Er konnte aber nicht alle Rechnungen selbst prüfen und gründet deshalb 1714 die Preußische Generalrechnungskammer – nur ein Jahr nach der Thronbesteigung.

Er hat einen bankrotten Staat geerbt. Deshalb streicht er den üppigen Hofstaat seines Vaters zusammen. Macht Schluss mit verschwenderischem Prunk, Herrscherpracht und Freigiebigkeit.

Stattdessen stemmt er sich gegen den Verfall Preußens außerhalb der Hauptstadt. Er investiert in Truppen und setzt auf effizientes Regieren. Heute würde man sagen – er setzt auf die schwarze Null!

Friedrich der Große, der Sohn des Soldatenkönigs und Enkel des Verschwenders, führt die preußische Finanzkontrolle fort. Er sagt dazu – „Man wird sagen: Die Rechnungen langweilen mich. Ich erwidere: Das Wohl des Staates erfordert, dass ich sie nachsehe, und in diesem Falle darf keine Mühe mich verdrießen.“

Ich weiß nicht, ob er dabei schon an das Vergaberecht gedacht hat und nach welchen Regeln damals staatliche Aufträge vergeben wurden. Vielleicht gab es da schon den Begriff des Billigstbieters, auf den ich später noch zurückkommen werde. Ich meine aber, der Alte Fritz hätte durchaus seine Freude gehabt an den heutigen Grundsätzen des Vergaberechts – Wettbewerb, Transparenz, Wirtschaftlichkeit. Mit der Gleichbehandlung hätte er womöglich weniger anfangen können.

In Deutschland hat sich die externe Finanzkontrolle über einen sehr langen Zeitraum mit vielen Brüchen entwickelt. Die Grundsätze der Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit haben diese Entwicklung begleitet. Natürlich konnten sie erst im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat der Bundesrepublik Deutschland voll zur Geltung kommen.

Und so versteht der Bundesrechnungshof seine Tätigkeit heute nicht als Selbstzweck, sondern als Teil eines Systems, das die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmäßigkeit sichert und aufrechterhält.

Auf das Vergaberecht bezogen, befasst sich der Bundesrechnungshof im Wesentlichen mit der ordnungsmäßigen Anwendung der Vorschriften durch die Vergabestellen – und zwar in aller Regel anhand von Einzelfällen. Ganz wichtig dabei: Wir prüfen auch, ob ein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde.

Meine Damen und Herren – das ist das Eine.

Das Andere ist unsere beratende Rolle, die wir gegenüber der Regierung bei der Fortentwicklung des Vergaberechts haben. Und da sind wir auch schon mitten im Thema Ihrer Veranstaltung.

Die Bundesregierung ist zurzeit damit befasst, die neuen EU-Vergaberichtlinien in nationales Recht umzusetzen.

Der Bundesrechnungshof wird diesen Vorgang beratend begleiten, sobald ihm die entsprechenden Entwürfe vorliegen.

Erlauben Sie mir schon jetzt ein paar Anmerkungen, ohne unserer Beratung vorzugreifen.

Zunächst zur Komplexität.

Das Regelwerk wächst.

Zu den beiden Richtlinien, die den Kernbereich des Vergaberechts regeln, ist eine dritte Richtlinie hinzugekommen. Sie betrifft die bislang weitgehend vergaberechtsfreien Dienstleistungskonzessionen.

Die neue „klassische“ Vergaberichtlinie soll eigentlich das Vergaberecht vereinfachen. Sie ist aber um 10 Artikel länger als die derzeit geltende Regelung (94 statt 84 Artikel). Allein der Umfang lässt Zweifel aufkommen, ob die angestrebte Vereinfachung tatsächlich erreicht werden kann.

Die Zielvorgabe der Bundesregierung, „Vergabeverfahren sollen effizienter, einfacher und flexibler gestaltet werden“, ist grundsätzlich zu begrüßen. Darin liegt ein hoher Anspruch, der nicht zum ersten Mal formuliert wird. Bereits die vorangegangenen Reformen hatten sich ähnliche Ziele gesteckt.

Gleichzeitig sollen nach dem Eckpunktepapier der Bundesregierung neue Ziele aufgegriffen werden. Die öffentliche Auftragsvergabe soll stärker genutzt werden, um strategische Ziele zu unterstützen. Soziale, ökologische und innovative Aspekte sollen eine Rolle spielen.

Auch dagegen ist an und für sich nichts einzuwenden. Nur ist vor dem Hintergrund der Transparenz und der Vereinfachung eines zu bedenken:

Erhöht man die Zahl der mit dem Vergaberecht zu verfolgenden Ziele, erweitert man damit auch die Komplexität der vergaberechtlichen Fragestellungen. Man schafft neu zu regelnde Anforderungen sowie mögliche Zielkonflikte, die die Verwaltung sowie die Rechtsprechung jahrelang beschäftigen werden. Das liegt auf der Hand.

Allein die Rechtsprechung – sei es der EuGH, seien es die nationalen Vergabekammern und Vergabesenate – hat das Vergaberecht immer feiner ziseliert. Auch damit wurde es nicht unbedingt einfacher.

Ich erinnere an die bei der letzten Reform eingeführte Regelung zum Nachverlangen fehlender Unterlagen und Erklärungen. Die Folge war eine Flut von Rechtsprechung zu diesem Thema.

Oder: Die unterschiedlichen Regelungen gleicher Sachverhalte in VOL/A und VOB/A. Auch sie tragen nicht zur Vereinfachung bei. Dies gilt z. B. für das Nachfordern fehlender Preise oder die unterschiedlichen Regelungen zum Inhalt des Vergabevermerks. Nach der VOL/A dürfen Bieter keinem unangemessenen Risiko ausgesetzt werden, nach der VOB/A keinem unangemessenen Wagnis. Beide Begriffe werden jedoch unterschiedlich interpretiert.

Aber nicht nur Regelungsinhalte bergen noch ein hohes Potential für Vereinfachung. Selbst eingeführte Erleichterungen werden nicht gelebt.

So ermöglicht die aktuelle VOL/A öffentlichen Auftraggebern, sogenannte Präqualifizierungszertifikate als Eignungsnachweise zuzulassen. Dadurch werden wesentliche Teile der Eignungsprüfung auf Präqualifizierungsstellen ausgelagert. Sie sind hauptsächlich bei den örtlichen Industrie- und Handelskammern angesiedelt. Obwohl dieses Verfahren Auftraggeber und Unternehmen entlastet, machen die Vergabestellen des Bundes von dem Präqualifizierungsverfahren kaum Gebrauch.

Und offenbar zögern auch viele Unternehmen, sich diesem Verfahren zu unterziehen.

Die Liste ließe sich fortsetzen.

Ganz generell würde es zur Transparenz des deutschen Vergaberechts erheblich beitragen, wenn es zu einer deutlichen Harmonisierung von VOL/A und VOB/A käme.

Zur Transparenz des deutschen Vergaberechts in seiner Gesamtsystematik würde es auch beitragen, wenn die VOB/A ihren sich abzeichnenden Sonderweg aufgeben würde.

Nach dem Eckpunktepapier der Regierung sollen die Regelungen für die EU-weite Vergabe von Bauleistungen weiterhin in der VOB/A verbleiben. Für alle anderen Leistungsarten werden die Regelungen für die EU-weite Vergabe in eine Vergabeverordnung aufgenommen. Es wird dadurch deutlich, dass hier der Gesetzgeber eine ihm ureigene Aufgabe der Gesetzgebung an sich gezogen hat – nämlich die Umsetzung von europäischem Recht in nationales Recht.

Das sollte für Bauleistungen auf EU-Ebene nicht anders sein.

Einzig und allein die Bundesregierung ist verantwortlich für die ordnungsgemäße, wirtschaftliche und zeitgerechte Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien, gerade auch bei Bauleistungen. Diese Aufgabe ist nicht delegierbar.

Deshalb sage ich: Die Inanspruchnahme der Beratungsleistung eines demokratisch nicht legitimierten Ausschusses darf sich weder inhaltlich noch zeitlich nachteilig auswirken.

Unter zeitgerecht versteht der Bundesrechnungshof dabei auch, dass das gesamte Regelwerk zur selben Zeit in Kraft treten kann. Die neuen Regelungen für nationale Vergaben sollten den neuen Regelungen für EU-weite Vergaben zeitlich nicht hinterherhinken.

Nur so kann sichergestellt werden, dass das neue Vergaberecht als Verwaltungshandeln bei den Vergabestellen zügig – also auch wirtschaftlich – umgesetzt wird. Nur so ist gewährleistet, dass im alltäglichen Vergabegeschäft keine unsachgemäßen Differenzen zwischen nationalen und EU-weiten Vergaben entstehen.

Nicht aufeinander abgestimmte Regelungen tragen im Übrigen auch nicht dazu bei, das Ziel einer Vereinfachung zu erreichen.

Meine Damen und Herren,

sowie zu Fragen der Transparenz und Vereinfachung.

Ein weiterer Komplex, dem wir uns als Bundesrechnungshof zuwenden, betrifft die Frage der Verfahrenswahl. Stichwort: Wahlfreiheit.

Ein spannendes Thema.

Die EU-Richtlinien sehen die Gleichrangigkeit zwischen dem offenen Verfahren und dem nichtoffenen Verfahren vor. Das heißt: Der Auftraggeber kann sich ohne weitere Begründung für eines der beiden Verfahren entscheiden.

Eine Empfehlung aus Sicht des Bundesrechnungshofes werde ich hier und heute nicht abgeben. Zunächst wollen wir die entsprechenden Entwürfe der Bundesregierung abwarten.

Ich möchte Ihnen jedoch über eine Prüfung des Bundesrechnungshofes berichten, deren Ergebnisse in diesem Kreis von Interesse sein dürften.

Sie betreffen die Verfahren unterhalb der Schwellenwerte.

Wir haben im Jahr 2011 die sogenannten „vergaberechtlichen Erleichterungen“ für das Konjunkturpaket II im Baubereich untersucht.

Mit den Erleichterungen konnten mehr Leistungen beschränkt ausgeschrieben oder freihändig vergeben werden. Die Bundesregierung schränkte damit den Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung ein.

16.000 Vergabeverfahren lagen unserer Untersuchung zugrunde. Damit erfassten wir das Vergabevolumen des Bundes im Hochbau mit etwa 31 %, im Wasserstraßenbau mit 16 % und im Straßenbau mit 9 %.

Wir stellten fest, dass die Wirtschaftlichkeit einer Maßnahme vom Umfang des Wettbewerbs abhängt. Größerer Wettbewerb führt in der Regel auch zu wirtschaftlicheren Angeboten.

Die Ausschreibungsergebnisse von Beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb lagen durchschnittlich um 7,4 % und die der Freihändigen Vergaben um 13,1 % über denen der Öffentlichen Ausschreibungen. Eine Leistung, die bei einer Öffentlichen Ausschreibung einen Auftragswert von 100.000 Euro gehabt hätte, hätte bei einer Beschränkten Ausschreibung also für 107.400 Euro und bei einer Freihändigen Vergabe für 113.100 Euro eingekauft werden müssen. Wer also durch hohe Wertgrenzen den Anteil nichtöffentlicher Vergabeverfahren anhebt, erhöht damit auch die Kostenbelastungen der öffentlichen Auftraggeber.

Nach unseren Berechnungen sind dem Bund durch den erhöhten Anteil nichtöffentlicher Vergaben während des Konjunkturpakets II allein im Hochbaubereich Mehrkosten von 50-70 Mio. Euro entstanden.

Die Unterschiede zwischen den Vergabearten lagen vor allem darin begründet, wieviel Wettbewerb jene ermöglichten. Öffentliche Ausschreibungen brachten mehr Angebote ein als beschränkte.

Mehr Angebote – mehr Wettbewerb – wirtschaftliche Ausschreibungsergebnisse.

Dieser Dreiklang bringt den Kern unserer Prüfungsfeststellungen auf den Punkt. Die maßgebliche Weichenstellung ist die Wahl der Vergabeart. Und die Erkenntnis, dass die Öffentliche Ausschreibung im Vergleich zu nichtöffentlichen Verfahren bessere Vergabeergebnisse erwarten lässt.

Ein eingeschränkter Bieterkreis brachte aber nicht nur Nachteile für die Wirtschaftlichkeit mit sich. Auch die Korruptions- und Manipulationsgefährdung stieg. Neben dem dadurch entstehenden volkswirtschaftlichen Schaden, wird so auch das Vertrauen in die Integrität und Funktionsfähigkeit der Verwaltung grundlegend in Frage gestellt.

Im Übrigen war bei all dem nicht nachweisbar, dass das Hauptziel der Vergabeerleichterungen erreicht wurde, die Dauer der Vergabeverfahren oder gar der Bauvorhaben zu verkürzen.

Mehr Wettbewerb zahlt sich also aus: Für mehr Wirtschaftlichkeit und weniger Korruption.

Dies ist eine wichtige Botschaft.

Ich persönlich sehe deutlich die Vorteile einer öffentlichen Ausschreibung: Nämlich größtmögliche Transparenz, mehr Wettbewerb, und somit gesteigerte Wirtschaftlichkeit.

Gleichwohl möchte ich noch einmal darauf hinweisen, dass sich die soeben geschilderte Untersuchung auf nichtöffentliche Vergabeverfahren unterhalb des Schwellenwertes bezieht.

Welche Ergebnisse wir im Oberschwellenbereich erhalten hätten, wissen wir nicht. Immerhin sieht das nichtoffene Verfahren auf EU-Ebene zwingend einen öffentlichen

Teilnahmewettbewerb vor. Insofern unterscheidet es sich von nichtöffentlichen Verfahren auf nationaler Ebene. Mit dem auf EU-Ebene vorgesehenen Teilnahmewettbewerb wird ja eben auch Öffentlichkeit hergestellt und damit eine Wettbewerbssituation eingeleitet, die für die Gleichbehandlung wichtig ist.

Und obgleich wir bei der dargestellten Untersuchung keinen wesentlichen Effizienzgewinn durch die Vergabeerleichterungen feststellen konnten, ist nicht auszuschließen, dass eine der Angebotsabgabe vorgeschaltete Eignungsprüfung den Verwaltungsaufwand verringern kann.

Weiter möchte ich bei der Frage der Verfahrenswahl und der Gleichrangigkeit von Verfahren an dieser Stelle nicht gehen, um der in meinem Haus noch abzustimmenden Position gegenüber den Gesetzes- und Verordnungsentwürfen der Bundesregierung nicht vorzugreifen.

Ich hoffe jedoch, dass unsere Feststellungen und Überlegungen die Diskussion über die Frage der Gleichrangigkeit anregen können.

Meine Damen und Herren,

für eine erfolgreiche Beschaffung ist natürlich nicht nur die Verfahrenswahl wichtig. Ganz wesentlich sind die Nachhaltigkeit und Qualität der Leistungsbeschreibung und der Eignungs- und Zuschlagskriterien.

Auch hierzu äußern wir uns regelmäßig.

Häufig kann man bei der Vergabe von Leistungen durch öffentliche Dienststellen den anklagenden Seufzer vernehmen, wegen des Vergaberechts habe man ja den billigsten Anbieter beauftragen müssen. Und dies, obwohl ja jeder gebildete Laie wisse, dass das am Ende die teuerste Lösung werde. Dann wird auch noch darauf hingewiesen, es gäbe Ärger mit den Rechnungshöfen, würde nicht der Billigste den Zuschlag erhalten.

Diesem Gerücht möchte ich entschieden entgegenreten.

Eine Vorschrift, Leistungen an den billigsten Bieter vergeben zu müssen, gibt es nicht und eine solche würde der Bundesrechnungshof auch nicht unterstützen. Das Haushaltsrecht schreibt stattdessen vor, die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten.

Es gibt umfangreiche Vorgaben, wie die Vergabestellen das wirtschaftlichste Angebot ermitteln können. Die VOB enthält hierzu eindeutige Regelungen.

Danach soll der Zuschlag auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte als das wirtschaftlichste erscheint. Solche Gesichtspunkte können sein: Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder Ausführungsfrist.

Diese schon recht umfangreiche Aufzählung sogenannter Zuschlagskriterien ist nicht abschließend und lässt noch weitere Wertungskriterien zu. Die Vergabestelle kann also aus einer Vielzahl von Gesichtspunkten diejenigen Kriterien bestimmen, nach denen sie die Wertung der Angebote vornehmen wird.

Der niedrigste Angebotspreis allein ist eben nicht entscheidend.

Es liegt also in der Verantwortung der Vergabestellen, die zweckmäßigsten Kriterien für die zu vergebende Leistung auszuwählen und die Angebote danach zu bewerten. Die Rechtsprechung räumt den Vergabestellen dabei einen weiten Beurteilungsspielraum ein. Der Bundesrechnungshof respektiert diesen, soweit er nicht eindeutig überschritten wird.

Auf Bitte des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestages haben wir bereits im Jahr 2003 einmal die Vergabe an den sogenannten „Billigstbieter“ untersucht. Es gab auch schon damals Klagen, die Vergabe zum Billigstpreis sei vielfach teurer als eine Vergabe an den zweit- oder drittgünstigsten Bieter.

Bei unseren Untersuchungen haben wir aber festgestellt, dass im Bundesfernstraßenbau bei den Großaufträgen von mehr als 2,5 Mio. Euro nur 29 % der Bieter mit dem preisgünstigsten Angebot den Zuschlag erhielten. Je geringer der Auftragswert war, umso höher war der Anteil der Zuschläge, bei denen sich das Angebot mit dem niedrigsten Preis durchgesetzt hatte.

Daraus lässt sich ableiten, dass die Vergabestellen bei anspruchsvollen und umfangreichen Bauaufgaben neben dem Preis auch noch weitere Kriterien deutlich gewürdigt haben. Wir konnten aber nicht feststellen, dass eine grundsätzliche Vergabe an den Zweitbietenden oder andere nachrangigere Bieter wirtschaftliche Vorteile erbracht hätte.

In unserer Untersuchung haben wir hervorgehoben, dass entscheidend für eine wirtschaftliche Vergabe die Qualität der Leistungsbeschreibung, die Qualität der Angebote sowie deren ordnungsgemäße Verwertung sind.

Ich hebe das an dieser Stelle erneut hervor, weil die Feststellung von Mängeln gerade in diesem Bereich die Rechnungshöfe sehr beschäftigt. Der Grundstein für das wirtschaftliche Ergebnis einer Ausschreibung wird bereits vom Ersteller der Vergabeunterlagen gelegt. Diese Aufgabe wird heutzutage überwiegend von Freiberuflich Tätigen wahrgenommen.

Eine gründliche Leistungsbeschreibung ist nicht nur notwendig, um von vornherein die Kostenbelastung zutreffend beurteilen zu können. Sie ist auch notwendig, um Nachträge abzuwenden, die üblicherweise mit finanziellen Nachteilen verbunden sind. Und sie ist notwendig, um Manipulationen zu begegnen.

Die können sich dann ergeben, wenn ein Leistungsverzeichnis Schlupflöcher für einen cleveren Bieter schafft, mit denen er seine Position im Wettbewerb verbessern kann.

Eine der Schlüsselanforderungen der Leistungsbeschreibung sind zutreffende Mengenansätze und auch hier liegt in der Praxis mitunter ein Schwachpunkt.

Wir machen auch die Erfahrung, dass Bieter – eben auch und gerade Billigstbieter – das Mengengerüst einer Bauleistung besser und zutreffender beurteilen als diejenigen, die die Leistungsbeschreibung ausarbeiten. Die Bieter berücksichtigen das dann auch bei ihren Kalkulationen. So kann sich bei der Abrechnung im Ergebnis die Reihenfolge der Bieter ändern. Grund sind Mengendifferenzen zwischen dem ursprünglichen Ansatz im Leistungsverzeichnis und der tatsächlich benötigten Leistung.

Deshalb weist der Bundesrechnungshof immer wieder darauf hin, sorgfältig auf zutreffende Mengenansätze zu achten.

Ein weiterer, nicht zu unterschätzender Punkt: Der auskömmliche Preis.

Vergabestellen haben den Auftraggeber vor unvollständiger, verzögerter oder mangelhafter Leistung zu schützen, aber auch vor Firmenzusammenbrüchen während der Ausführung. Und zwar dadurch, dass ein für die ordnungsgemäße Ausführung auskömmlicher Preis vereinbart wird. Die Vergabe zu diesem auskömmlichen Preis – also nicht zum billigsten Preis – liegt im Interesse des öffentlichen Auftraggebers, weil sie wirtschaftlich im echten Sinne ist. Denn der auskömmliche oder angemessene Preis ist eine der Voraussetzungen dafür, dass die Leistungen technisch fachgerecht und vollständig und auch ansonsten vertragsgemäß hergestellt werden können.

Um diese Angemessenheit festzustellen reicht es nicht aus, Angebotssummen der einzelnen Bieter nebeneinanderzustellen. Vielmehr ist es notwendig, sich auch mit der Struktur des Angebots zu beschäftigen. Dazu sind sogar einzelne Preise zu analysieren, um daraus abzuleiten, ob der Bieter sachgerecht kalkuliert hat oder nicht.

Die Beschäftigung mit der Kalkulation ist auch notwendig, um Spekulationen und mögliche Manipulationsversuche rechtzeitig erkennen zu können. Für den Baubereich geben die Vergabe- und Vertragshandbücher hierfür hinreichende Vorgaben.

Erkennen die Vergabestellen entsprechende Tatbestände, müssen sie ggf. auch den Mut haben, eine Ausschreibung aufzuheben.

Für die Vergabestellen ist es nicht selten ein schwieriger Spagat: Die vom Vergaberecht verfolgten Ziele zu erreichen und gleichzeitig Leistungen effizient und rechtsicher zu vergeben.

Das Vergaberecht ist inzwischen eine sehr vielschichtige Materie mit zahlreichen Anforderungen und vielen zu berücksichtigenden Gesichtspunkten geworden.

Auf einige dieser Anforderungen bin ich eben eingegangen.

Die Umsetzung der EU-Richtlinien und die damit verbundene Novellierung des Vergaberechts sollte aber nicht nur unter rein rechtlichen Gesichtspunkten erfolgen.

Auch die Auswirkungen auf die öffentlichen Auftraggeber sowie die Unternehmen sind im Blick zu behalten. Das fördert die Akzeptanz und die Umsetzbarkeit des Vergaberechtes.

In diesem Zusammenhang möchte ich an Eines erinnern: Bei allen finanzwirksamen Maßnahmen, also auch bei der nun vorgesehenen Novellierung des Vergaberechtes, sind hinreichende Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen. Dabei ist etwa zu untersuchen, wie die angestrebten Ziele am besten erreicht werden können und ob Zielkonflikte bestehen. Die in Frage kommenden Lösungsmöglichkeiten sind aufzuzeigen und zu bewerten, auch soweit sie nicht in Geld auszudrücken sind.

Mein Haus hat in der Vergangenheit festgestellt, dass dies viel zu wenig geschieht. Bei fast 85 % der von uns untersuchten Maßnahmen wurden keine hinreichenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchgeführt.

Angesichts der voraussichtlichen Auswirkungen der anstehenden Änderungen des Vergaberechtes, sollte die Novellierung auf fundierten Analysen und Abwägungen beruhen. Folgewirkungen sollten bewertet und Zielvorgaben abgestimmt werden.

Meine Damen und Herren,

Friedrich der Große hat einmal resümiert: „Erfahrungen nützen gar nichts, wenn man keine Lehren daraus zieht.“

Wohl wahr!

Nicht zuletzt auch diese Einsicht bestimmt unsere Rolle als Berater von Parlament und Regierung.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Begrüßung



Daniel Schreiner

Stadtbaurat, Fulda

Sehr geehrte Damen und Herren,

als neuer Stadtbaurat begrüße ich Sie ganz herzlich in Fulda. Grüßen soll ich Sie ebenfalls von Herrn Oberbürgermeister Möller, der im letzten Jahr dem forum vergabe versprochen hatte, Sie hier erneut willkommen zu heißen. Allerdings wird ihm heute eine hohe vatikanische Ehre zuteil, weshalb er sich bei Ihnen entschuldigen möchte.

Unsere schöne Stadt erfreut sich derzeit wachsender Beliebtheit. Das liegt zum einen an der Historie und infolgedessen dem kulturellen Erbe seit Gründung der Stadt im Jahr 744. Es liegt sicher auch an der gut erhaltenen historischen Altstadt bestehend aus dem ehemaligen Abtsbezirk mit dem heutigen Dom, der ehemaligen Abtsburg (dem heutigen Schloss) und der mittelalterlichen Bürgerstadt. Vielleicht liegt es auch an der schönen Umgebung. Fulda ist malerisch eingebettet zwischen dem Vogelsberg und der Rhön, aber mit Blick auf Ihr heutiges Vorhaben ein Forum abzuhalten, liegt es eben auch an der guten Verkehrsanbindung durch zwei Autobahnen sowie dem ICE-Netz und der geographischen Mittelpunktlage Fuldas in Deutschland.

Das war nicht immer selbstverständlich. Die wechselvolle Geschichte führte Fulda von der Klostergründung zu einem Fürstentum mit Ländereien von Friesland bis ins Rheingau, von der Säkularisierung zu einer Industriestadt, vom streng bewachten Zonenrand nahe der Grenze zur DDR bis hin zu einer Stadt im Herzen von Europa nach Auflösung des Warschauer Pakts.

So freuen wir uns von Seiten der Stadt außerordentlich, wenn Kongresse wie „forum vergabe Gespräche“ hier zu Gast sind und damit die Stadt noch lebendiger machen. Ein kurzer Blick auf Ihre Tagesordnung reicht, um zu erkennen, dass Sie einiges vorhaben und hier fachlich vieles erarbeiten werden.

Ich hoffe, dass Sie dennoch ein wenig Zeit finden können, etwas vom Fuldaer Flair und der genannten Historie zu erhaschen. Bereits ein Gang durch den Schlossgarten oder ein kurzer Besuch am Grab des Heiligen Bonifatius in der Krypta im Dom reichen schon, um ein wenig von der besonderen Atmosphäre mitzunehmen.

Die Bedingungen, unter denen die Aufträge zur Gestaltung der genannten historischen Stadt zustande kamen, kann man mit heutigem Blick getrost als vergabe-rechtswidrig einstufen.

Im 8. Jahrhundert bauten die Mönche das erste Kloster sicher noch selber. Spätestens beim Bau der imposanten Ratgarbasilika zweihundert Jahre später war die Hilfe externer Fachleute von Nöten. Was tun? 3-5 Angebote einholen?

Der Fürstabt brauchte 3 Mauern, um sich zu schützen. Die erste, als Abt, um die Klosterkirche vor heidnischen Horden abzuschirmen, die zweite, als Fürst, um das Schloss vor Plünderung zu bewahren, und die dritte, als Fürstabt, um der Pflicht nach Schutz seiner Bürger zu entsprechen.

Für die Ausführung dieser Pläne benötigte er selbstredend unzählige Sandsteinblöcke und tatkräftige Handwerker. Aber was war mit Eignungsprüfung und Tariftreue-erklärung?

Der Architekt Johann Dientzenhofer (und kein anderer) sollte die Stadt barockisieren. Er wurde Anfang des 18. Jahrhunderts vom damaligen Fürstbischof eigens aus Bamberg abgeworben und durfte die Basilika zu einem Dom, die Abtsburg zu einem Schloss umbauen und sich obendrein ein Haus in unmittelbarer Nachbarschaft zu seinen Baustellen errichten.

Ein klassischer Fall von Missachtung des Kartellrechts durch freihändige Vergabe trotz Erreichen des Schwellenwertes.

Die damals sicherlich durchgeführten Lizitationen mit den Handwerkern halfen immerhin dabei, dass der Stadtsäckel nicht gar so leer wurde.

Zur stadtplanerischen Gestaltung gehörte damals auch das waghalsige Translozieren eines Stadttores zur Errichtung einer Promenade. Das eigentlich erforderliche Beweissicherungsverfahren blieb vermutlich ergebnislos.

Wertvolle Stadtgestalt entstand somit unter Bedingungen, die man sich kaum noch im Rahmen öffentlicher Auftragsvergabe vorstellen kann.

Vieles wurde seitdem geleistet, um ein einheitliches europaweites System zu etablieren, an das sich alle öffentlichen Auftraggeber halten und von dem viele Parteien profitieren.

Und dennoch stecken wir immer noch mitten in einem Prozess, bei dem sich die Vorgaben immer schneller wandeln und die Rahmenbedingungen immer weiter entwickeln.

Die Normgeber stürzen sich immer wieder auf neue Aspekte und, trotz Bekenntnis zum Vergaberegime und aller Nachvollziehbarkeit der jeweils einzelnen Normen, wird dabei ein wirtschaftliches und gleichzeitig regelkonformes Handeln gerade für uns kommunale Auftraggeber immer schwieriger, da sowohl die zur Verfügung stehenden Gesamtbudgets und somit die Einzelauftragswerte, als auch die Personalkapazitäten schrumpfen, zeitgleich aber die Anforderungen an formell richtige Vergaben steigen.

Von daher horchen wir bei jeder Änderung des Vergaberechts auf – insbesondere jetzt, wo wieder größere „Umwälzungen“ bevorstehen.

Interessanterweise ernten wir auch immer mehr Kritik aus der Wirtschaft, gerade weil wir uns ganz selbstverständlich zum Vergaberecht bekennen.

Wünsche zu einer Bevorzugung heimischer Handwerker sind inhaltlich eher 1913 angesiedelt als der Hansabund den ersten Entwurf zu einem Reichsverdingungsgesetz vorgelegt hatte.

Dennoch lässt uns die Kritik nicht ganz kalt. Bei wirtschaftlicher Prosperität der Privatwirtschaft und gleichzeitiger Fokussierung der Länder auf eigene Vergabesysteme wird das Bieterspektrum zunehmend kleiner und auch spezieller.

Da gibt es die Gruppe derer, die gar nicht mehr mit der öffentlichen Hand arbeiten möchten, es gibt die Gruppe der „Wackelkandidaten“ und die Gruppe derer, die sich auf das Arbeiten mit der öffentlichen Hand spezialisiert haben. Letztgenannte sind dann in der Regel besonders gut beim Nachtragsmanagement. Da erzähle ich Ihnen sicherlich nichts Neues...

Das abnehmende Bieterspektrum und die zunehmende Spezialisierung der Firmen sind insofern ein Problem, als dass in gewissen Segmenten sich Trends zeigen, dass immer dieselben Firmen auf die für sie passenden Ausschreibungen reagieren und sich somit langfristig Marktanteile sichern.

Tröstlich ist: Diese Probleme haben wir nicht alleine. Anderen Kommunen geht es wohl ähnlich. Und wir haben zudem Glück, in Osthessen noch eine große Zahl guter und stabiler Handwerksfirmen vorzufinden und somit einen stabilen Markt bilden. Aber, wie erwähnt, nicht mehr alle sind bereit, sich in den Ring einer öffentlichen Ausschreibung zu begeben.

Ich finde es sehr ermutigend, dass für das wichtige Thema Vergabe hier der fachliche Austausch gewagt wird: Das Ringen um formelle Richtigkeit, Gleichbehandlung, Transparenz, Nichtdiskriminierung auf der einen Seite und einfache effiziente Handhabung sowie Mittelstandsförderung auf der anderen Seite ist wahrlich nicht einfach.

Vom Entwurf des Bundesministeriums zur Vereinfachung des Vergaberechts erhoffen wir uns neue Impulse – Sie sich wahrscheinlich auch und ich denke, dass das Forum Vergabe hierfür sicherlich einen wichtigen Beitrag leisten kann.

Ich wünsche Ihnen gute, fachliche Stunden in unserem Stadtsaal und ergebnisreiche Debatten. Ich hoffe, dass Sie nach erfolgreichem Abschluss mit guten Gedanken an Ihre Wirkungsstätten zurückgehen können und darüber hinaus hoffe ich, dass Sie wiederkommen werden in unsere Stadt.

Das Vergaberecht wird noch so Manches parat halten...

Vielen Dank.

Die Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien

Moderation und Einführung



Prof. Dr. Meinrad Dreher, LL.M.

Johannes Gutenberg-Universität, Mainz

Der 18. April 2016 markiert die zweite kopernikanische Wende im Vergaberecht. Die erste Wende war der Wechsel vom Vergabewesen zum Vergaberecht durch die Einführung europäischer Vergaberichtlinien mit den Vergabegrundsätzen des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung in Verbindung mit der Begründung subjektiver Rechte. Den zweiten großen Umbruch bildet die weitgehende Vollendung und Ausdifferenzierung des europäischen Richtlinienprogramms. Er zeigt sich in der vollständigen Überarbeitung und sehr erheblichen Erweiterung der allgemeinen Vergaberichtlinie und der Sektorenvergaberichtlinie ebenso wie in der Erstreckung des Vergaberechts auf Konzessionsvergaben sowie – bereits seit dem Jahr 2009 – auf Verteidigungs- und Sicherheitsvergaben durch jeweils eigene Richtlinien. Der 18. April 2016 als Datum für die Umsetzung der drei neuen Richtlinien durch die Mitgliedsstaaten stellt seit der Verabschiedung des neuen EU-Richtlinienprogramms den vergaberechtlichen Fixpunkt dar.

Vor dem Hintergrund sind die 17. forum vergabe Gespräche 2015 und ist insbesondere auch dieser erste Teil der Gespräche der „Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien“ gewidmet. Dazu begrüße ich allseits bekannte Gesprächsteilnehmer auf dem Podium und sehe den Gesprächen unter Ihnen sowie mit dem Auditorium zu den Grundsatzfragen der Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien mit Freude entgegen.

Zunächst wird Herr Dobler einen einleitenden, ausführlichen Überblick über das Umsetzungsvorhaben in Deutschland geben. Sodann kann Herr Janssen diesen

speziell aus der Sicht der Bauvergaben ergänzen. Dem schließt sich eine Würdigung der Umsetzungspläne aus der Sicht der Länder bzw. der Kommunen durch Frau Deling bzw. Herrn Portz an, bevor Herr Dr. Loewenstein die Umsetzungsproblematik abschließend aus der Sicht des Baugewerbes anspricht.

Die Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien



Statement

Ministerialdirigent Christian Dobler

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin

Lassen Sie mich mit einigen Vorbemerkungen beginnen, die sozusagen auch die Klammer für meine anderen Ausführungen sind. Ich beginne mit drei guten und einer schlechten Nachricht. Die erste gute Nachricht: Das GWB ist fertig, es liegt seit zwei Tagen bei meinem Staatssekretär. Das GWB reicht im Vergaberecht nunmehr von § 97 bis § 184, dann schließt sich ein abschließender Paragraph an. Die schlechte Nachricht für Sie: Sie haben das jetzt noch nicht in der Hand, was mich zu einer weiteren guten Nachricht bringt, wenn Sie es jetzt in der Hand hätten, würden wir vermutlich nur über Details diskutieren. Da gibt es nämlich sicherlich sehr viele Fragen, die sich ergeben werden. Und die dritte gute Nachricht ist, dass ich davon ausgehe, dass Sie den Referentenentwurf in sehr kurzer Zeit im Internet verfügbar haben. Wir haben unsere Leitung gebeten, mit der Freigabe uns möglichst rasch die Möglichkeit zu geben, bei den Ressorts die Zustimmung zu erhalten, dies auch an die Verbände und Länder zu schicken. Wir machen es dann natürlich auch öffentlich und stellen es ins Internet. Sie sehen übrigens auch, das ist zunächst der physische Beweis für 1:1 eine Umsetzung, ich habe hier die Richtlinie, ich habe hier unsere Umsetzung, das ist eine klassische 1:1 Umsetzung, sie können es nachmessen.

Dies meine erste Vorbemerkung. Meine zweite Vorbemerkung sind zwei kleine Danksagungen, die Sie mir angesichts der Arbeit, die wir in der kurzen Zeit geleistet haben, erlauben. Der erste Dank geht zu meiner rechten Hand, wir haben dies in sehr guter Zusammenarbeit mit dem Bauministerium gemacht, auch noch zu der Zeit als Herr Kratzenberg noch an dem Prozess beteiligt war. Das möchte ich ausdrücklich hervorheben, das hat viel Freude gemacht. Wir sind nicht in allen Punkten einig, wie

Sie wissen, darauf kommen wir noch, aber trotzdem war die Zusammenarbeit hervorragend. Mein zweiter Dank geht an die Expertengruppe, die wir eingesetzt haben. Ich weiß, dass es nicht allen gefallen hat, dass wir uns erlaubt haben, uns im BMWi sozusagen einen erweiterten Hinterkopf zuzulegen. Sie haben uns nicht irgendwelche Beiträge geliefert, sondern wir haben unsere Texte, die wir erarbeitet haben, denen gezeigt und haben gesagt, gebt uns eine fachliche Meinung. Wir haben da nichts Schriftliches fixiert, es gab keine Protokolle, es musste keinen Schlussbericht geben. Wir haben sehr viel davon profitiert und einige der Experten sind hier anwesend, ich möchte mich nochmals sehr dafür bedanken. Diese Gruppe wird uns auch noch weiter begleiten. Und der zentrale Dank gilt natürlich meinem eigenen Team, für das im Moment nur Frau Hein-Dittrich hier sitzt. Herr Solbach ist im Moment in einigen politischen Geschäften unterwegs, weil wir auch noch Anforderungen der Fraktion etc. haben, sodass wir das ein bisschen aufgeteilt haben.

Die dritte Vorbemerkung wird jetzt schon inhaltlich. Für die Diskussion, die wir hier führen, sollte Ihnen eines bewusst sein: Die Richtlinie, die wir in Europa beschlossen haben und der auch Deutschland zugestimmt hat, ist der Ausgangspunkt dessen, was wir hier machen. Wir können also nicht grundsätzlich wesentlich besser sein als die Richtlinie. Ich gebe das zu bedenken. Es bleibt dabei, dass das Grundspannungsfeld der Richtlinie Vereinfachung, Vereinheitlichung versus stärkere Berücksichtigung strategischer Ziele eines ist, das wir nicht auflösen, sondern aus meiner Sicht nur optimieren können. Wir versuchen das bestmöglich zu machen.

Der weitere Punkt, den ich vorweg noch machen möchte – es ist der Letzte – ist folgender: Wir sehen es so, dass das Richtlinien-Paket ein Single-Rule-Book des europäischen Vergaberechts ist und die europäische Vorgabe für das nationale Vergaberecht. Viele Länder, die bisher gar nichts haben, werden das so umsetzen. Für uns ist der Gedanke der Vereinheitlichung in Deutschland weiterhin ein sehr zentraler. Ich gebe zu bedenken, dass es für deutsche Unternehmen eine wichtige Frage ist, auf welche Vergaberechtsregime sie international und national treffen. Ich empfehle einen neuen Blick auf eine ganz andere Kaskade, die lautet: Europa, Bund, Länder. Und wir auf der Bundesebene haben uns das Ziel gesetzt, soweit das möglich ist, Regelungen vorzulegen, die so gut und so brauchbar sind, dass vielleicht andere Ebenen von sich aus zu einem Denkprozess kommen, vielleicht zu sagen, das eine oder andere wäre für uns auch richtig. Vielleicht folgt sogar eine Mehrheit diesem Gedanken und wir bekommen einen größeren Vereinheitlichungseffekt auch auf der Länderebene. Dies ist unser Ziel, wir haben das auch bei unseren Gesprächen mit den Fraktionen, die wir zu den Eckpunkten geführt haben, sehr betont und wir haben dort den Eindruck gewonnen, dass dieses Ziel auch in den Fraktionen sehr stark unterstützt wird.

Inhaltlich noch eines: Es könnte durchaus sein, dass die Regelung eines Mindestlohns auf der Bundesebene vielleicht auch für das Thema Landesvergabegesetze eine Problematik herausnimmt, die bisher ein sehr zentraler Punkt gewesen ist. Wir setzen da

auf Freiwilligkeit, weil ich davon ausgehe, dass wir, wenn wir nicht auf Freiwilligkeit setzen, schon aus prinzipiellen Gründen wahrscheinlich sehr rasch am Bundesrat scheitern würden. Das würden wir gern vermeiden. Soweit meine Vorbemerkungen.

Es ist klar, dass wir jetzt zunächst die GWB-Regelungen vorlegen. Wir arbeiten parallel an den Verordnungen, das geht weiter. Sie wissen, dass wir im Januar im Kabinett Eckpunkte verabschiedet haben, da haben wir uns anspruchsvolle Ziele gesetzt. Wir wollten anwenderfreundlich und einfacher werden, wir wollten Bürokratie begrenzen und kommunale Handlungsspielräume erhalten. Wir wollen strategische Ziele und mittelständische Interessen in geeigneter Weise berücksichtigen und der Beschaffungsprozess soll digital werden, und wir wollen eine aussagekräftige Statistik begründen. All dieses werden Sie in den Regelungen im GWB wiederfinden.

Wie sieht die neue Struktur des GWB aus? Wir haben uns entschieden, die Umsetzung im GWB vorzunehmen, dies ist in den Eckpunkten so vereinbart. Ich erwähnte hier schon einmal, dass das Thema „Vergabegesetz“ noch im politischen Prozess erscheinen könnte. Es gibt Diskussionen darüber, ob man nicht auch diese vielen Paragraphen in ein einheitliches Gesetz packen sollte.

Ich denke dazu, dass eine Verortung an anderer Stelle als im GWB einige Probleme aufwerfen würde. Wir haben – und da gucke ich jetzt ganz besonders Herrn Marx an – als es Ende der 90er Jahre um die Frage ging, wo man das verankert, als Ort das GWB ausgewählt, weil man das Prinzip Wettbewerb damit verbunden hat und wir hatten auch mit dem Bundeskartellamt und den Vergabekammern dort eine geeignete Institution, die es umsetzen kann. Es gab einen zweiten Gedankengang dabei. Das



Vergaberecht ist ja „artfremd“ aus der Sicht mancher im Privatrecht. Wir haben aber den Rechtsschutz dort verankert, um Vergabeverfahren beschleunigt durchführen zu können und den Prozess möglichst „investitionsfreundlich“ zu regeln. Wenn man ein eigenes Vergabegesetz machen würde, denke ich mir, würde sich die Rechtswegfrage - also die Überführung in das Verwaltungsrecht – möglicherweise erneut stellen.

Ich kann dazu berichten aus den 15 Jahren, die ich jetzt im BMWi arbeite nach meiner Kartellamtszeit. Wir haben wieder und wieder das Thema gehabt, ob nicht Materien, die aus dem Verwaltungsrecht ins Privatrecht „artfremd abgewandert sind“ wie das Kartellrecht, das Energiewirtschaftsrecht, nicht alle zurück müssen in das Verwaltungsrecht. Diese Diskussion gibt es immer wieder. Und wenn wir ein eigenes Vergabegesetz machen würde, würde sich diese Frage aus meiner Sicht erneut stellen. Deshalb geht – wie gesagt – unser Plädoyer und, weil ich das auch aus Diskussionen kenne, auch die Plädoyers vieler anderer Beteiligten in die Richtung, dass es im GWB bleiben sollte. Und ich würde auch um Unterstützung bitten, wenn die Frage sich stellen sollte.

Was wir auf jeden Fall erreichen wollen, ist eine gewisse Vereinfachung in der Struktur des Gesetzes unterhalb des GWB. Sie wissen, die Vereinbarung ist jetzt wie folgt getroffen worden: Es wird die VOL/A in dieser Form nicht mehr geben, das wird in die VgV integriert. Wir werden die VOF ebenfalls integrieren in die VgV, sie wird dort einen eigenen Abschnitt bekommen. Daneben wird es die Besonderheit geben, dass für den Baubereich die VOB/A weiter existiert. Ich glaube, ich muss jetzt auch hier nicht verschweigen, dass wir im BMWi das anders geplant hatten. Aber die Diskussionen, die dann – obwohl innerhalb der A-Seite zwischen Bauministerium und Wirtschaftsministerium – stattgefunden haben, haben nun mal zu dem Ergebnis geführt, dass die VOB/A so bleibt wie sie ist. Das ist jetzt eine politische Entscheidung, wir werden versuchen das inhaltlich umzusetzen. Ich kann nur appellieren, bei der Ausgestaltung der VOB/A dann vielleicht auch die Dinge so zu gestalten, dass es nicht zu weit auseinander läuft. Da können wir nicht eingreifen, wir können es nur gestalten für den Bereich der alten VOL/A oberhalb der Schwellenwerte. Ich weiß das, aber ich erinnere an meine Eingangsbemerkung.

Also wie gesagt, wir hätten uns Weitergehendes gewünscht, aber das war nun einmal nicht zu erhalten.

Sie können natürlich nicht erwarten, dass bei einer Reform wie wir sie hier machen, es mit ein paar punktuellen Eingriffen ins GWB getan wäre. Ich habe in meinen Eingangsbemerkungen gesagt, dass wir uns nunmehr von § 97 bis § 184 bewegen, dass es ein wenig mehr geworden ist als bisher. Das hat mit zwei Punkten zu tun. Der erste Punkt: Wir haben in das GWB Regelungen für Bereiche übernommen, die bisher gar nicht geregelt waren. Das waren Vorgaben aus der Richtlinie, wie Inhouse-Vergaben, Regelungen zur Kündigung, Auftragsänderungen, Ausschlussgründe etc. Der zweite, und das ist eigentlich der Hauptpunkt: uns geht es darum, dass wir tatsächlich den Ablauf des Vergabeprozesses von der Leistungsbeschreibung über die

Ausschlussgründe inkl. Selbstreinigung, über die Eignungsprüfung, über den Zuschlag bis zu den Ausführungsbedingungen, alles bereits auf der GWB-Ebene abbilden. Nicht bis ins letzte Detail, aber so abbilden, dass man es schon sehr deutlich sehen kann. Und das ist natürlich etwas, was für die Bereiche Leistungen, Dienstleistungen, Bau und Konzessionen gleichermaßen gilt. Wir haben also, wenn Sie so wollen, erheblich mehr vor die Klammer gezogen, als es bisher der Fall war.

Es ist auch klar, dass dann die Einzelheiten weiter ausbuchstabiert werden in der VgV, der SektVO und der KonzVO einerseits und in der VOB/A andererseits. Aber der Teil dessen, was an substantiellen Regelungen ins GWB gewandert ist, ist sehr erheblich. Das ist dem Ziel geschuldet, eine starke Kongruenz mit der Richtlinie zu erreichen. Zum Weiteren wird es Regelungen über eine Vergabestatistik geben, und auch hier weiß ich, treffen wir einen Reizpunkt. Ja, es wird Statistikvorgaben geben für Vergaben oberhalb und unterhalb der Schwellen, weil wir eine aussagekräftige Vergabestatistik, die es bisher nicht gibt, anders nicht machen können. Ich darf vielleicht hier nochmal erwähnen, dass wir vor fast zwei Jahren ein umfängliches Gutachten vergeben haben, was sich sehr gut entwickelt. Und zwar haben wir das so gemacht, dass wir ein erstes Gutachten haben, das aufbereitet, wie eine Statistik aussehen müsste, welches die Voraussetzungen sind etc. Wenn dieses Gutachten abgeschlossen ist, wird dann operativ auf Grundlage dieses Gutachtens eine Art Pflichten- oder Leistungsheft erarbeitet. Und danach wird dann die Frage als Gutachten vergeben, wie man es operativ umsetzt. Das ist inzwischen sehr weit gediehen. Das war für uns auch relativ wichtig, denn wenn Sie dann diesen Gesetzentwurf in den Händen halten, werden Sie auch zisierte Ausführungen sehen zu den Kosten, die sich aus den Statistikpflichten ergeben. Die Statistik wird also ein Punkt sein. Das hat auch damit zu tun, dass wir durch die Vorgaben der Richtlinien ganz erhebliche Statistikpflichten gegenüber der Kommission haben. Aber der andere Punkt, der mich, solange ich diesen Bereich mache, umgetrieben hat: Ich habe nie verstehen können, warum es keine belastbaren Zahlen gibt. Immer wieder wird die Zahl genannt, 95 % aller Aufträge seien unterhalb der Schwellenwerte. Schön und gut, aber man muss die Volumina kennen, die hinter diesen Auftragszahlen stehen und: je mehr wir uns damit beschäftigen, wie strategische Ziele verfolgt werden sollen, umso mehr muss man auch nachprüfen können, was das eigentlich bedeutet, wie das eingesetzt wird, was dabei herauskommt. Wir legen derzeit umfangreiche Investitionsprogramme auf, dafür muss Transparenz in den Bereichen herrschen, und ich kann mir eigentlich nicht vorstellen, dass man vor diesem Hintergrund eine flächendeckende Statistik grundsätzlich infrage stellen will.

Letztlich werden wir die elektronische Kommunikation im Gesetz verankern. Die Grundregeln, die Grundansagen finden sich bereits auch im GWB, Einzelheiten sind dann auch in den Verordnungen geregelt. Dementsprechend ist natürlich auch die Anlage der Verordnungsermächtigung wesentlich breiter.

Ich sagte es schon, wir haben durch die Richtlinie einmal ein grundsätzliches Spannungsfeld vorgegeben zwischen den strategischen Zielen und den normalen Vereinfachungszielen. Aber wir haben auch noch ein weiteres Spannungsfeld. Es gibt im Koalitionsvertrag wie Sie wissen die schöne Aussage, dass europäische Richtlinien immer 1:1 umgesetzt werden sollen. Das ist natürlich da schön und gut, wo man etwas 1:1 umsetzen kann. In den Richtlinien gibt es aber einen Teil von 1:1-Regelungen und einen Teil, wo man den Mitgliedstaaten Spielraum lässt. Und wenn man Spielraum hat, ist es mit der 1:1-Umsetzung ein wenig schwierig. Und wenn wir dann Spielräume haben, gibt es natürlich diejenigen, die wünschen, dass wir diese Spielräume möglichst weit ausnützen. Es gibt aber auch diejenigen, die möchten, dass wir diese Spielräume so gut wie gar nicht ausnützen. Es gibt diejenigen, die möchten, dass wir für jeden Bereich im Vergaberecht am besten nochmal eine spezifische Regelung haben, also eine ganze Bandbreite von Anforderungen. Ich komme vielleicht noch an Beispielen dazu. Mit diesem Spannungsfeld müssen wir uns beschäftigen, das tun wir die ganze Zeit. Es wird Ihnen bekannt geworden sein, dass wir neben den Arbeiten an der Vergaberichtlinie unzählige Gespräche mit Stakeholdern geführt haben. Wir haben mit allen Teilbereichen gesprochen. Dabei haben sich bestimmte politische Bereiche herauskristallisiert, denen sehr große Aufmerksamkeit zukommt. Aber es gibt daneben sehr viele Einzelfelder, mit denen wir es auch zu tun haben.

Ich greife jetzt einfach einmal ein paar Punkte heraus bei denen wir in politischen Diskussionen sind, deren Ergebnis für die Umsetzung große Bedeutung haben werden.

Der erste Punkt ist die Frage niedrigster Preis oder wirtschaftlichstes Angebot als Zuschlagskriterium. Ich meine, wir waren in Deutschland hier aus meiner Sicht bei diesem Punkt immer schon wesentlich weiter als Europa, denn Herr Marx hat ja rechtswidrig dafür gesorgt, dass im deutschen Gesetz immer das wirtschaftlichste Angebot stand, das war beim strengen Blick in die europäische Regelung ja gar nicht korrekt. Da hätte der günstigste Preis stehen müssen. Ich habe als Ökonom diese Diskussion immer nicht so richtig verstanden und Frau Hein-Dittrich lächelt schon, weil sie das weiß. Wir haben unzählige Diskussionen gehabt. Sie müssen wissen, dass ich in meinem Vergaberechtsbereich der einzige Ökonom bin, der diese Unterabteilung leitet und das Vergaberechtsreferat besteht ausschließlich aus Juristen. Und wir haben immer wieder diese Diskussion geführt über das Verhältnis zwischen der Wirtschaftlichkeit und dem günstigsten Preis. Mir war nie so ganz klar, warum die Kommission das irgendwie nebeneinander haben will. Das wirtschaftlichste Angebot sollte immer das sein, auf das man den Zuschlag erteilt. Wenn es nichts anderes zu vergleichen gibt als den Preis, ist eben das mit dem niedrigsten Preis auch das wirtschaftlichste Angebot. Also diese Diskussion habe ich nie kapiert, weil Wirtschaftlichkeit eine Leistungsseite und eine Preisseite hat. Ist die Leistungsseite aus

irgendwelchen Gründen fix, also wenn ich beispielsweise genormtes Benzin einkaufe und alle Dienstleistungen abziehe, ist der Preis der ausschlaggebende Punkt. Die Verrenkungen gerade in diesem Artikel der Richtlinie sind unsäglich, dabei ist es doch ganz einfach: also es ist das wirtschaftlichste Angebot und je nachdem wie ich den Wirtschaftlichkeitsbegriff fasse, können auf der Leistungsseite auch qualitative Anforderungen reinkommen. Wirtschaftlich ist immer die Relation von zwei Faktoren, das sind Preis und Leistung. Deshalb kann ich diese ganze Diskussion als Ökonom nicht so richtig verstehen, aber ich verstehe, dass sie juristisch hochkompliziert ist. Ich habe lange Tableaus gesehen mit irgendwelchen Verästelungen und Ablaufdiagrammen, ich glaube aber im Grundsatz sollten wir das geregelt bekommen. Es sei denn, wir haben zu viel von den ganzen verschiedenen Kriterien. Wir haben ja jetzt einige genannt, die da alle einbezogen werden können, wie z.B. Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit, Design für alle, soziale, umweltbezogene, innovative Eigenschaften, die muss man dann eben in die Wirtschaftlichkeitsberechnung reinkriegen. Das ist der schwierige Punkt, aber nicht die Frage, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erfolgt. Das ist meine einfache Herleitung.

Der zentrale Satz der Wirtschaftlichkeit steht im Artikel der Grundsätze in § 97. Da stehen die Grundsätze drin, die sind nur ein bisschen weiter auseinandergezogen, aber die Einzelheiten haben wir jetzt weiter hinten beim Zuschlag geregelt. Zu den Grundsätzen gehören auch einige weitere Dinge, zu denen ich gleich noch komme.

Beim wichtigsten Punkt, wie ich glaube, den wir in diesem Bereich haben und über den wir bestimmt noch weitere Diskussionen führen werden, geht es darum, dass die Richtlinie sagt, es können bei der Zuschlagserteilung weitere Kriterien berücksichtigt werden. Und unser Verhandlungsziel in Brüssel war auch genau dieses „Können“ zu erhalten. Und bei unserer Umsetzung planen wir jedenfalls – und so ist es auch in den Eckpunkten verankert – dass diese Kriterien berücksichtigt werden KÖNNEN. Ich sage nur aus Diskussionen, die wir geführt haben, dass ich nicht ausschließen will, dass von der einen oder anderen Seite eben bei manchen Kriterien auch ein „müssen“ dazukommen soll. Das ist eine interessante Diskussion, ich glaube aber nach wie vor, dass es für eine Auftragsvergabe wichtig ist, dass diejenigen die Aufträge vergeben wollen, zusätzliche Dinge hineinnehmen KÖNNEN. Den Auftraggebern das zwingend vorzuschreiben, würde den Handlungsspielraum, aller, die beteiligt sind, zu sehr einschränken. Man muss hier auch aufpassen, dass man die Auftragnehmerseite dabei nicht überfordert.

Die zweite Voraussetzung, die wir auch in Brüssel bei den Verhandlungen sehr vehement verfochten haben, ist, dass der Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand erhalten bleibt. Also solche zusätzlichen Forderungen nicht abstrakt erhoben werden können. Da hat es insofern eine gewisse Weiterung gegeben, als dass diese Kriterien sich auf den Produktionsprozess beziehen können, als Teil des Auftragsgegenstandes, aber es ist eine Bezogenheit geblieben.

Ich hab schon deutlich genug gemacht, dass, je stärker die Vorgaben zur strategischen Beschaffung ausfallen, desto komplexer die Anwendung der Regelungen wird. Dabei bleibt es, das haben wir nicht auflösen können. Wir werden versuchen, das soweit es geht auszutarieren. Nur glaube ich, dass dieses Austarieren dann auch sehr stark eine Frage und Aufgabe der Praxis ist. Ich habe mit Interesse in letzter Zeit mehrere Berichte zu diesem Thema gelesen, etwa des Landes Berlin. Ich fand besonders interessant, dass die festgestellt haben, dass inzwischen ein Effekt des sehr komplex gewordenen Vergaberechts ist, dass sich einfach auf viele öffentliche Aufträge keiner mehr bewirbt oder nur sehr wenige Bewerbungen eingehen. Da sind wir wieder bei dem, was wir eingangs gehört haben: am Ende führt das zu einer Erhöhung der Kosten. Ich erinnere an die Perspektive des Bundesrechnungshofs im Vortrag gestern Abend. Wenn man Kostenbetrachtungen macht, feststellt, was billiger ist und nicht billiger ist, muss man glaube ich immer mehrere Ebenen einbeziehen, das ist nicht mit der ersten Ebene getan. Und wenn man nicht viele Angebote bekommt, kann man ruhig eine offene Ausschreibung machen, hat aber nicht viel davon.

Ich glaube, das ist ein Punkt, der sehr wichtig ist. Und hier sind natürlich auch teilweise die Länder gefragt. Vor allem aber ist hier der Unterschwellenbereich aus meiner Sicht auch und vor allem betroffen.

Ein weiterer Punkt den ich sehr klar ansprechen möchte: Wir haben uns entschieden – und da bin ich jetzt direkt beim Rechnungshof – das offene und das nicht offene wettbewerbliche – und ich unterstreiche das 15-mal – Verfahren als gleichrangige Alternativen ins GWB zu schreiben. Das ist eine Neuerung, das war bisher nicht so. Aber auch da müssen wir sagen, dass die Richtlinien auch nach vorheriger Rechtslage dies zugelassen hätten. Wir haben das in Deutschland bisher so nicht gemacht. Wir haben nach vielen Diskussionen entschieden, dieses vorzuschlagen. Das ist auch in den Eckpunkten innerhalb der Bundesregierung so vereinbart. Ich will nicht ausschließen, dass es dazu auch nochmal Diskussionen gibt, vielleicht dann, wenn auch die Stellungnahme des Bundesrechnungshofs dazu vorliegt. Nur man muss eben – glaube ich – sehr klar unterscheiden oder im Auge haben, dass eine nicht offene Ausschreibung oberhalb der Schwellen etwas anderes ist als eine freihändige Vergabe unterhalb der Schwellen ohne Teilnahmewettbewerb. Es geht hier beide Male um wettbewerbliche Verfahren. Da kehre ich jetzt wieder den Ökonomen raus. Ich habe ein gewisses Verständnis dafür, dass Unternehmen es vorziehen könnten, zunächst ihr Interesse für einen Auftrag zu bekunden und später entscheiden können, ob es sich lohnt ein Angebot abzugeben. Das wird von Auftrag zu Auftrag unterschiedlich sein. Ich finde, die von uns vorgeschlagene Regelung gibt hier eine gewisse Flexibilität, die aus meiner Sicht sinnvoll ist. Das offene und das nicht offene Verfahren mit Teilnahmewettbewerb sind die beiden Basisverfahren, die anderen Verfahren haben besondere Voraussetzungen. Die Voraussetzungen für das Verhandlungsverfahren

sind etwas gelockert, das bilden wir aber so ab, wie es in der Richtlinie vorgegeben wird. Wir glauben, aus unserer Sicht, dass der Wettbewerb durch diese Regelung nicht leiden wird.

Ein weiterer wichtiger Punkt ist, dass wir an den Regelungen zur mittelstands-freundlichen Vergabe festhalten. Herr Löwenstein, ich hatte es Ihnen gestern schon mal so beim Bier nebenbei gesagt, wir werden auch insofern dann auch gar keine Diskussionen aufkommen lassen und die Regelung des derzeitigen § 97 Abs. 3 wortwörtlich erhalten. Es ist nun einmal so, dass, wenn man bei solchen Gesetzesänderungen nur $\frac{1}{4}$ des Satzes oder einen Begriff ändert, sich die Kommentatoren freuen und es gibt viel Raum für Gerichte und für Anwälte. Daher haben wir uns entschieden, wir schreiben das genauso ab wie es ist, damit die Botschaft hier klar ist: In diesem Bereich soll sich nichts ändern. Sie wissen, dass das nach der europäischen Richtlinie nur eine fakultative Regelung ist und wir wollen das aber so beibehalten wie es ist.

Wir wollen auf der anderen Seite kleinen und mittleren Unternehmen, wie wir selber bei den Verhandlungen in Brüssel vertreten haben, den Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erleichtern. Soweit Mindestumsätze gefragt werden, soll es eine Höchstgrenze geben. Das wird aber dann erst auf der Ebene der VgV geregelt werden. Wir wollen auch, dass die Anforderungen an Referenzen Grenzen gesetzt werden, um Märkte offenzuhalten und Newcomern eine Chance zu geben. Gerade im Hinblick auf den Mittelstand soll die Beteiligung an öffentlichen Auftragsvergabeverfahren nicht zu sehr erschwert werden. Hier muss der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt bleiben.

Dann komme ich zu einem sehr schönen Feld, das wir, wie ich glaube, auch das letzte Mal in Fulda schon thematisiert hatten. Das war das Feld der Ausnahmen vom Vergaberecht. Wir haben dazu interessante Verhandlungen gehabt bei der Erarbeitung dieser Richtlinie. Und es geht hier um zwei Problemfelder, die zwar miteinander zu tun haben, aber sehr verschieden sind. Wir haben einmal Ausnahmen vom Vergaberecht. Ich betone: Ausnahmen vom Vergaberecht als sekundärem Vergaberecht. Also die sekundären Regelungen des Vergaberechts gelten für diese Bereiche nicht. Das hat Konsequenzen, zu denen ich gleich etwas sage. Und wir haben auf der anderen Seite ein sogenanntes Sonderregime für soziale und andere Dienstleistungen ab 750.000 €. Prima facie gibt's zwischen den Bereichen erst mal einen ganz wesentlichen Unterschied. Bei den Ausnahmen gibt es prima facie keinen richtigen Rechtsschutz. Bei den sozialen Dienstleistungen, beim Sonderregime gibt es ohne Zweifel Rechtsschutz. Das ist erst mal bis dahin soweit so gut.

Ein spezieller Bereich der Ausnahmen ist zum einen das Thema Wasser, das kennen Sie alle. Wasser hat ungefähr die Qualität von TTIP, deshalb würde ich da lieber gar nicht dran rühren. Sie wissen, dass es bei den Verhandlungen in Brüssel ausgesprochen ausziselierte Sonderregelungen gab für die Wasserwirtschaft. Das

waren wirklich hochfragile sehr ziselierte Gebilde, die die interkommunale Zusammenarbeit nochmal ausbuchstabierte haben resp. hätten.

Irgendwann wurde aus irgendwelchen Gründen gesagt, wir nehmen das Wasser ganz raus. Ob das ein Sieg oder ein Pyrrhus-Sieg ist, überlasse ich der Rechtsanwendung. Dazu erst mal nicht mehr.

Wir haben aber andere Ausnahmen, die mindestens so wichtig sind. Rettungsdienstleistungen, ich gucke auch da wieder Frau Hein-Dietrich an, sind ihr Lieblingsthema. Neben der Gesetzesarbeit beantworten wir dazu täglich Briefe, Anfragen und Ähnliches. Das ist ein hochheikles Thema und das ist ja auch ein Gebiet, wo es auch um wirtschaftliche Interessen geht. Und hier liegen die Interessen der Betroffenen sehr weit auseinander. Es gibt hier die Forderung, diesen Ausnahmbereich so eng auszulegen, dass es eigentlich gar keiner mehr ist, bis hin zu der Forderung, wir sollen doch ins Gesetz reinschreiben, dass in diesen Bereichen die uneingeschränkte unkonditionierte Direktvergabe möglich ist. Letzteres halte ich für ein wenig schwierig. Das hängt mit der Grundthese zusammen, an die ich glaube – und da bin ich nicht ganz alleine – der zufolge dann, wenn etwas vom Vergaberecht ausgenommen ist, jedenfalls das Primärrecht weiter gilt mit allen dazugehörigen Verpflichtungen. Und damit muss man dann auch irgendwie umgehen. Man könnte hier auch die Frage stellen, was genau Primärrecht in diesem Kontext bedeutet. Dazu gibt es Überlegungen, ob man das in irgendeiner Form ausbuchstabieren sollte. Aber auch da gibt es wieder sehr unterschiedliche Forderungen. Wir haben uns zunächst mal für die 1:1-Umsetzung entschieden, was in diesem Falle bedeutet, dass wir die Ausnahme die in dem Art. 10 h) für Rettungsdienste kodifiziert ist, einfach wiedergeben als eine Ausnahme in unseren Ausnahmenregelungen als § 107 Abs. 1 Nr. 4. Ich habe es mir aufgeschrieben, sonst wüsste ich es jetzt nicht aus dem Kopf.

Um es hier klar auf den Punkt zu bringen: Wenn etwas vom sekundären Recht ausgenommen ist, ist es – aus meiner Sicht – relativ schwierig, dann zu formulieren, man könne von jetzt an hier unmittelbar direkt vergeben. Das wird sicherlich noch ein Thema von Diskussionen sein. An der Stelle stellt sich dann noch eine Frage. Ich hatte vorhin den Rechtsschutz erwähnt. Es gab ja einmal eine Unterschwellen-Mitteilung gegen die wir erfolglos geklagt haben. Das EuG hatte uns dann ausbuchstabierte, dass diese Mitteilung eigentlich nur das treffend wiedergibt, was sich aus der bisherigen Rechtsprechung der Europäischen Gerichte ergab. Interessanterweise hatte diese Mitteilung auch einen Punkt Rechtsschutz. Gegen den haben wir aber nicht geklagt. Ich habe damals noch Herrn Marx angerufen, als er schon nicht mehr da war und habe ich ihn gefragt, warum wir nicht geklagt haben. Vielleicht wollten wir nicht so klar wissen, was der EuGH zu dem Punkt gesagt hätte. Wie dem auch sei, jedenfalls stellen sich an der Stelle zwei ernsthafte Fragen. Die eine ist, ich habe sie letztes Mal Herrn Nunes de Almeida gestellt, ob die Kommission eigentlich beabsichtigt, eine Neuauflage dieser Unterschwellenmitteilung zu erstellen. Und die andere Frage ist, ob man

möglicherweise – auch unter unserer fachlichen Begleitung – auf der Länderebene, oder wo auch immer, für diesen Bereich einen Praxisleitfaden macht. Ich glaube, die Rechtsschutzfrage schwebt irgendwie noch über dem Ganzen. Ich halte sie jedenfalls noch nicht für abschließend geklärt.

Jetzt komme ich noch schnell zu dem Punkt digitale Kommunikation. Sie wissen, und das ist ein wichtiger Punkt, dass ab 18. April nächsten Jahres bereits die Unterlagen für die Vergabe elektronisch verfügbar sein müssen. Das ist keine Kann-Regelung, das ist eine Pflichtregelung. Wir merken bei vielen, vielen Gesprächen die wir führen, dass das in der Praxis noch nicht so ganz angekommen ist. Und Sie wissen, es gibt dann eine zweite Deadline, das ist nicht der 18. April 2018, sondern der 18. Oktober 2018, dann muss der gesamte Vergabeprozess digital umgestellt sein. Das ist ein Punkt, auf den wir wieder und wieder hinweisen. Wir sprechen auch von uns die Praxis an, da das in der Praxis zu leisten ist und ich glaube, das ist ein sehr wichtiger Punkt. Der Legislativakt, den wir machen, ist ein Teil der Arbeit. Aber die Schaffung der erforderlichen IT-Voraussetzungen vor Ort in den Vergabestellen, das ist etwas, was die Betroffenen leisten müssen und das ist noch zu leisten und da ist noch sehr viel zu leisten. Und ich glaube, dieses Bewusstsein zu verbreiten, ist auch eine Aufgabe dieses Forums.

So, last but not least, Statistik. Ich hatte erwähnt, es wird Regelungen zur Statistik geben. Ich halte die für wichtig, sie werden auch im GWB verankert sein.

Unsere Arbeiten sind, wie ich Ihnen gerade gezeigt habe, was das GWB anbelangt völlig im Plan. Wir arbeiten derzeit parallel an den Verordnungen. Ich sagte Ihnen auch, dass wir Verbände, Länder, alle jetzt sehr schnell beteiligen werden. Wir haben vor, vor Beginn der Sommerpause im Kabinett zu sein mit den GWB-Regelungen und wir werden dann in der zweiten Jahreshälfte die Arbeit an den Verordnungen weiterführen. Ebenfalls auf unserer Agenda, aber nicht zwingend unter dem Druck des Umsetzungstermins, ist die Frage eines Vergabeausschlussregisters. Das hieß einmal Korruptionsregistergesetz, aber in der Ressortabstimmung über die Eckpunkte ist – das hat die CDU gefordert – der Begriff Korruptionsregister entfernt worden. Es ist jetzt ein Vergabeausschlussregister, weil es Korruption in diesem Land nicht gibt. Und so denken wir, dass das Vergaberecht nach Abschluss dieser Arbeiten sehr anders aussehen wird. Es wird hoffentlich trotz allem auch etwas besser sein. Und was ich am Anfang schon mal gesagt habe, wenn Sie uns dann für den Entwurf in Grund und Boden verdammen, gucken Sie nochmal in die Richtlinien, und überlegen Sie dann, wie weit Sie die Richtlinie beschimpfen müssen oder uns. Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.

Die Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien



Statement

Regierungsdirektor Reinhard Janssen

Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, Berlin

Ich spreche zwei Punkte allgemeinerer Natur an, die zusammen gehören. Ich nehme dabei zwei Perspektiven ein: die eines Rechtsetzenden, nämlich für die VOB verantwortlich, und die eines großen öffentlichen Auftraggebers, nämlich des Bundeshochbaus.

1. Die neuen EU-Vergaberichtlinien stellen keine Revolution dar!

Die Richtlinien bringen zwar in der Tat viele Änderungen mit sich. Aber es sind doch ganz überwiegend Details. Ich kann, jedenfalls für den Baubereich, nichts grundlegend Neues erkennen.

Die Innovationspartnerschaft z. B. ist lediglich eine weitere, im Baubereich vermutlich wenig praktische Relevanz erlangende Vergabeart, die die bekannte Liste von offenem Verfahren, nicht offenem Verfahren, Verhandlungsverfahren und wettbewerblichem Dialog nur ergänzt.

Die E-Vergabe wird schon lange praktiziert. Im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung beispielsweise werden nicht nur die Vergabeunterlagen schon lange elektronisch zur Verfügung gestellt, sondern auch bereits rund 10 % der Angebote elektronisch eingereicht.

Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung ist das, was ihr Name sagt: eine Eigenerklärung wie wir sie im Baubereich mit Formblatt 124 des Vergabehandbuchs bereits kennen.

Umweltbezogene und andere strategische Belange werden gestärkt, das ist richtig. Aber es ist doch nicht so, als ob diese Belange bisher keine Rolle gespielt hätten. Denken Sie z. B. an die Initiative Nachhaltiges Bauen des Bundesbauministeriums.

Und als letztes Beispiel Konzessionen. Auch diese sind im Baubereich bereits seit 2006 in § 22 VOB/A geregelt.

Deshalb werbe ich dafür, die Diskussion um die Richtlinien und deren Umsetzung etwas nüchterner zu führen. Das Vergaberecht ist ja kein Selbstzweck. Anknüpfungspunkt bleibt, auch im Oberschwellenbereich, die Beschaffung der öffentlichen Hand zur Erledigung von Verwaltungsaufgaben. Dafür stellen wir ein Verfahrensrecht zur Verfügung, nicht Mehr und nicht Weniger.

2. Meine zweite Eingangsthese zielt in die gleiche Richtung:

Vergessen Sie bei aller Beschäftigung mit den Richtlinien und deren Umsetzung den Unterschwellenbereich nicht!

Die vergaberechtliche Diskussion ist beherrscht durch die EU-Vergaberegeln.

Ausgeblendet wird weitgehend der in der Praxis absolut dominierende Unterschwellenbereich. Die entsprechenden Zahlen kennen Sie alle. So wurden im Bundeshochbau im Jahr 2013 nur 1 % aller Aufträge europaweit ausgeschrieben werden. 99 % der Aufträge lagen unter dem Schwellenwert, und davon wiederum waren 75 % kleiner als 10.000 Euro. Die Masse der Aufträge im Baubereich sind also kleinere Erhaltungsmaßnahmen.

Um dies nicht aus dem Blick zu verlieren, werbe ich an dieser Stelle für eine Gesamtbetrachtung des nationalen Vergaberechts.

Die VOB verfolgt einen solchen einheitlichen Ansatz. Zum einen sind die drei Teile A, B und C ein in sich verbundenes Gesamtwerk, das die Vergabe, die Durchführung und die Abrechnung öffentlicher Bauaufträge regelt. Zum anderen gelten die drei Teile identisch (B und C) bzw. im strukturellen Gleichlauf (A) für den Ober- und den Unterschwellenbereich.

Dieser Gleichlauf zwischen Ober- und Unterschwellenbereich soll erhalten bleiben. Das heißt, aus jetziger Sicht wird es auch im 1. Abschnitt der VOB/A keine Revolution geben.

Wenn ich über die VOB spreche kann ich dies nicht, ohne auch den DVA zu erwähnen. Wir wollen im Baubereich die gemeinsame Arbeit in den Vergabeausschüssen fortsetzen. Und zwar dies nicht nur, um die Unternehmerseite zu beteiligen, wie oft unterstellt wird. Vielleicht noch bedeutender aus meiner Sicht ist es, die öffentlichen Auftraggeber aus Bund, Ländern und Kommunen einzubinden, um die VOB auch im Unterschwellenbereich als gemeinsame Basis zu erhalten. Mir ist im Sinne der Anwen-

der eine vielleicht nicht perfekte, aber einheitliche VOB lieber als 16 völlig unterschiedliche Landesvergabegesetze!

Denken Sie deshalb jetzt bitte nicht nur an die Umsetzung der Richtlinien, sondern nehmen Sie auch den Unterschwellenbereich gedanklich mit in den Blick.

Die Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien

Statement



Ministerialrätin Jasmin Deling

Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk des Landes Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf

Als Vertreterin des Wirtschaftsministeriums Nordrhein-Westfalen wurde ich gebeten, anlässlich der Podiumsdiskussion i.R.d. forum-vergabe Gespräche einen Blick auf die nationale Umsetzung der europäischen Vergaberechtsnovelle aus Ländersicht zu werfen.

In Vorbereitung der Veranstaltung hatte ich mir Gedanken gemacht, welche Punkte ich aus dem umfangreichen Reformwerk aus Sicht der Länderebene aufgreifen soll und hierbei die Redefrist von 10 Minuten noch einhalten kann. Angesichts dessen, dass Herr Dobler in seinem Podiumsbeitrag gerade die Länder ausdrücklich an einigen Stellen angesprochen hat, habe ich die von mir vorbereiteten Stichworte allerdings zur Seite gelegt. Vielmehr möchte ich mich an den Bällen orientieren, die Herr Dobler in seinem Vortrag in Richtung der Länder geworfen hat.

Das erste Thema, das er angesprochen hat, was von mir persönlich, aber auch insgesamt wohl von den Bundesländern positiv gesehen wird, ist die von der Bundesregierung beabsichtigte sog. 1:1-Umsetzung der europäischen Richtlinien in nationales Recht. Die Frage der Verschlankung im Vergaberecht ist bei jeder Vergaberecht-Fachtagung, wenn sie sich mit der grundsätzlichen Novelle beschäftigt hat, immer in den Vordergrund gerückt worden. Wir dürfen meiner Meinung nach jetzt nicht davor zurückschrecken, auch wenn die Verschlankung und der Abbau von Normebenen in der Folge an der einen oder anderen Stelle auch rechtliche Unsicherheiten oder ggf. auch eine Umstellungsphase für die Vergabepaxis mit sich bringen werden. Mit dem Wegfall einer Regelungsebene für die Dienst- und Lieferleistungen i.R.d. VOL/A entfällt auch Regelungstiefe. Diese Regelungstiefe wird man abfangen

müssen. Dies muss m.E. nicht zwingend durch den Gesetzgeber erfolgen. Letztendlich wird sie durch richterliche Rechtsfortbildung abgefangen werden.

Die Aussage, dass die Verschlankung im Vergaberecht, wie sie durch die Strukturänderung im Oberschwellenvergaberecht und den Wegfall einer Regelungsebene im Bereich der Dienst- und Lieferleistungen eintritt, nicht durch ein „Mehr“ an Länderregelungen ersetzt werden darf, ist völlig richtig. Natürlich hat es in den letzten Jahren in vielen Landesvergabegesetzen ergänzende und differenzierende Regelungen insbesondere hinsichtlich der Berücksichtigung von Mindestlohn, Tariftreue sowie Nachhaltigkeitsaspekten bei der öffentlichen Bedarfsdeckung gegeben. Einige Bundesländer haben auch ergänzende Verfahrensregelungen getroffen. Diese werden in der Folge der Novelle zum GWB und mit Erlass der neuen Vergabeverordnungen auf den Prüfstand müssen, damit sie passgenau auf dem neuen Oberschwellenrecht aufsetzen. Zu prüfen und entscheiden wird auch sein, ob die vergabespezifischen Mindestlöhne mit dem bundesweiten Mindestlohn verschmolzen werden sollen. Dies würde bedeuten, dass bspw. die vergabespezifischen Mindestlöhne, wenn der bundesweite Mindestlohn die Höhe der vergabespezifischen Mindestlöhne erreicht, diese dann ersetzen soll. Die Frage wird politisch diskutiert; eine abschließende politische Entscheidung ist allerdings für NRW noch nicht getroffen worden.

Damit in Verbindung steht generell die Frage des Umfangs der Ermächtigung für Bundesländer, entsprechend § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB weitergehende Regelungen treffen zu können. Dass diese Regelung fortgeführt wird, habe ich als Signal schon vom BMWi gehört, wünschenswert wäre natürlich, dass der rechtliche Rahmen an dieser Stelle konkretisiert wird. Die bisherige Formulierung ist sehr allgemein gehalten, es gibt sehr viele rechtliche Fragestellungen in Auslegung des Wortlauts der bisherigen Regelung. Ich bin der Auffassung, dass man durch eine klare Regelung auch die Gesetzgebungskompetenzen – auch auf Länderebene – letztendlich fokussieren und kanalisieren kann.

Die nächste Frage, die zu betrachten wäre, ist das Thema Nachhaltigkeit und betrifft eine politische Grundhaltung in den Ländern, die auch ausgelöst wird durch die politischen Mehrheitsverhältnisse in den Länderparlamenten. Das heißt, sie ist Ausfluss der politischen Willensbildung der Bevölkerung und damit auch ein politischer Auftrag an die jeweiligen Landesregierungen, entsprechende Themen im Rahmen der öffentlichen Beschaffung zu regeln. Festzuhalten bleibt, dass je nach Inhalt und Umfang der Regelung im nationalen Vergaberecht, auch die Regelungsbedürfnisse auf der Länderebene beeinflusst werden.

Zum Thema Vergabestatistik: Ich weiß, dass die europäischen Richtlinien die Mitgliedstaaten verpflichten, Vergabestatistiken zu führen. Die bisherigen Vergabestatistikvorgaben der europäischen Kommission treffen die Bundesregierung genauso wie die Länder. Die Bundesregierung ist verpflichtet, die entsprechenden Statistikpflichten zu erfüllen. Ich gehe allerdings davon aus, dass wir noch nicht am Ende sind,

was das Ausloten und Lösen von technischen Fragen anbetrifft. Wir haben im Rahmen der bisherigen Oberschwellenvergabestatistik eine TED-Online-Meldung der Vergabestellen und trotzdem müssen die Bundesländer noch händisch nacharbeiten – was wir eigentlich nicht können, weil natürlich die Zahlen nie übereinstimmen. Wir machen diese Meldungen sozusagen im Moment proforma – nicht alle Bundesländer, aber die meisten, um der Bundesregierung, dem BMWi, hier noch Schützenhilfe zu geben. Für die künftige Unterschwellenstatistik ist eine derartige Vorgehensweise – auch vom Volumen her – nicht mehr denkbar. Hier bedarf es einer abschließenden technischen Lösung vom Ausfüllen durch die Vergabestelle bis hin zur Meldung in Brüssel. Die Bundesregierung und die Länder können hier ggf. noch eine Beurteilung zu tatsächlichen und statistischen Entwicklungen abgeben, aber definitiv kein Zahlenabgleich fahren.

Eine weitere Frage, die von Herrn Dobler angesprochen wurde, war die Frage des Ausfüllens von Spielräumen bei Ermessensentscheidungen: Natürlich müssen wir diese ausfüllen, wenn die entsprechenden Ermächtigungen für die Mitgliedsstaaten in den Richtlinien vorgesehen sind. Wir werden am Ende sicherlich nicht in der Lage sein, alle offenen und künftigen Fragestellungen einer abschließenden Regelung im Gesetzesentwurf zuzuführen. Allerdings muss ein neues Verfahrensregime, wie das künftige sog. Sonderregime, das qualitativ zwischen dem formalen Oberschwellenverfahrensrecht und den primärrechtlichen Verfahrensanforderungen angesiedelt sein wird, so konkret ausgestaltet werden, dass die grundsätzlichen Verfahrensanforderungen in den Eckposten stehen. Die Vergabestellen sind dann in der Praxis gehalten, das neue Recht mit Leben zu füllen.

Das Thema Gleichrang offenes und nicht-offenes Verfahren: Ich denke, dass die Vergabelandschaft durchaus in der Lage ist, zu unterscheiden zwischen einem offenen Verfahren im Sinne der öffentlichen Ausschreibung und einem nicht-offenen Verfahren unter Einbindung eines vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs. Der Aufwand für die Praxis ist ähnlich hoch. Am Ende wird vermutlich je nach Auftragsgegenstand zu entscheiden sein, ob eine öffentliche Ausschreibung sinnvoll ist oder eine vorgeschaltete Eignungsprüfung durch den Teilnahmewettbewerb besser passt. Aus Fachsicht halte ich die Festlegung des Gleichrangs auch für sinnvoll, da hinsichtlich der Einhaltung der allgemeinen Prinzipien der Transparenz, Gleichbehandlung und Nicht-Diskriminierung keine qualitativen Unterschiede bestehen. Es bleibt den Bundesländern vorbehalten, zu prüfen, in welchem Umfang und wie die primärrechtlichen Anforderungen in die Unterschwellen wirken und wie dort die Verfahrensanforderungen und die Schwellenwerte entsprechend auszugestaltet sind.

Zu den Hinweisen von Herrn Dobler hinsichtlich der notwendigen Konkretisierungen im Vergaberecht will ich nur noch zwei Punkte aufgreifen und dann mein Statement abschließen.

Die Einhaltung des sog. vergabespezifischen Mindestlohns erfolgte in NRW im Mai 2012. Seit dem 01.01.2015 haben wir den Mindestlohn nach MiLoG noch hinzubekommen. Dies bedeutet, dass aktuell zwei konkurrierende Systeme nebeneinander bestehen. Hier ist m.E. nicht die Konkurrenz das Problem, sondern eher die rechtliche Verankerung. Stellt die Einhaltung des Mindestlohns nach dem MiLoG i.S. der Gesetzestreue eine Eignungsanforderung dar oder handelt es sich wie bei dem sog. vergabespezifischen Mindestlohn um eine ergänzende Ausführungsbedingung? OLG Düsseldorf hat die Frage eindeutig in Richtung ergänzende Ausführungsbedingung beantwortet. Eine Klarstellung im Gesetzesentwurf hierzu wäre wünschenswert. Klar ist, dass ein Verstoß gegen die Einhaltung von Mindestlohnvorgaben gemäß Art. 18 Abs. 2 i.V.m. Art. 57 Abs. 4 a) RL 2014/24/EU einen fakultativen Ausschlussgrund darstellt.

Zum Thema e-Vergabe ist mein Kollege, Herr Hetman, sicherlich noch sehr viel stärker im Detail informiert als ich das bin. Festzuhalten bleibt aus meiner Sicht allerdings, dass das Thema e-Vergabe für die Vergabepaxis nicht neu ist. Viele Kommunen wickeln in unterschiedlicher Tiefe ihre Verfahren jetzt bereits elektronisch ab. Was aber immer wieder Probleme verursacht, sind technische Fragestellungen, die bisher noch nicht gelöst sind und eine grenzüberschneidende e-Vergabe innerhalb der EU zumindest erschweren. Aktuell bearbeiten wir in NRW einen EU-Piloten, wo die fehlende technische Möglichkeit der Vergabestelle die elektronische Signatur eines ausländischen Bieters zu lesen, zunächst zu dessen Ausschluss im Vergabeverfahren geführt hat. Solange die technischen Fragestellungen innerhalb der unterschiedlichen technischen Systeme nicht gelöst sind und ein barrierefreier Zugang aller Bieter im gemeinsamen Beschaffungsmarkt selbstverständlich ist, wird der Anteil der grenzüberschreitenden Beschaffungen nicht wesentlich ansteigen. Technische Probleme in der Vergabepaxis, – die auch letztendlich rechtliche Fragestellungen zur Folge haben – müssen schnellstmöglich gelöst werden. Ansonsten können wir die Frist zur Umsetzung der e-Vergabe bis 18.10.2017 definitiv nicht erreichen.

Der letzte Punkt, den ich ansprechen möchte, ist meiner Meinung nach auch eher ein Appell. Von diversen Rednerinnen und Rednern wurden heute die Wirkungen der Vergaberechtsnovelle auch auf das sog. Unterschwellenverfahrensrecht angesprochen. Feststeht, dass wir mit Inkrafttreten des neuen Oberschwellenvergaberechts die Situation haben werden, dass durch die Modernisierung und Vereinfachung des Vergaberechts in der Oberschwelle, das Verfahrensrecht in der Unterschwelle, d.h. bei den niedrigeren Auftragswerten, enger und formaler sein wird. Die Länder haben i.d.R. die Anwendung der VOL/A durch einen Anwendungsbefehl oder eine dynamische Verweisung in Landesvergabegesetzen oder in den VV zum § 55 LHO erzeugt. Feststeht damit auch, dass das Unterschwellenverfahrensrecht der VOL/A in den Ländern grds. über den April 2016 fortbestehen wird, und zwar so lange, bis es aufgehoben wird. Die Länder, aber auch der Bund sind gefordert, die Modernisierung im Vergabe-

recht schnellstmöglich auch in die Unterschwelle zu übertragen. Wir sind aber auch gefordert, da spreche ich garantiert auch für alle anderen Kolleginnen und Kollegen aus den Bundesländern, auch künftig, eine einheitliche Grundstruktur im Unterschwellenverfahrensrecht zu organisieren. Das heißt, es müssen einheitliche Verfahrensgrundsätze und einheitliche Verfahrensregelungen über die Ländergrenzen hinweg abgestimmt werden. Die Frage ist, wie wir das angehen? Wie können wir die Ziele bis April nächsten Jahres umsetzen? Sollten wir ggf. über einen Bundesratsbeschluss eine Arbeitsgruppe beschließen lassen, die bestimmte Eckpfosten für ein künftiges Unterschwellenverfahrensrecht konkretisieren soll?

Die Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien



Statement

Norbert Portz

Deutscher Städte- und Gemeindebund, Bonn

1. Vereinfachung des Vergaberechts erfordert umfassende Vereinheitlichung

Die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien muss zur umfassenden Vereinheitlichung und Vereinfachung im Vergaberecht führen. Daher ist es richtig, die Grundsätze wie Vergabearten, Ausschlussgründe, Eignungs- und Zuschlagskriterien einheitlich für alle Vergaben im GWB zu regeln und die VOL/A und VOF – bei Beibehaltung der spezifischen Regeln insbesondere für die Vergabe freiberuflicher Leistungen – in die Vergabeverordnung zu integrieren. Die Fortführung der VOB/A oberhalb der Schwellenwerte sprengt aber die einheitliche Struktur. Sie kann zu divergierenden und für die Praxis schwer handhabbaren Regelungen führen. Die VOB-Beibehaltung bedeutet daher einen Systembruch und steht einer umfassenden Vereinheitlichung entgegen.

2. Diskrepanz von Ober- und Unterschwellenrecht vermeiden

Die Bundesregierung will erst nach Umsetzung der EU-Richtlinien „zeitnah den Anpassungsbedarf für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte prüfen“. Damit existieren im April 2016 für nur ca. fünf Prozent der EU-Vergaben Regeln, die – etwa mit der Erweiterung des Verhandlungsverfahrens oder der Gleichstellung des offenen mit dem nichtoffenen Verfahren – flexibler sind, als die für die 95 % der Unterschwellenvergaben. Diese Diskrepanz ist nicht nachvollziehbar. Sie muss durch eine zeitgleiche Übertragung der flexibleren EU-Normen auch für das Massengeschäft der Unterschwellenvergaben zum 18. April 2016 verhindert werden. Dennoch bedarf es unterhalb der EU-Schwellenwerte eines eigenständigen sowie bundesweit geltenden, schlanken Vergaberechts. Eine reine 1:1-Übertragung des EU-Vergaberechts auf Unterschwellenvergaben wird den spezifischen und damit eigenständigen Anforderungen des dort als Haushaltsrecht geregelten Vergaberechts, das dem Ziel dient,

eine funktionstüchtige Verwaltung unter Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sicherzustellen, nicht gerecht. Daher muss es weiter eigene Regelungen für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte geben, wonach etwa beschränkte oder auch freihändige Vergaben dann möglich sind, wenn ein Missverhältnis zwischen dem Aufwand der Ausschreibung und dem Wert der Leistung besteht.

3. Verordnung über Konzessionsvergabe schlank ausgestalten

Die Verordnung über die Konzessionsvergabe muss in Umsetzung der viel zu umfangreich geratenen Richtlinie über die Konzessionsvergabe 2014/23/EU wesentlich schlanker werden. Die Grundsätze der Konzessionsvergabe und die Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit werden bereits im GWB geregelt. Das Konzessionsverfahrensrecht kann daher auf wenige Ecknormen beschränkt werden.

4. 1:1-Umsetzung darf nicht zu Verzicht auf eigene Gestaltung führen

Die von der Bundesregierung geplante Umsetzung der EU-Richtlinien in das deutsche Recht „1:1“ darf nicht zum Verzicht auf eigene Gestaltungen des nationalen Rechtsgebers führen. So sollten sowohl die zwingenden Ausschlussgründe von Angeboten reduziert werden als auch der unsägliche und durch die vielen Landesvergabegesetze geschaffene Wildwuchs beseitigt werden. Die Landesvergabegesetze und Durchführungsverordnungen widersprechen § 97 Abs. 1 GWB und dem dortigen Grundsatz eines transparenten Wettbewerbs. Sie sollten daher entfallen. Weiter muss als Voraussetzung einer Selbstreinigung von ehemals unzuverlässig gewordenen Unternehmen nicht nur die in Art. 57 Abs. 6 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU (VRL) geforderte Kooperation durch diese mit den Ermittlungsbehörden, sondern auch mit den öffentlichen Auftraggebern als eigentlich Geschädigte gehören. Schließlich muss die in der Vergabeverordnung (§ 4 Abs. 2 S. 4 VgV) noch bestehende Grenze von 25 % für die Berücksichtigung der Qualität des Personals als Zuschlagskriterium möglichst schnell entfallen. Diese Grenze wird den spezifischen Herausforderungen, denen die Kommunen gerade bei der Ausschreibung von personenbezogenen Dienstleistungen für Flüchtlinge und der Auswahl qualifizierten Betreuungspersonals im Hinblick auf deren pädagogischen und sozialen Fähigkeiten sowie bei der Sprache (auch Englisch) genügen müssen, nicht gerecht.

5. Doppelregelungen vermeiden – PQ-Verfahren mit EEE harmonisieren

Doppelregelungen darf es nicht geben. So ist insbesondere das nationale und bestehende Präqualifikationsverfahren (PQ) gänzlich in die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) zu integrieren. Da die Einheitliche Europäische Eigenerklärung anders als das deutsche PQ-Verfahren auch die Abgabe auftragsbezogener Erklärungen der Bieter als Eignungsnachweis vorsieht, muss zur vollen Kompatibilität künftig auch das PQ-Verfahren die Möglichkeit für auftragsbezogene Unternehmensnachweise schaffen.

6. Beachtung ökologischer und sozialer Aspekte praxisnah gestalten

Die Berücksichtigung und Akzeptanz sozialer und ökologischer Aspekte hängt neben den einzuhaltenden rechtlichen Vorgaben (Insbesondere: Auftragsbezug) stark von deren praktischer Handhabbarkeit ab. Diese besteht nur, wenn europaweit gültige und allgemein anerkannte Gütezeichen (Labels) die Überprüfung sozialer und ökologischer Aspekte durch Auftraggeber ermöglichen. Auch die Einbeziehung der Lebenszykluskosten, also etwa des Prozesses der Herstellung oder der Recyclingkosten eines Produkts, ist für die Praxis schwer handhabbar. Hier bedarf es gerade wegen des unbedingt zu wahrenden Auftragsbezugs ergänzender Hilfen für Auftraggeber, etwa in Form verständlicher Leitfäden und Praxisbeispielen.

7. Umfassende Einführung der eVergabe erfordert kompatible Systeme

Die Einführung der elektronischen Kommunikation und der eVergabe modernisiert das Vergaberecht. Sie macht es zeit- und kostengünstiger sowie rechtssicherer. Voraussetzung für eine breite Anwendung ist, dass die verschiedenen eVergabe- und Bedienkonzept-Systeme kompatibel (xVergabe) sind und werden. Nur dann kann die eVergabe über den EU-Bereich hinaus auch schnell unterhalb der EU-Schwellenwerte breite Akzeptanz finden.

8. Optionen des EU-Vergaberechts bei Umsetzung nutzen

Dort, wo die Richtlinien Optionen der Mitgliedstaaten zur Einführung von Regeln vorsehen, sind die Optionen im Sinne eines Mehr an Gestaltungsspielraums zu nutzen. Dies gilt etwa für das Absehen vom zwingenden Ausschluss wegen Nichteignung eines Bieters dann, wenn zwingende Gründe des öffentlichen Interesses (Beispiel Beschaffung von Impfstoffen) entgegenstehen. Die Wahl zwischen dem offenen und dem nicht offenen Verfahren beinhaltet demgegenüber keine Option des Mitgliedstaates, sondern ist in Art. 26 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU („Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass die öffentlichen Auftraggeber offene oder nichtoffene Verfahren ... anwenden können“) zwingend vorgegeben. Sie muss daher in Deutschland eingeführt werden.

9. Klarstellung bei Vergaberechtsfreiheit öffentlich-öffentlicher Kooperationen

Erstmalig kodifiziert wurden in den Richtlinien die „Öffentlichen Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors“, Art. 12 VRL. Für die interkommunale Zusammenarbeit bedarf es bei der Umsetzung einer Klarstellung hinsichtlich ihrer Vergaberechtsfreiheit. So muss eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit zwischen Kommunen auf der Grundlage von Art. 12 VRL und des Erwägungsgrundes 33 („Kooperatives Konzept, Beitrag zur gemeinsamen Ausführung, nicht unbedingt Übernahme wesentlicher vertraglicher Pflichten“) auch dann gegeben sein, wenn zwei Kommunen einen im öffentlichen Interesse liegenden Leistungsaustausch vereinbaren und eine Kommune die Leistung (Beispiel: Abfallentsorgung) erbringt und die andere Kommune

hierfür „nur“ ein entsprechendes Entgelt zahlt. Bei dieser rein kommunalen Kooperation beschaffen Kommunen keine Leistungen von externen Dritten am Markt. Sie regeln vielmehr ihren Leistungsaustausch als innerstaatlichen Organisationsakt. Das Vergaberecht darf daher keine Anwendung finden.

10. Praxis braucht Ruhe und keine weiteren Novellen

Im Vergaberecht gilt zu oft der Satz „Nach der Reform ist vor der Reform“. Das führt zu Verunsicherungen für die Anwender. Diese müssen sich immer wieder in schnellem Abstand auf neue Regeln einstellen, die im Übrigen (s. insbesondere die Landesvergabegesetze) häufig zu noch komplexeren und intransparenteren Verfahren führen. Daher haben die Kommunen den dringenden Wunsch, dass nach der Umsetzung des EU-Vergaberechts im April 2016 die nächste große Vergaberechtsreform frühestens zehn Jahre später, also frühestens ab 2026 kommt. Dann hätte die Praxis etwas, was sie dringend braucht: Ruhe an der „Vergaberechtsfront“.

Die Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien



Statement

Dr.-Ing. Hans-Hartwig Loewenstein

Präsident, Zentralverband Deutsches Baugewerbe, Berlin

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich freue mich, dass das forum vergabe mich zur Teilnahme an dieser Podiumsdiskussion eingeladen hat. Die Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien wird die Praxis der öffentlichen Bauvergaben in den nächsten Jahren maßgeblich bestimmen und ist damit für die Bauwirtschaft ein zentrales Thema.

Als Präsident des Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes ist meine Perspektive auf das Thema die des praktischen Anwenders der Vergaberegeln, nicht die eines Rechtsberaters oder der Wissenschaft.

Kaskade

In der Diskussion um die Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien stand lange Zeit eine Frage im Vordergrund: Die nach dem „Wie“ der Umsetzung. Soll man die europäischen Vorgaben im bewährten System der Kaskade umsetzen und damit die maßgeblichen Vergaberegeln in den Vergabeordnungen VOB/A, VOL/A und VOF normieren, oder soll man die europäischen Vorgaben in einer einheitlichen Rechtsverordnung umsetzen?

Das Eckpunktepapier der Bundesregierung vom 7. Januar dieses Jahres beantwortet diese Frage. Bauspezifische Vergabeverfahren werden in der VOB/A, die Regeln für Liefer- und Dienstleistungen sowie freiberufliche Leistungen werden künftig nicht mehr in der VOL/A und der VOF, sondern in der Vergabeverordnung geregelt werden.

Ob diese Aufteilung glücklich ist, mag dahinstehen. Wichtig für die Bauwirtschaft ist, dass die bauspezifischen Regelungen in der VOB/A umgesetzt werden. Die Erarbeitung der VOB/A im paritätisch von Auftraggebern und Auftragnehmern besetzten Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen bietet Gewähr dafür, unbürokratische und praktikable, auf umfangreichen Erfahrungen beider Seiten beruhende Vergaberegulungen zu erarbeiten, die von allen Beteiligten akzeptiert werden.

Die komplexen Schaubilder zur vergaberechtlichen Kaskade, mit denen eine Unübersichtlichkeit und Komplexität suggeriert werden soll, teile ich als Bauunternehmer und Anwender der VOB ausdrücklich nicht. Für die mittelständische Bauwirtschaft ist der erste Abschnitt der VOB/A von besonderer Bedeutung. 98 Prozent aller öffentlichen Bauaufträge werden unterhalb des EU-Schwellenwertes vergeben. Die VOB/A regelt in ihrem ersten Abschnitt in 22 Paragraphen den gesamten maßgeblichen Rechtsrahmen, übrigens inklusive der Regelungen über Baukonzessionen.

Der Rechtsrahmen für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge im Oberschwellenbereich wird ebenfalls durch 22 Paragraphen im zweiten Abschnitt der VOB/A geregelt. Dies sind die Vorschriften, die aus der Perspektive eines Bauunternehmers für die Praxis der öffentlichen Bauauftragsvergabe von Bedeutung sind.

Gesamtsystem VOB

An dieser Stelle möchte ich gern auf einen Umstand hinweisen, der in der Diskussion häufig zu kurz kommt. Die VOB kann nicht in ihren Teilen A, B und C separat betrachtet werden. Vielmehr ist es für die Praxis von großer Bedeutung, dass es mit der VOB ein in sich verzahntes Gesamtsystem aus Vergabe-, Vertrags- und technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen gibt.

Wird der Bauauftrag nach der VOB/A vergeben, so ist in den Vergabeunterlagen vorzuschreiben, dass die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen, also die VOB/B, und die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen, also die VOB/C, Bestandteile des Vertrags werden, soweit § 8 Abs. 3 VOB/A.

§ 1 Abs. 1 VOB/B legt seinerseits noch einmal fest, dass auch die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C) als Bestandteil des Vertrags gelten.

Für die Bauwirtschaft ist es von überragender Bedeutung, dass dieses Gesamtsystem der VOB in der Praxis zur Anwendung kommt. Neben den Allgemeinen Vertragsbedingungen, die mit der VOB/B zur Anwendung kommen, und die sich in jahrzehntelanger Praxis bewährt haben, möchte ich als Ingenieur ganz besonders auf den großen Erfahrungsschatz der Baufachleute hinweisen, der im Teil C der VOB schlummert.

Exkurs: Reformkommission Großprojekte

Es wird Sie vielleicht verwundern; aber an dieser Stelle, an der ich bei der Bedeutung der VOB/C angelangt bin, möchte ich den Bogen zur Reformkommission Großprojekte schlagen, die sich im Auftrag des Bundesverkehrsministeriums mit den Problemen der Abwicklung von Großbauvorhaben in Deutschland beschäftigt.

Ich habe als Mitglied dieser Reformkommission mehrfach darauf hingewiesen, dass eine unzureichende Vorbereitung und hierbei insbesondere eine unklare oder falsche Leistungsbeschreibung sowie unvollständige Unterlagen Hauptursache für Störungen im Bauablauf sind.

Dabei ist die Aufstellung einer vollständigen, eindeutigen und richtigen Leistungsbeschreibung nicht unmöglich – das Rad muss hier nicht neu erfunden werden –, denn im Abschnitt 0 „Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung“ der VOB/C ist normiert, was in der jeweiligen Leistungsbeschreibung anzugeben ist.

Der Abschnitt 0 setzt die Richtschnur für eine ordnungsgemäße Leistungsbeschreibung. Er ist die Quintessenz einer jahrzehntelangen Baupraxis, ein von Praktikern zusammengetragener Erfahrungsschatz, auf den nicht verzichtet werden kann, für den es keinen – wie auch immer gearteten – Ersatz gibt.

Die Baupraxis zeigt, dass eine vollständige Leistungsbeschreibung auf Basis des Abschnitts 0 der VOB/C eine sehr große Sicherheit dafür bietet, Konflikte in der Baudurchführung und -abrechnung zu vermeiden. Im Abschnitt 0 aller ATVen heißt es: „Die Beachtung dieser Hinweise ist Voraussetzung für eine ordnungsgemäße Leistungsbeschreibung gemäß § 7 VOB/A“. In § 7 Abs. 1 Nr. 7 VOB/A heißt es wiederum: „Die Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung in Abschnitt 0 der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen sind zu beachten“.

Bei vielen Problemen, über die wir in der Reformkommission Großprojekte diskutieren, fehlt es uns nach meiner festen Überzeugung nicht an Regelungen sondern an der Einhaltung bereits bestehender Regelungen sowie an der Bauherrenkompetenz an vielen Stellen der öffentlichen Bauverwaltung.

Würde dem § 7 der VOB/A und den Abschnitten 0 der einschlägigen ATVen entsprechende Aufmerksamkeit gewidmet, bestünden viele Probleme, die wir heute in diesem Bereich beklagen, nicht.

Dieser Aspekt des Gesamtsystems der VOB ist ein wesentlicher Grund dafür, dass sich die deutsche Bauwirtschaft für eine Umsetzung der Vergaberichtlinien in der VOB/A stark macht.

In meinem Eingangsstatement möchte ich noch auf zwei für die Bauwirtschaft besonders wichtige Themen eingehen: Die Zulassung von Nebenangeboten sowie die Einheitliche Europäische Eigenerklärung und ihre möglichen Auswirkungen auf das Präqualifizierungssystem in der Bauwirtschaft.

Zulassung von Nebenangeboten

Zunächst zur Zulassung von Nebenangeboten.

Die Möglichkeit, Nebenangebote einzureichen, spielt bei Bauvergaben, namentlich bei Ingenieurbauvorhaben, eine eminent wichtige Rolle.

Nimmt man das Ziel der Richtlinien ernst, Innovationen fördern zu wollen, so ist es für mich nicht nachvollziehbar, warum Art. 45 Abs. 1 der Richtlinie normiert, dass für den Fall, dass der öffentliche Auftraggeber den Bietern nicht ausdrücklich die Möglichkeit einräumt, Nebenangebote vorzulegen, Nebenangebote nicht zugelassen sind.

Diese Regelung, nach der Nebenangebote nur dann zugelassen sind, wenn der öffentliche Auftraggeber dies ausdrücklich angibt, stellt für den Bereich der Bauvergaben eine veritable Innovationsbremse dar. In den Unternehmen der Bauwirtschaft liegt ein erhebliches Innovationspotential, das durch eine einfache Regelung, wie sie das deutsche Vergaberecht kennt, mit minimalem Aufwand optimal gehoben werden kann. Die Regelung muss schlicht lauten, dass Nebenangebote grundsätzlich zugelassen sind, es sei denn, der öffentliche Auftraggeber hat dies ausdrücklich ausgeschlossen. Meine große Bitte ist, dies bei der Umsetzung zu berücksichtigen.

Bei der ganz überwiegenden Zahl der Ingenieurbauwerke werden nach der geltenden deutschen Regelung Innovationen in erheblichem Umfang in die Vergabeverfahren eingebracht. Dieses Innovationspotential muss bei der Umsetzung der Richtlinien in Deutschland weiter Berücksichtigung finden.

Das in den Vergaberichtlinien eingeführte neue Vergabeverfahren der sog. „Innovationspartnerschaft“ ist hingegen nach unserer Überzeugung überflüssig, wenn man Nebenangebote grundsätzlich zulässt. Hierdurch kann auf wesentlich einfachere Weise in der Praxis ein deutliches Mehr an Innovationsförderung erzielt werden.

Einheitliche Europäische Eigenerklärung

Lassen Sie mich abschließend noch einige Anmerkungen zur Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung machen, die ja auch heute Nachmittag noch Gegenstand eingehender Diskussionen sein wird.

In Deutschland können Bauunternehmen ihre Eignung bislang auf drei verschiedene Arten nachweisen. Sie können den Nachweis ihrer Eignung erstens auf der Grundlage von Eigenerklärungen, zweitens durch den Verweis auf ihre Eintragung in die elektronische Liste präqualifizierter Bauunternehmen oder drittens über die Vorlage der geforderten Nachweise selbst erbringen.

Das System der Präqualifizierung hat sich in der deutschen Bauwirtschaft in den letzten zehn Jahren etabliert. Wir begrüßen daher den Beschluss der Bundesregierung in ihrem Eckpunktepapier, die Einheitliche Europäische Eigenerklärung so

auszugestalten, dass sie mit den bestehenden Systemen zur Präqualifikation kompatibel ist.

Nach dem Entwurf der Europäischen Kommission für ein gemeinsames Formblatt vom Dezember 2014, das im Übrigen 23 Seiten umfasst, sehen wir dieses Ziel allerdings in Gefahr. Nach dem Entwurf müssten künftig alle Unternehmen für Bauaufträge ab 5,186 Mio. Euro eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung verwenden.

Hier muss klargestellt werden, dass Unternehmen berechtigt aber nicht verpflichtet sind, die Einheitliche Europäische Eigenerklärung zu verwenden. In dieser Hinsicht ist die Vergaberichtlinie klar:

In Art. 59 Abs. 1 spricht sie davon, dass die öffentlichen Auftraggeber die Einheitliche Europäische Eigenerklärung anstelle von Bescheinigungen als vorläufigen Nachweis (...) akzeptieren.

Der Wortlaut der Richtlinie bestimmt eindeutig, dass die öffentlichen Auftraggeber eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung akzeptieren müssen. Sie verpflichtet die Auftraggeber jedoch nicht, so wie es offensichtlich die Auffassung der Kommission ist, eine Einheitliche Eigenerklärung zu verlangen.

Hier muss bei der Umsetzung in deutsches Recht der Wortlaut der Richtlinie respektiert werden. Die Bieter müssen weiterhin wählen können, ob sie den Nachweis ihrer Eignung über Eigenerklärungen, Präqualifizierung oder Einzelnachweise erbringen.

Die Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien

**– Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen
Beirats des forum vergabe e.V. –**



Moderation und Einführung

Prof. Dr. Martin Burgi

Ludwig-Maximilians-Universität München

Ich darf Sie im Namen des Wissenschaftlichen Beirats ganz herzlich begrüßen und meine Freude darüber ausdrücken, dass das Konzept einer Podiumsdiskussion mit den Beiratsmitgliedern offenbar auf breites Interesse stößt.

Als Wissenschaftlicher Beirat sind wir in der gleichen Situation wie Sie alle, d.h. wir können lediglich versuchen etwas zu bewerten, das wir im Detail noch nicht kennen. Ich möchte des Weiteren betonen, dass wir nachfolgend nicht etwa aus einem Papier berichten, das in irgendeiner Weise beschlossen worden wäre. Vielmehr handelt es sich um die Stellungnahmen von sechs Individualisten, die jeder für sich zu ihrem Themenkomplex eine wissenschaftliche Einschätzung geben.

Mein eigenes Statement zielt auf den strukturellen Rahmen der Vergaberechtsreform. Dabei möchte ich zunächst der Frage Gesetz – Verordnung – Vergabeordnungen nachgehen (I). Sodann geht es um die beiden Ebenen des Bundesrechts einerseits, des Landesrechts andererseits (II) und schließlich um die neuen Sonderregime (III).

I. Gesetz – Verordnungen – Vergabeordnungen

Nach allem, was wir bisher gehört haben, ist sehr deutlich sichtbar, dass in Zukunft wesentlich mehr im Gesetz, nach gegenwärtigem Stand also im GWB, geregelt sein wird als bislang. Konkret erweitert sich der Umfang der erfassten Paragraphen bis zu

§ 184 (weiterhin beginnend bei § 97). Wir haben es also mit knapp 90 Paragraphen zu tun. Zieht man hiervon die nur in bescheidenem Maße veränderten rechtsschutzbezogenen Regelungen ab, hat man es jedenfalls mit mehreren Dutzend zusätzlicher Bestimmungen auf der Gesetzesebene zu tun, zu Inhalten, die bislang nicht auf der Gesetzesebene verankert waren.

Hierbei ist zunächst bemerkenswert, dass weiterhin das GWB der gesetzliche Standort sein soll, und dies bedeutet, dass die materiellen Vergaberechtsverhältnisse weiterhin zivilrechtlich strukturiert und der Rechtsschutz weiterhin den Vergabekammern und Oberlandesgerichten zugeordnet ist. Ich sage ganz bewusst auch in meiner Eigenschaft als Professor des Öffentlichen Rechts, dass dies gut so ist, weil sich beides über die Jahre ganz außerordentlich bewährt hat.

Nichtsdestoweniger möchte ich auch an dieser Stelle den Vorschlag formulieren, noch einmal über die Bezeichnung des Gesetzes nachzudenken. Wenn das GWB in Zukunft circa zur Hälfte das Beschaffungswesen und lediglich zur anderen Hälfte das Kartellrecht regelt, erscheint ein jedenfalls primär auf die kartellrechtliche Thematik der Wettbewerbsbeschränkungen bezogener Gesetzesname nicht mehr treffend. Auch bei der Gesetzgebung sollten Etiketten den Inhalt möglichst zutreffend wiedergeben, und das legt hier beispielsweise die Bezeichnung „Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und für das Vergabewesen (oder für das Beschaffungswesen) nahe; man müsste also die Abkürzung „GWB“ am Ende lediglich um einen einzigen Buchstaben erweitern. Mich stört es jedenfalls (und ich hoffe viele von Ihnen auch), dass das, was im Beschaffungswesen gemacht wird, letzten Endes in einen Topf mit dem Recht der Kartellschwester und -brüder geworfen wird. Selbstverständlich kann es auch im Zusammenhang mit Beschaffungen zu Wettbewerbsbeschränkungen kommen, aber der Primärzweck der Beschaffung besteht doch in etwas ganz anderem, nämlich darin, die Erledigung der zahlreichen Verwaltungsaufgaben auf allen staatlichen Ebenen zu ermöglichen. Auch im Umweltrecht ist es übrigens gelungen, das Abfallgesetz in Kreislaufwirtschaftsgesetz umzutaufen; manchmal ändern sich die Dinge eben und das sollte sich dann auch im Gesetzestitel niederschlagen.

Daraus, dass in Zukunft sehr viel mehr im Gesetz stehen wird, folgt sodann, dass in der noch zu erarbeitenden Vergabeverordnung (für den bislang von der VOL/A-EG und der VOF erfassten Bereich) und in der ebenfalls noch an die neuen Vorgaben anzupassenden VOB/A-EG deutlich weniger Regelungen mit substanziellem Gehalt zu finden sein werden als bislang. Einige durchaus interessante Themenbereiche werden übrig bleiben, insbesondere was die Verfahrensabläufe betrifft oder etwa auch das Verhältnis zwischen Zuschlags- und Eignungskriterien. Hierbei sollten sich die beiden Regelungskomplexe (VgV einerseits, VOB/A andererseits) auf das konzentrieren, was durch die besonderen Umstände der jeweils beschafften Leistungen begründet ist.

II. Bundesebene – Landesebene

Oberhalb der Schwellenwerte gibt es bekanntlich in den meisten Ländern Landesvergabegesetze, deren Existenz eine gleichsam zweite, zur weiteren Rechtszersplitterung beitragende Kaskade bewirkt hat. Bei aller Kritik hieran und an einzelnen Inhalten dieser Gesetze muss doch bedacht werden, dass sie jeweils auf demokratischen Mehrheitsentscheidungen beruhen und legitimerweise bestimmte politische Einschätzungen verkörpern. Bei der Reform des GWB bestehen im Hinblick auf den Fortbestand der Landesvergabegesetze drei Möglichkeiten. Zum einen könnte der Bund die in ihnen enthaltenen Regelungen, namentlich zur Verwirklichung ökologischer und sozialer Zielsetzungen einschließlich der Verpflichtung auf die Zahlung vergabespezifischer Mindestlöhne, selbst regeln und damit von seiner Gesetzgebungskompetenz für das „Recht der Wirtschaft“ nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG abschließend Gebrauch machen. Dies scheint er nicht anzustreben. Die zweite Möglichkeit bestünde darin, dass der Bund die durch seine bisherige Zurückhaltung (vgl. die gegenwärtige Fassung von § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB) zugunsten der Landeskompentenz geöffnete Tür schließt und damit zum Ausdruck bringt, dass er keine „weitergehenden Anforderungen“ als die durch ihn selbst im GWB statuierten wünscht. Dies müssten die Länder von Rechts wegen akzeptieren. So wie es aussieht, scheinen sie politisch aber diese Lösung nicht zu unterstützen. Damit bleibt als dritte Möglichkeit die nähere Präzisierung jener „weitergehenden Anforderungen“. Bislang ist ja sehr umstritten, worauf sich diese Länderöffnungsklausel eigentlich bezieht: Dürfen zusätzliche Anforderungen an die Leistungsbeschreibung formuliert werden? Geht es um Eignungs- und/oder auch um Zuschlagskriterien oder überhaupt nur um Ausführungsbedingungen? Die meisten Landesvergabegesetze enthalten jedenfalls Regelungen über zusätzliche Zuschlagskriterien und über Ausführungsbedingungen. Der Bund könnte diese präzisieren, beschränken oder auch erweitern. Aus wissenschaftlicher Sicht geht die Empfehlung dahin, den zugunsten der Länder eröffneten Regelungsspielraum auf Ausführungsbedingungen zu beschränken, weil die Zuschlagskriterien durch die europarechtlich vorgezeichnete künftige Fassung der Verpflichtung zur „Wirtschaftlichkeit“ (vgl. Art. 67 der Richtlinie 2014/24) sowieso schon sehr weit mit sekundärpolitischen Aspekten aufgeladen sind.

Der klassische und primäre Ort vergaberechtspolitischer Gestaltung durch die Länder ist freilich das Vergabewesen unterhalb der Schwellenwerte. Im Anschluss an meine bereits vor einigen Jahren veröffentlichte Stellungnahme (NVwZ 2011, S. 127 ff.) möchte ich nochmals betonen, dass eine bundesweite Regelung der Rechtsschutzthematik unterhalb der Schwellenwerte den durch das Bundesverfassungsgericht weiterhin hochgehaltenen Anforderungen an die sog. Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG nicht standhalten würde. Anders sieht es im Hinblick auf die heute Morgen angekündigte Regelung über eine auch diesen Bereich erfassende Statistikverpflichtung aus, weil es zugunsten von Regelungen über die „Statistik für Bundes-

zwecke“ in Art. 73 Abs. 1 Nr. 11 GG eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes gibt und insoweit die Erforderlichkeitsklausel nach Art. 72 Abs. 2 GG gar nicht eingreifen würde.

Die strukturell wie inhaltlich wichtige Frage, wie es im Beschaffungswesen unterhalb der Schwellenwerte künftig weitergeht, lautet sachverständig formuliert: An welchen Normenbestand knüpfen die Haushaltsgesetzgeber von Bund (BHO) und Ländern (LHO) bzw. Kommunen (jeweilige Gemeindehaushaltsverordnung) in Zukunft an? Bislang knüpfen sie nahezu durchgehend an die ersten Abschnitte von VOB/A und VOL/A an. Dies ist freilich nicht zwingend. In Zukunft, d.h. nach Inkrafttreten des künftigen Vergaberechts oberhalb der Schwellenwerte, stehen gleich mehrere potentielle Normenkomplexe zur Verfügung, an die man alternativ dazu anknüpfen könnte. Zum einen die Regeln im neuen GWB bzw. der künftigen Vergabeverordnung, sodann die Regeln der neuen Sektorenverordnung, und dann auch die Regeln der künftigen Konzessionsverordnung, da die beiden letztgenannten Regime jeweils beanspruchen, Light-Regime zu sein, also sich der Tendenz nach durchaus für die Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte eignen könnten. Das gleiche gilt möglicherweise für das künftige Regime für soziale und andere besondere Dienstleistungen.

Dringender erscheint die Frage, wie man bezüglich derjenigen Vorschriften verfährt, bei denen das neue Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte größere Flexibilität und geringere Verpflichtungen (aus der Sicht der öffentlichen Auftraggeber) enthält als das bisherige Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte; ein Beispiel hierfür ist der Wegfall des Vorrangs des offenen Verfahrens im künftigen GWB-Vergaberecht, während in der VOL/A und VOB/A jeweils ein solcher Vorrang normiert ist. Bei näherer



Betrachtung wird man eine Reihe vergleichbarer Beispiele finden, im Hinblick auf die es nicht sinnvoll erscheint, ein gespaltenes Regime mit der Konsequenz weniger flexibler und strengerer Vorgaben ausgerechnet für die Vergabe unterhalb der Schwellenwerte anwenden zu müssen. Der Kanon der hiervon betroffenen Regelungsgegenstände müsste zunächst identifiziert werden. Sodann könnten die Länder, durchaus auch in einem (ggf. wissenschaftlich) koordinierten Prozess, etwa über den Bundesrat, in ihre jeweiligen Landeshaushaltsordnungen bzw. den darauf beruhenden Verwaltungsvorschriften entweder entsprechend flexiblere und weniger belastende Regelungen aufnehmen oder aber diesbezüglich schlicht auf die jeweiligen GWB-Vorschriften verweisen.

III. Neue Sonderregime

Hinsichtlich des neuen Sonderregimes für die Vergabe von Konzessionen stehen die bislang bekannten politischen Überlegungen noch eher am Anfang. Was die Verfahrensflexibilität betrifft, erscheint es jedenfalls sinnvoll, den Auftraggebern größtmögliche Freiheit in der Wahl und Gestaltung des Verfahrenstyps zu belassen. Im Hinblick auf Auftraggeber, die aber selbst nicht die Professionalität und Erfahrung einer bundesweit tätigen zentralen Beschaffungsstelle besitzen, doch einen einzelnen Verfahrenstyp näher auszugestalten und als eine Art Angebotsgesetzgebung zu präsentieren. Hierauf könnten dann die entsprechenden Auftraggeber zurückgreifen.

Ein weiteres Anwendungsproblem ergibt sich im Hinblick auf die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen. Oberhalb der Schwellenwerte gibt es in Zukunft ein spezifisches, flexibles Light-Regime, aber eben erst ab 750.000 Euro. Unterhalb dieses, ja recht hohen, Schwellenwertes, verbliebe es dann bei dem deutlich strengeren und weniger flexiblen bisherigen Regime der VOL/A bzw. der VOB/A (jeweils erster Abschnitt). Insofern erscheint es sinnvoll, ebenso zu verfahren wie zu II. vorgeschlagen. Im Hinblick auf die Behandlung von Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen einerseits, Konzessionen über soziale und andere besondere Dienstleistungen andererseits, geht der wissenschaftliche Rat dahin, in beiden Fällen genau die gleichen Regelungen vorzusehen, weil dadurch die permanent schwierige Abgrenzung, ob im Einzelfall jeweils ein Auftrag oder eine Konzession vorliegt (gerade im Kontext des sog. sozialversicherungsrechtlichen Dreiecksverhältnisses), jedenfalls keine vergaberechtlichen Konsequenzen mehr nach sich ziehen würde.

IV. Fazit

Innerhalb des strukturellen Gesamtrahmens des Vergaberechts kommt es zu einigen ganz erheblichen Verschiebungen, ohne dass das Gebäude dadurch ins Rutschen geriete. Auch nach der Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien, d.h. bei den nächsten Fuldaer Gesprächen, werden wir uns mit einem stabil konstruierten

Vergaberecht beschäftigen können, aber unterhalb der spektakulären Oberfläche der Abschaffung von VOL/A-EG und VOF wird es zu weiteren, nicht auf den ersten Blick erkennbaren Verschiebungen gekommen sein, die uns wahrscheinlich noch mehr beschäftigen werden, als wir es uns momentan vorstellen können.

Die Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien

– Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen Beirats forum vergabe e.V. –



Statement

Prof. Dr. Elke Gurlit

Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Mit der Ankündigung des Bundeskabinetts, die reformierten Richtlinien 1:1 umzusetzen¹, ist noch nicht entschieden, für welche Regelungen aus deutscher Sicht ein Umsetzungsbedarf besteht und an welchem Ort und wie die Anforderungen umzusetzen sind. Für die Normierung des Anwendungsbereichs sieht das Bundeskabinett zutreffend das GWB als richtigen Regelungsstandort an, und für das „Wie“ beschwören die Eckpunkte wie ein Mantra die erstrebte Anwenderfreundlichkeit².

I. Öffentlicher Auftrag

1. Auftragsvergabe als Erwerbsvorgang

Nach der neu eingefügten Bestimmung in Art. 1 Abs. 2 RL 2014/24/EU bezeichnet die Auftragsvergabe den *Erwerb* von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen unabhängig davon, ob diese Leistungen für einen öffentlichen Zweck bestimmt sind.

¹ Beschluss des Bundeskabinetts vom 7.1.2015, Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts; der Referentenentwurf des BMWi vom 30.4.2015 lag zum Zeitpunkt der Tagung nicht vor und bleibt im Folgenden unberücksichtigt.

² Bundeskabinett, Eckpunkte, sub III; zur Regelung des Anwendungsbereichs im GWB wegen der Parlaments- und Grundrechtswesentlichkeit auch *Neun/Otting*, EuZW 2014, 446, 452.

Mit der Kennzeichnung als Erwerb soll der Beschaffungscharakter betont werden. Der Begriff ermöglicht zudem eine Abgrenzung zu lediglich beihilferechtlich relevanten Sachverhalten, in denen eine Leistung nur finanziert, nicht aber erworben wird³. Dies entspricht allerdings schon der Rechtslage in Deutschland, hat doch der Gesetzgeber mit dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2009 in Korrektur der *Ahlhorn*-Rechtsprechung⁴ in § 99 Abs. 1 GWB die *Beschaffung* von Leistungen ausdrücklich zum Kriterium des Auftragsbegriffs gemacht⁵. Jedenfalls die Erwägungsgründe der Richtlinie deuten darauf hin, dass der europäische Gesetzgeber damit die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Müller*, welche die Europarechtskonformität von § 99 Abs. 1 und Abs. 2 GWB bestätigte⁶, kodifizieren wollte⁷. Insoweit besteht m.E. kein weiterer Umsetzungsbedarf⁸. Gleichwohl wird der ängstliche Gesetzgeber sicherlich eine Wortlautanpassung vornehmen.

2. Auftragsvergabe als Auswahlentscheidung

Die nunmehr ausdrücklich erforderliche Notwendigkeit einer Auswahlentscheidung (Art. 1 Abs. 2 RL 2014/24/EU) schließt die Fälle aus, in denen *alle* die Voraussetzungen erfüllenden Wirtschaftsteilnehmer zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe berechtigt sind und keine selektive Auswahlentscheidung getroffen wird⁹. Hieraus folgt, dass Open House-Vergaben, wie sie insbesondere bei Arzneimittelrabattverträgen praktiziert werden, nicht von der Richtlinie erfasst sind¹⁰. Ungeachtet der Frage, ob Art. 1 Abs. 2 RL 2014/24/EU nur klarstellenden Charakter hat¹¹, sollte das Merkmal der Auswahlentscheidung umgesetzt werden¹².

³ Erwägungsgrund 4 der RL 2014/24/EU; zuvor *Burgi*, NZBau 2012, 601, 602: daneben werden auch Tätigkeiten ausgeschlossen, die nicht ausgabenwirksam sind, wie etwa die „Vergabe“ von Taxikonzessionen.

⁴ OLG Düsseldorf NZBau 2007, 530.

⁵ BT-Drucks 16/10117, 18 in Reaktion auf OLG Düsseldorf NZBau 2007, 530 – *Fliegerhorst Ahlhorn*.

⁶ EuGH Slg 2010, I-2707 Rn 49 ff – *Helmut Müller*; OLG Düsseldorf VergabeR 2008, 933 – Vorlagebeschluss nach Art. 267 Abs. 2 AEUV in Reaktion auf die legislativen Pläne zur Korrektur seiner Rechtsprechung.

⁷ Erwägungsgrund 4 der RL 2014/24/EU mit dem Hinweis, dass der Erwerb nicht notwendig einen Eigentumsübergang erfordert, sondern die Erlangung des jeweiligen Nutzens genügt.

⁸ Für wortgleiche Umsetzung hingegen *Burgi*, NZBau 2012, 601, 602.

⁹ Erwägungsgrund 4 der RL 2014/24/EU.

¹⁰ *Neun/Otting*, EuZW 2014, 446, 447.

¹¹ So OLG Düsseldorf NZBau 2014, 654, 656 in einem Vorlagebeschluss zum EuGH; zuvor schon LSG NRW NZBau 2010, 653; für Vergaberechtpflichtigkeit hingegen – wohl unter Missdeutung der neuen Richtlinie – VK Bund, Beschl. v. 20.2.2014 – VK 1-4/14, BeckRS 2014, 12500.

¹² Über die Behandlung der *Open House*-Vergabe unter der RL 2004/18/EU wird demnächst auf Vorlage des OLG Düsseldorf (Fn. 11) der EuGH zu entscheiden haben, weshalb aus der Umsetzung keine Rückschlüsse auf die alte Rechtslage gezogen werden können.

3. Bauaufträge

Der Begriff des öffentlichen Bauauftrags hat geringfügige Änderungen erfahren. Dies betrifft Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 c) RL 2014/24/EU, der für den Fall einer Erbringung einer Bauleistung durch Dritte nunmehr fordert, dass der Auftraggeber einen „entscheidenden Einfluss auf die Art und die Planung des Vorhabens“ haben muss¹³. Hiermit wird letztlich die EuGH-Judikatur kodifiziert, die zur Abgrenzung der Bauträgeraufträge von der Miete oder ähnlichen Geschäften für die Vergaberechtpflicht bislang schon verlangt hatte, dass die Beschaffungsinitiative von der öffentlichen Hand ausgeht, und dies am Merkmal der vom Auftraggeber „genannten Erfordernisse“ festgemacht hat¹⁴. Da aber die nunmehr getroffene Konkretisierung *neben* das weiterhin bestehende Kriterium der vom Auftraggeber genannten Erfordernisse tritt, sollte es vorsorglich in § 99 GWB umgesetzt werden.

Der Europäische Gesetzgeber hat in die Definition des öffentlichen Bauauftrags nicht ausdrücklich das vom EuGH bestätigte Gebot aufgenommen, dass ein öffentlicher Bauauftrag nur gegeben sei, wenn die zu erbringende Bauleistung im *unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des öffentlichen Auftraggebers* ausgeführt werde¹⁵. Dies bedeutet aber keine Abkehr von der Rechtsprechung. Die für den Gerichtshof entscheidenden Merkmale für den Beschaffungsbezug¹⁶ finden sich vielmehr nunmehr in der Charakterisierung der Auftragsvergabe als Erwerbsvorgang, Art. 1 Abs. 2 RL 2014/24/EU, den die Erwägungsgründe ganz deutlich in Anlehnung an das *Müller*-Judikat umschreiben¹⁷. M.E. muss der Verweis auf den unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil in § 99 Abs. 3 GWB nicht beibehalten werden, wenn der den Beschaffungscharakter ausdrücklich fordernde § 99 Abs. 1 GWB entsprechend dem Willen des Richtliniengebers in diesem Sinne ausgelegt wird. Allerdings besteht auch keine Notwendigkeit, § 99 Abs. 3 GWB insoweit zu ändern.

Gelegentlich wird gefordert, die in Anhang II genannten Tätigkeiten, die für eine Einstufung als Bauauftrag maßgeblich sind, in nationales Recht umzusetzen – dies deshalb, weil die für die Schwellenwerte maßgebliche Abgrenzung zum Dienstleistungsauftrag schwierig sein kann. Ob insoweit der europäische Umsetzungs-vorbehalt bzw. der deutsche Gesetzesvorbehalt eine Umsetzung in außenwirksames Recht gebieten, mag dahingestellt bleiben. Wünschenswert wäre jedenfalls zumindest

¹³ Siehe auch Erwägungsgrund 9 der RL 2014/24/EU.

¹⁴ EuGH NZBau 2009, 792 Rn 53 ff – *Köln Messe*; EuGH EuZW 2014, 790 – *Impresa Pizzarotti*; s.a. *Wegener* in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 99 GWB Rn 82.

¹⁵ EuGH Slg. 2010, I-2707 Rn 49 ff – *Helmut Müller* = NJW 2010, 2189.

¹⁶ EuGH Slg. 2010, I-2707 Rn 49 ff: Notwendig sei eine Ausschreibung dann, wenn der Auftraggeber Eigentümer der Bauleistung werden soll oder wirtschaftliche Vorteile aus der zukünftigen Nutzung oder Veräußerung des Bauwerkes ziehen kann, wenn sich der Auftraggeber an der Erstellung eines Bauwerks finanziell beteiligt oder die damit verbundenen Risiken im Falle eines wirtschaftlichen Fehlschlags trägt.

¹⁷ Erwägungsgrund 4 der RL 2014/24/EU; so auch das Verständnis von *Jaeger*, NZBau 2014, 259.

ein entsprechender Verweis auf Anhang II in § 99 Abs. 3 GWB, der den Rechtsanwender auf die im Anhang genannten Kriterien stößt. Hilfreich ist dies in jedem Fall, weil die im Anhang II genannten Tätigkeiten *abschließend* die Gegenstände von Bauaufträgen umschreiben¹⁸.

4. Dienstleistungsaufträge

Anders verhalten sich die Dinge bei den Dienstleistungsaufträgen. Der Richtliniengeber hat auf einen Anhang mit einer abschließenden Liste der von der Richtlinie erfassten Dienstleistungen verzichtet. Allein die zuvor als nicht-prioritär bezeichneten Dienstleistungen werden nunmehr in der Gestalt der „öffentlichen Dienstleistungsaufträge betreffend soziale und andere besondere Dienstleistungen“ (Art. 4 d) RL 2014/24/EU) in einem eigenen Anhang XIV gelistet, sofern sie auch künftig – mit modifizierten Anforderungen (Art. 74 ff. RL 2014/24/EU) – im Anwendungsbereich der Richtlinie verbleiben. Entscheidend auch in der Umsetzungsperspektive ist die rechtskonstruktive Umkehrung: Waren nämlich bislang die prioritären Dienstleistungen abschließend¹⁹ in einem Anhang aufgeführt mit der Konsequenz, dass alle nicht dort aufgeführten Leistungen den nicht-prioritären Dienstleistungen zurechneten²⁰, so gelten nunmehr alle Dienstleistungen, die keine besonderen Dienstleistungen sind, als voll vergaberechtspflichtig, falls sie nicht gänzlich von der Richtlinie ausgenommen sind. Jedenfalls die nunmehr abschließend benannten besonderen Dienstleistungen sollten zumindest in einer Anlage zur VgV aufgenommen werden²¹.

5. Gemischte Aufträge

Die Basisrichtlinie enthält eine zusammenfassende Bestimmung zum Umgang mit typengemischten Verträgen. Die Zuordnung nach dem Hauptgegenstand des Auftrags (Art. 3 Abs. 2 UAbs. 1 RL 2014/24/EU)²² wird auch künftig modifiziert u.a. im Fall des Zusammentreffens von Dienstleistungen und Lieferungen, bei dem sich der Hauptgegenstand nach dem höheren Wert bestimmt (Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 RL 2014/24/EU). Dem entspricht die Rechtslage in § 99 Abs. 10 GWB, sodass insoweit kein Umsetzungsbedarf besteht.

¹⁸ Nach Erwägungsgrund 8 der RL 2014/24/EU soll ein Auftrag *nur* dann als öffentlicher Bauauftrag gelten, wenn er speziell die Ausführung der im Anhang II aufgeführten Tätigkeiten zum Gegenstand hat; so auch schon Erwägungsgrund 10 der RL 2004/18/EG; wie hier *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink, Vergaberecht*, 2011, § 99 GWB Rn 161; gegen abschließende Natur des Anhangs *Wegener*, in: *Pünder/Schellenberg* (Fn. 14), § 99 GWB Rn 80.

¹⁹ *Ziekow* (Fn. 18), § 99 GWB Rn 189.

²⁰ Als sog. „sonstige Dienstleistungen“ iSd Nr. 27 des Anhangs II der RL 2004/18/EG.

²¹ Derzeit § 4 Abs. 2 Nr. 2 VgV iVm Anlage 1; zu den danach anwendbaren Vergabevorschriften *Ziekow* (Fn. 18), § 99 GWB Rn 190 f.

²² EuGH NVwZ 2007, 316 Rn 37 – *Roanne*; NVwZ 2008, 397 Rn 39; grdsI ist für die Bestimmung des Hauptgegenstands der Wert nur ein Kriterium neben anderen; s.a. *Ziekow* (Fn. 18), § 99 GWB Rn 224 m.w.N.

II. Auftraggeber

Keine Änderungen haben sich für den Auftraggeberbegriff ergeben. Allerdings verzichtet Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 RL 2014/24/EU auf ein entsprechendes Verzeichnis der Einrichtungen des öffentlichen Rechts, also der funktionalen Auftraggeber, das aber der EuGH ohnehin nicht als konstitutiv für die Auftraggebereigenschaft angesehen hatte²³. In seinen Erwägungsgründen knüpft der Richtlinienggeber ausdrücklich an die Rechtsprechung des EuGH an. Für das erforderliche Merkmal der Aufgaben nicht-gewerblicher Art wird nicht allein auf eine (fehlende) Gewinnerzielungsabsicht abgestellt, sondern zusätzlich eine wettbewerbsbezogene Sonderstellung vorausgesetzt²⁴, und für das Vorliegen einer überwiegenden staatlichen Finanzierung der Einrichtung wird ausdrücklich darauf verwiesen, dass diese auch in gesetzlich vorgesehenen Nutzerbeiträgen bestehen kann²⁵. Schon in Anbetracht des Umstands, dass die Rechtsprechungsentwicklung insbesondere zu beitragsfinanzierten Einrichtungen wohl noch nicht als abgeschlossen angesehen werden kann, sollte der Umsetzungsgesetzgeber keine Änderungen am Wortlaut des § 98 Nr. 2 GWB vornehmen.

III. Schwellenwerte

Die für die Anwendung maßgeblichen Schwellenwerte, die zuletzt zum Jahr 2014 angepasst wurden²⁶, werden weiterhin alle zwei Jahre überprüft und ggf. angepasst (Art. 6 Abs. 1 RL 2014/24/EU). Ein neuer Schwellenwert von 750.000 EUR gilt für die „öffentlichen Dienstleistungsaufträge betreffend soziale und andere besondere Dienstleistungen“ (Art. 4 d) RL 2014/24/EU). Der neue Schwellenwert für diese Dienstleistungen kann – wie im Übrigen auch die anderen Schwellenwerte – auch weiterhin mittels Verweises in § 2 VgV auf Art. 4 RL 2014/24/EU vom deutschen Recht rezipiert werden.

IV. Ausnahmen vom Anwendungsbereich

1. Juristische Dienstleistungen, Art. 10 d) RL 2014/24/EU

Neu aufgenommen wurde die Bereichsausnahme für juristische Dienstleistungen, die deshalb umsetzungsbedürftig ist. Sie ist allerdings gegenständlich begrenzt auf juris-

²³ EuGH Slg. 2009, I-4779 Rn 42 ff – *Hans & Christophorus Oymanns*; EuGH GewArch 2013, 438 Rn 18.

²⁴ Erwägungsgrund 10 der RL 2014/24/EU knüpft Gewerblichkeit an „marktübliche Bedingungen“ und an die eigene Verlusttragung; s.a. *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 98 GWB Rn 77 m.w.N.; *ders.*, DB 1998, 2582 f; KG NZBau 2006, 725, 727 – *Messe Berlin GmbH*.

²⁵ Erwägungsgrund 10 der RL 2014/24/EU; s.a. EuGH Slg. 2007, I-11173 Rn 41 ff – *Bayerischer Rundfunk*; EuGH Slg. 2009, I-4779 Rn 54 f – *Hans & Christophorus Oymanns*.

²⁶ Durch die ÄnderungsVO (EU) v. 13.12.2013, ABIEU L 335/17.

tische Tätigkeiten mit forensischem Bezug oder solche, die mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse verbunden sind. Allerdings fallen auch rein beratende juristische Tätigkeiten – wie etwa die Erstattung von Gutachten außerhalb der Vorbereitung eines gerichtlichen Verfahrens – aus dem Anwendungsbereich heraus, sofern sie nicht die Schwelle von 750.000 EUR erreichen und dann als besondere Dienstleistungen iSv Art. 74 ff. RL 2014/24/EU geminderten vergaberechtlichen Anforderungen unterliegen. Hier läge es gewiss im Sinne der Anwenderfreundlichkeit, diesen Konnex in der Umsetzung abzubilden.

2. Finanzdienstleistungen, Art. 10 e) und f) RL 2014/24/EU

Die schon vorhandene Ausnahme für kapitalmarktbezogene Finanzdienstleistungen²⁷ wurde ergänzt um Kredite und Darlehen unabhängig davon, ob sie im Zusammenhang mit Kapitalmarktgeschäften stehen. Der deutsche Gesetzgeber war schon zuvor davon ausgegangen, dass derartige Kapitalbeschaffungsmaßnahmen nicht vom Vergaberecht erfasst sind²⁸, und auch der Richtlinienggeber bezeichnet die Erstreckung als Klarstellung²⁹. Sie sollte gleichwohl umgesetzt werden, weil nunmehr ausdrücklich feststeht, dass für die Freistellung kein Zusammenhang von Krediten und Kapitalmarktgeschäften bestehen muss.

3. Rettungsdienste

Die Richtlinie hat eine sehnlichst erwartete Klärung zum Umgang mit Rettungsdienstleistungen gebracht³⁰, die allerdings recht kompliziert ausgefallen ist (Art. 10 h) RL 2014/24/EU). Sie erfasst nur Rettungsdienste, die von gemeinnützigen Organisationen erbracht werden. Die von der Bereichsausnahme nicht umfasste Patientenbeförderung³¹ wiederum gehört zu den besonderen Dienstleistungen, die erst ab einem Auftragswert von 750.000 EUR dem „Vergaberecht light“ unterliegt³² und zudem gemeinnützigen Organisationen vorbehalten werden darf (Art. 77 RL 2014/24/EU). Ähnlich wie bei den juristischen Dienstleistungen würde es der Anwenderfreundlichkeit dienen, in der Umsetzung diesen Konnex abzubilden.

²⁷ Es wird an den Begriff der Finanzinstrumente der kapitalmarktrechtlichen Regelungen angeknüpft, s.a. *Ziekow* (Fn. 18), § 100 GWB Rn 57 f.

²⁸ BT-Drucks. 16/10117, S. 20; s.a. *Ziekow* (Fn. 18), § 100 GWB Rn 60.

²⁹ Erwägungsgrund 26 der RL 2014/24/EU, dort mit dem zusätzlichen Hinweis, dass auch ESM-Transaktionen aus dem Anwendungsbereich herausfallen.

³⁰ Zur früheren Rechtslage EuGH ZfBR 2015, 297 – *ASL Nr. 5 Spezzino*.

³¹ Erwägungsgrund 28; *Jaeger*, NZBau 2014, 259, 260 mit dem Hinweis, dass ein sog. qualifizierter Krankentransport, der nicht bloßes Surrogat zur Taxibeförderung ist, zu den von der Bereichsausnahme umfassten Notfalldienstleistungen gehört.

³² Erwägungsgrund 28; s.a. Anhang XIV Nr. 1 der RL 2014/24/EU.

4. **Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen, Art. 14 RL 2014/24/EU**

Die Bereichsausnahme für F&E-Verträge wurde insoweit ausgedehnt, als Aufträge, die nicht unter bestimmte Codenummern fallen, von vornherein ohne weitere Voraussetzungen vom Anwendungsbereich aus geschlossen sind. Für die danach verbleibenden Aufträge gilt das bisherige Regime. Auch diese Erweiterung der Bereichsausnahme ist im GWB umzusetzen.

V. **Insbesondere: Inhouse-Vergabe und horizontale Zusammenarbeit**

1. **Zur Konstruktion**

Die vom Vergaberechtsregime befreiten Geschäfte zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors werden nicht – wie bislang in der Rechtsprechung – als teleologische Reduktion des Auftragsbegriffs und damit als Frage des Gegenstands erfasst, sondern sind als *Ausnahmen* vom Anwendungsbereich konzipiert. Als solche müssen sie auch in der Novellierung des GWB gefasst werden.

2. **Inhouse-Vergabe und Joint Inhouse-Vergabe**

Für den Grundtatbestand der In-house Vergabe sieht die Richtlinie nunmehr vor, dass eine private Minderheitsbeteiligung am Auftragnehmer dann unschädlich ist, wenn sie durch nationale Bestimmungen gesetzlich vorgeschrieben ist (Art. 12 Abs. 1 c) RL 2014/24/EU). Diese Regelung sorgt immer noch gelegentlich für Aufregung³³. Indes zeigt die Entstehungsgeschichte, dass hiermit insbesondere auf das Verbandsrecht von NRW reagiert werden sollte, das für die Wasserverbände *zwingend* die Einbeziehung Privater vorsieht³⁴. Machen die Gebietskörperschaften hingegen von der in zahlreichen Bundesländern vorgesehenen bloßen Möglichkeit³⁵ Gebrauch, Private in Zweckverbände aufzunehmen, so ist die Auftragserteilung an diese Zweckverbände nach wie vor vergaberechtspflichtig. Die Umsetzung muss in dieser Hinsicht unmissverständlich sein.

Als gesonderter Fall wird in Art. 12 Abs. 3 RL 2014/24/EU die Joint Inhouse-Vergabe geregelt. Da die Voraussetzungen der vergaberechtsfreien Beauftragung einer gemeinsam von mehreren Auftraggebern beherrschten Einrichtung nach einer wechselvollen Gesetzgebungsgeschichte³⁶ an die Erfordernisse der single Inhouse-Vergabe

³³ *Wiggen*, PPLR 2014, 83, 86.

³⁴ Erwägungsgrund 32 der RL 2014/24/EU; s.a. *Neun/Otting*, EuZW 2014, 446, 448.

³⁵ Siehe z.B. § 2 Abs. 2 KomZG Rh-Pf.

³⁶ Dazu *Burgi*, NZBau 2012, 601, 605 ff; zur Verschärfung der Anforderungen EuGH EuZW 2013, 110 – *Econord*; s.a. *Knauff*, EuZW 2014, 486, 488 f.

angeglihen wurden, sollte eine Umsetzung angestrebt werden, durch die Duplizierungen soweit wie möglich vermieden werden.

3. Horizontale Zusammenarbeit

Insbesondere Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU ist im Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 6 RL 2014/24/EU zu lesen, der Befugnis- und Zuständigkeitsübertragungen als Angelegenheit der Verwaltungsorganisation vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausnimmt, sofern hierfür keine Vergütung vereinbart wird. Der Vergütungsvorbehalt muss unmissverständlich umgesetzt werden, um klarzustellen, dass nicht allein die Deklaration einer Vereinbarung als „delegierend“ zur Vergaberechtsfreiheit führt³⁷. Allerdings darf als streitträchtig die Frage angesehen werden, in welchen Fällen von einer Vergütung auszugehen ist³⁸.

Die Freistellung der horizontalen Zusammenarbeit durch Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU hat im Übrigen im Entstehungsprozess einige Wandlungen – zum Besseren – durchlaufen³⁹. Indessen haben im gleichen Zeitraum mehrere Judikate des EuGH⁴⁰ Modifikationen zur Entscheidung *Stadtreinigung Hamburg*⁴¹ gebracht, die die Ermittlung des richtlinienrechtlich Gewollten mit Unsicherheiten belasten. Eine 1:1-Umsetzung wird die Unwägbarkeiten nicht beseitigen können. Die Erwägungsgründe sprechen allerdings dafür, dass (mandatierende) Zweckvereinbarungen jedenfalls dann vergaberechtsfrei sind, wenn sie die Erfüllung unmittelbarer Gemeinwohlaufgaben zum Gegenstand haben – und zwar auch dann, wenn eine Kommune für eine andere Kommune Aufgaben erfüllt⁴². Ob dies auch gilt, sofern es sich bei den Tätigkeiten um „marktgängige“ Hilfstätigkeiten der Aufgabenerfüllung handelt, ist weniger klar⁴³. In der Sache spricht viel dafür, dass insoweit Vergaberechtsfreiheit bestehen sollte, wie diese auch bei einer Inhouse-Vergabe an eine beherrschte Einrichtung anerkannt ist:

³⁷ Insoweit instruktiv EuGH NVwZ 2013, 931 – *Piepenbrock* m. Anm. *Schrotz/Raddatz*; OLG Koblenz ZfBR 2015, 308, 310.

³⁸ Keine Vergütung sollen Haushaltsmitteltransfers sein, mit denen sich die abgebende Stelle am Aufwand beteiligt, so *Jaeger*, NZBau 2014, 259, 262; ob dies indessen auch für die bei Zweckverbänden übliche Umlagenfinanzierung gilt, ist unklar; für Vergütungscharakter OLG Celle ZfBR 2015, 289 – Vorlagebeschluss an den EuGH.

³⁹ Zum ursprünglichen Kommissionsentwurf sehr kritisch *Burgi*, NZBau 2012, 601, 605 ff; *Gruneberg/Wilden*, ZfBR 2013, 438, 442 ff.

⁴⁰ Vor allem EuGH ZfBR 2013, 513 Rn. 34 f. – *Ordine degli Ingeneri della Provincia di Lecce*; EuGH NVwZ 2013, 931 Rn 36 f – *Piepenbrock*; dazu *Gruneberg/Wilden*, ZfBR 2013, 438, 441 ff; *Ruffert*, JuS 2014, 87.

⁴¹ EuGH EuZW 2009, 529 Rn 47 ff – *Stadtreinigung Hamburg*; *Struve*, EuZW 2009, 805.

⁴² Erwägungsgrund 33 der RL 2014/24/EU fordert zwar ein „kooperatives Konzept“; Voraussetzung sei aber nicht, „dass alle teilnehmenden Stellen die Ausführung wesentlicher vertraglicher Pflichten übernehmen, solange sie sich verpflichtet haben, einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten;“ s. zuvor *Burgi*, NZBau 2012, 601, 606 f; für Vergaberechtpflichtigkeit einer Zweckvereinbarung betr. die Abfallentsorgung gleichwohl OLG Koblenz ZfBR 2015, 308, 310.

⁴³ Für Vergaberechtpflicht EuGH ZfBR 2013, 513 Rn 37 – *Ordine degli Ingeneri della Provincia di Lecce*; EuGH NVwZ 2013, 931 Rn 39 – *Piepenbrock*; s.a. *Brakalova*, EuZW 2013, 593; nach Erwägungsgrund 33 der RL 2014/24/EU kann die vergaberechtsfreie Zusammenarbeit „alle Arten von Tätigkeiten in Verbindung mit der Ausführung der Dienstleistungen und Zuständigkeiten“ umfassen.

Sofern keine Privaten an der Vereinbarung beteiligt sind, kann die „Marktgängigkeit“ des Vertragsgegenstands nicht den für die Anwendung des Vergaberechts konstitutiven Marktbezug indizieren⁴⁴.

⁴⁴ Ähnlich auch schon *Burgi*, NZBau 2012, 601, 606 f.

Die Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien

– Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen Beirats des forum vergabe e.V. –



Statement

Prof. Dr. Hermann Pünder, LL.M.

Bucerius Law School, Hamburg

I. Vereinfachung und Flexibilisierung des Rechtsrahmens

An sich können wir Europa ja dankbar sein. Ohne die Vergaberichtlinien gäbe es bei uns nur das Haushaltsrecht für „fiskalische Hilfsgeschäfte“ ohne subjektive Rechte für die Bieter.¹ Aber eines muss man doch einmal in Ruhe bedenken: Aufgabe der Europäischen Union ist die Verwirklichung der wirtschaftlichen „Grundfreiheiten“ im Handel „zwischen den Mitgliedstaaten“. Dafür hat sie seit mehr als vierzig Jahren immer wieder neue Richtlinien erlassen. Und nun das: Während im privaten Sektor europaweit ca. 19 % aller Aufträge grenzüberschreitend vergeben werden, liegt der Importanteil bei öffentlichen Aufträgen bei nur 7,5 %. Dabei sind bloß 1,6 % aller öffentlichen Aufträge „direkt grenzüberschreitend“, der Rest erfolgt „indirekt grenzüberschreitend“ über Niederlassungen oder Großhändler.² Ist dies nicht ein grandioses Scheitern!

¹ Vgl. Pünder, Vergaberecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1 (Öffentliches Wirtschaftsrecht), 3. Aufl. 2012, § 17 Rn. 3 (allerdings auch zu den grundrechtlich begründeten subjektiven Rechten).

² Siehe *Rambøll-Management*, Cross-Border Procurement above EU thresholds, 2011, S. 25 ff., 35 ff., 97. Vgl. auch *Opitz*, Mehr Effizienz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge?, NZBau 2014, S. 192 f.

Es mag zwar sein, dass der Unterschied zwischen dem öffentlichen und privaten Einkaufsverhalten auch auf den unterschiedlichen Beschaffungsgegenständen beruht. Nicht fernliegend ist aber auch die Überlegung, dass das Vergaberecht für die Bieter aus dem Ausland zu hohe „Transaktionskosten“ mit sich bringt. Dafür muss man noch nicht einmal komplizierte betriebswirtschaftliche Berechnungen anstellen.³ Es genügt der Versuch, jemandem, der sich noch nie mit dem Vergaberecht beschäftigt hat, die Rechtsregeln für die öffentliche Auftragsvergabe zu erklären. Ich tue dies Jahr für Jahr an der Bucerius Law School in unserem Wahlschwerpunkt zum öffentlichen Wirtschaftsrecht. Das ist selbst bei recht gut ausgebildeten Jurastudenten ein anspruchsvolles Unterfangen.

Ganz sicher ist: Das Vergaberecht ist allzu kompliziert. Es erstaunt nicht, dass die Vergabestellen stets die Furcht haben, Fehler zu machen, und dass vor allem „kleine und mittlere Unternehmen“ – erst recht wenn sie aus dem Ausland stammen – kaum Interesse haben, sich an Vergabeverfahren zu beteiligen. Von der allgemeinen Öffentlichkeit, die doch eigentlich den Eindruck haben sollte, dass es bei der öffentlichen Beschaffungstätigkeit mit rechten Dingen zugeht, ganz zu schweigen. Eigentlich können nur die Vergaberechtsanwälte über die Komplexität des Vergaberechts froh sein, da sie über „Herrschaftswissen“ verfügen.⁴ Und vielleicht noch die Beamten in den Vergabekammern und die Richter in den Vergabesenaten, deren Beruf es ist, Vergabefehler zu korrigieren.

Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass sich die EU nun – zehn Jahre nach dem letzten großen Umbruch⁵ – zu einer neuen Reform durchgerungen hat.⁶ Das ist zwar für alle Beteiligten eine Zumutung. Immerhin kam die Umsetzung des letzten „Legislativpakets“ zur Modernisierung des Vergaberechts in Deutschland erst 2010 zum Abschluss. Das neue Vergaberecht ist kaum verdaut, da kommt schon wieder ein großer Brocken. Das mag angehen, wenn die aktuelle Reform wirklich – wie sie verspricht⁷ – zu einer „Vereinfachung“ und „Flexibilisierung“ des Rechtsrahmens und damit zu Verbesserungen führt. Der erste Anschein spricht allerdings dagegen. So bringt es die neue allgemeine Vergaberichtlinie auf 177 Seiten, während ihre Vorgängerin noch mit 127 Seiten auskam. Aber ich will nicht bloß zählen, sondern bewerten. Dabei werde ich mich – der Vorgabe von *Martin Burgi* entsprechend – auf das

³ Vgl. *PriceWaterhouseCoopers/London Economicx/Ecroys*, Public Procurement in Europe – Cost and Effectiveness, 2011, S. 87 ff.

⁴ Vgl. auch *Hölzl*, Vergaberecht: Die Zukunft war früher auch besser!, NZBau 2014, S. 665 (mit dem Hinweis darauf, dass weitaus die Mehrzahl der Vergaben nur noch mit anwaltlicher Begleitung durchgeführt werden kann).

⁵ Vgl. *Pünder/Prieß* (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, 2005.

⁶ Zum neuen Recht *Pünder/Prieß* (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch II, 2015.

⁷ Vgl. etwa den Erwägungsgrund 2 zur AVR.

Vergabeverfahren beschränken und mich dabei vor allem auf die Allgemeine Vergaberichtlinie (AVR) beziehen. Lassen sich mich folgende Aspekte herausgreifen.

II. Verfahrensarten

1. Verhältnis des offenen Verfahrens zum nicht offenen Verfahren

Zunächst zu den Verfahrensarten und dabei zuerst zum Verhältnis des offenen Verfahrens zum nicht offenen Verfahren: Das europäische Recht ist insofern nach wie vor großzügig. Nach Art. 26 Abs. 2 AVR „schreiben die Mitgliedstaaten vor“, dass die öffentlichen Auftraggeber beide Verfahren nach Maßgabe der Richtlinie anwenden können. Da es in der Richtlinie keine einschränkenden Vorgaben für das nicht offene Verfahren gibt, ist dies so zu verstehen, dass die Mitgliedstaaten von der Wahlfreiheit nicht abweichen können.

Jedenfalls will die Bundesregierung den bisherigen Vorrang des offenen Verfahrens (§ 107 Abs. 7 Satz 1 GWB) abschaffen.⁸ Das ist gut. Zwar werden im offenen Verfahren die Verfahrensgrundsätze des Wettbewerbs und der Transparenz (§ 97 Abs. 1 GWB) sowie der Gleichbehandlung (§ 97 Abs. 1 GWB) am besten gewährleistet. Allerdings hat das Verfahren unter Kostengesichtspunkten im Vergleich zum nicht offenen Verfahren seine Nachteile.⁹ Die Auftraggeber müssen regelmäßig eine Vielzahl von Angeboten auswerten. Und die am Auftrag Interessierten müssen den für die Erstellung des Angebots erforderlichen Aufwand betreiben, obwohl die Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Menge der Wettbewerber gering sein können. Wenn man zudem bedenkt, dass durch die Aufgabe des Vorrangs des offenen Verfahrens komplizierte Ausnahmeregelungen entfallen, ist hier ein Pluspunkt zu verzeichnen.

2. Verhandlungsverfahren, wettbewerblicher Dialog und die neue „Innovationspartnerschaft“

Wenn man es recht besieht, gibt es zwei Grundverfahrensarten: Auf der einen Seite stehen die förmlichen Verfahren ohne Verhandlungen, d.h. das offene und das nicht offene Verfahren, auf der anderen Seite die kooperativen Verfahren, wo Verhandlungen möglich sind.

Aus diesem Blickwinkel zuerst zum Verhandlungsverfahren: Dass die EU den Zugang zu diesem Verfahren etwas erleichtert hat (Art. 26 Abs. 4 AVR), wird die Vergabestellen erfreuen. Gut ist, dass die Bundesregierung diesen Ball aufgreifen will.¹⁰ Dass der

⁸ *Bundesregierung*, Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, Beschluss des Bundeskabinetts vom 7. Januar 2015, IV. 1.

⁹ Ebenso *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme Nr. 11/2014 zur Umsetzung des Richtlinienpakets zur Reform des Vergaberechts, März 2014, S. 6 f.

¹⁰ *Bundesregierung*, Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, Beschluss des Bundeskabinetts vom 7. Januar 2015, IV. 1.: „Wir werden die Handlungsspielräume des neuen europäischen Rechtsrahmens nutzen, um das Vergabeverfahren

Ablauf des Verfahrens nunmehr nach den Richtlinien normativ besser strukturiert ist (Art. 29 Abs. 1 – 3, 5 – 7 AVR), werden die Unternehmen begrüßen.¹¹ Zwar wurden die vergaberechtlichen Regelungen vermehrt. Dies wird aber durch die gesteigerte Transparenz und die verbesserte Gleichbehandlung kompensiert. Die an öffentlichen Aufträgen Interessierten werden vor dem Verhandlungsverfahren weniger Angst haben müssen. Das gilt allerdings nur dann, wenn die Auftraggeber die Vorgabe, dass es Ziel der Verhandlungen ist, „die Angebote inhaltlich zu verbessern“ (Art. 29 Abs. 3 Satz 1 AVR), nicht zu einer unangemessenen „Preisdrückerei“ missbrauchen.¹²

Weiter zum wettbewerblichen Dialog: Im 42. Erwägungsgrund zur AVR heißt es, dass sich dieses Verfahren in den Fällen „als nützlich erwiesen“ hat, in denen öffentliche Auftraggeber „nicht in der Lage sind, die Mittel zur Befriedigung ihres Bedarfs zu definieren oder zu beurteilen, was der Markt an technischen, finanziellen oder rechtlichen Lösungen zu bieten hat“. Ob dem so ist, mag jetzt dahinstehen. Vielleicht können wir ja in der Diskussion darauf zurückkommen. Positiv ist jedenfalls, dass das Verfahren nun die gleichen Anwendungsvoraussetzungen hat wie das Verhandlungsverfahren (Art. 26 Abs. 3 AVR). Die Komplexität des Vergaberechts wird so reduziert. Ohnehin sind die Unterschiede zwischen beiden Verfahren nicht groß. Vor allem gibt es vergleichbare Verfahrensgarantien (Art. 29 AVR). Zu Recht haben die Vergabestellen nun die freie Wahl.

Die Abgrenzung zwischen dem Verhandlungsverfahren und dem wettbewerblichen Dialog ist schon nicht leicht.¹³ Und was soll nun die neu geschaffene „Innovationspartnerschaft“ (Art. 31 AVR)? Ehrlich gesagt: Ich kann, wenn ich den Normtext lese, kaum verstehen, warum die mit der neuen Verfahrensart verbundene Steigerung an Komplexität nötig ist. Ich weiß wohl: Es geht um die „Nachfrage nach einem innovativen Produkt beziehungsweise innovativen Dienstleistungen oder Bauleistungen“, „die nicht durch Erwerb von bereits auf dem Markt verfügbaren Produkten, Dienstleistungen oder Bauleistungen befriedigt werden kann“ (Art. 31 Abs. 1 Unterabs. 2 AVR). Hat der wettbewerbliche Dialog aber nicht ein ähnliches Ziel?¹⁴

Und wenn ich dann die Vorgaben zum Verfahren lese, werde ich richtig ärgerlich. Es gibt so viel, was es auch schon beim wettbewerblichen Dialog und beim Verhandlungsverfahren gibt. Das hat auch der europäische Gesetzgeber gemerkt; im 49. Erwägungsgrund heißt es ausdrücklich, dass sich die Innovationspartnerschaft auf

flexibler zu gestalten. Die Möglichkeit zur Verhandlung mit den Bietern werden wir entsprechend den neuen Vorgaben der Richtlinien ausweiten.“

¹¹Näher *Jaeger*, Die neue Basisvergaberichtlinie der EU – ein Überblick, NZBau 2014, S. 259, 263.

¹²*Schäfer*, Zur Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien in Deutschland, in: Pünder/Prieß (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch II, 2015, S. 149, 172.

¹³Vgl. *Pünder/Franzius*, Auftragsvergabe im Wettbewerblichen Dialog, NZBau 2006, S. 20 ff.

¹⁴Vgl. auch *Fehling*, Forschungs- und Entwicklungsförderung durch wettbewerbliche Verfahren, NZBau 2012, S. 673 ff.

die Verfahrensregeln stützen soll, die für das Verhandlungsverfahren gelten. Warum hat er die drei kooperativen Verfahrensarten nicht zusammen geregelt? „Gute Gesetzgebung“ sieht anders aus. Jedenfalls kann von einer Vereinfachung und Flexibilisierung des Rechtsrahmens keine Rede sein. Ob die deutsche Umsetzung der zwingenden Richtlinienvorgaben (Art. 26 Abs. 2 AVR) die Scharte ausweiten kann? – Man darf gespannt sein.

III. Verfahrensablauf

1. Aufruf zum Wettbewerb

Lassen Sie mich nun zum Verfahrensablauf kommen. Entscheidend für eine nicht-diskriminierende Auftragsvergabe ist, dass alle möglicherweise Interessierten davon erfahren.¹⁵ Der Aufruf zum Wettbewerb geschieht regelmäßig – d.h. wenn nicht ausnahmsweise beim Verhandlungsverfahren auf eine Veröffentlichung verzichtet werden kann (Art. 26 Abs. 4 b) Satz 2; Art. 32 AVR)¹⁶ – durch eine Auftragsbekanntmachung (§ 26 Abs. 5 Unterabs. 2, Art. 49 AVR). Für uns in Deutschland ist gut, dass die Mitgliedstaaten den „subzentralen“ Auftraggebern bei nicht offenen Verfahren und Verhandlungsverfahren erlauben können, den Aufruf zum Wettbewerb bereits mit der sog. Vorinformation zu verbinden (§ 26 Abs. 5 Unterabs. 2, Art. 48 Abs. 2 AVR). Wir sollten diese Vereinfachung, die für die Unternehmen nicht nachteilig ist, in Deutschland aufgreifen. Sie kommt nur den Bundesministerien nicht zugute (vgl. Art. 2 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AVR).

2. Vergabe von Dienstleistungskonzessionen und von „sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen“

Zu begrüßen ist weiter, dass nun klargestellt wurde, dass Auftraggeber auch bei Dienstleistungskonzessionen ihre Vergabeabsicht vorab bekanntmachen müssen.¹⁷ Ebenso ist richtig, dass eine Veröffentlichung auch bei der Vergabe von „sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen“ gefordert wird (Art. 74 AVR). Dass es insofern europarechtlich nur wenige Vorgaben für das Vergabeverfahren gibt (Art. 75 AVR), ist angemessen.¹⁸ Bei der Umsetzung sollten wir die Spielräume dadurch nutzen, dass die öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe von Dienstleistungen im Gesundheits-

¹⁵ Vgl. Pünder/Terbrack, Das vergabeverfahrensrechtliche Grundmodell und die Gründe für seine Modifikationen – ein normübergreifender Überblick, FS Marx, 2013, S. 585 ff.

¹⁶ Zu den Änderungen Jaeger, Die neue Basisvergaberichtlinie der EU – ein Überblick, NZBau 2014, S. 259, 263.

¹⁷ Die Rechtsprechung hat dies ohnehin verlangt. Siehe etwa EuGH C-231/03, Slg. 2005, I-7287 – Coname; EuGH C-458/03, Slg. 2005, I-8585 – Parking Brixen.

¹⁸ Die Unterscheidung der VKR zwischen Dienstleistungen, welche dem Vergaberecht vollumfassend unterliegen (Anhang II A), und Dienstleistungen, für welche nur wenige vergaberechtliche Bestimmungen gelten (Anhang II B), ist entfallen. Zur Diskussion etwa Brauser-Jung, Europäisches Vergaberecht 3.0 – Der neue Kommissionsentwurf des Richtlinienpakets, Vergaberecht 2013, S. 285, 289 ff.

Sozial- und Bildungsbereich – wie es die Bundesregierung vorsieht¹⁹ – zwischen den Verfahrensarten wählen können. Was zu den „sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen“ gehört, ergibt sich aus Anhang XIV zur AVR. Dabei handelt es sich um einen sehr heterogenen Katalog. Erfasst werden auch – man kann es kaum glauben – die „Reifenrunderneuerung“ und „Schmiedearbeiten“.

3. Verkürzung der Mindestfristen

Nur kurz zu den Mindestfristen für die Teilnahmeanträge und die Übermittlung der Angebote. Dass diese durch die Richtlinien erheblich reduziert wurden,²⁰ ist zwar für die Auftraggeber, nicht aber für die Unternehmen vorteilhaft. Die Vergabestellen sollten bedenken, dass es nur um Mindestfristen geht und dass die Erarbeitung eines soliden Angebots Zeit in Anspruch nimmt.²¹

4. Zwingende Einführung der elektronischen Vergabe

Dass die EU den Mitgliedstaaten die elektronische Vergabe – insbesondere die elektronische Einreichung der Angebote – nun zwingend vorschreibt (Art. 22 Abs. 1 AVR), ist – auch wenn die Umsetzungsfrist (allerdings nur zum Teil) verlängert wurde (Art. 90 Abs. 1 und 2 AVR)²² – nicht lapidar.²³ Es scheint, dass man sich in Brüssel darüber ärgert, dass die mit der elektronischen Kommunikation verbundenen Effizienzgewinne bislang nicht in vollem Umfang realisiert wurden.²⁴

Aber hat das nicht seine Gründe? Fehlt es nicht bislang an der notwendigen Einheitlichkeit der technischen Voraussetzungen? Sind nicht insbesondere die kürzlich reformierten EU-Vorschriften zu elektronischen Signaturen allzu kompliziert?²⁵ Immerhin ist die Angebotsabgabe per E-Mail auf privaten Wettbewerbsmärkten mit vergleichbaren Sicherheitsbedürfnissen gang und gäbe.²⁶ Und vor allem: Ist die elektronische Vergabe gerade für ausländische Bieter wirklich so vorteilhaft, dass dies

¹⁹ Bundesregierung, Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, Beschluss des Bundeskabinetts vom 7. Januar 2015, IV. 6.

²⁰ Beispielsweise wurden die Mindestfristen für die Angebote im offenen Verfahren von 52 auf 35 Tage verkürzt (Art. 27 Abs. 1 Unterabs. 2 AVR) bzw., wenn eine elektronische Übermittlung der Angebote akzeptiert wird, auf 30 Tage (Art. 27 Abs. 4 AVR). Dabei kann diese Frist nach Veröffentlichung einer Vorinformation weiter auf 15 Tage reduziert werden (Art. 27 Abs. 2 AVR).

²¹ Ebenso Schäfer, Zur Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien in Deutschland, in: Pünder/Prieß (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch II, 2015, S. 141, 166 f. (mit weiteren Nachweisen).

²² Ein Aufschub ist für zentrale Beschaffungsstellen bis zum 18. April 2017 und ansonsten bis zum 18. Oktober 2018 möglich.

²³ Kritisch auch Schäfer, Zur Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien in Deutschland, in: Pünder/Prieß (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch II, 2015, S. 141, 164 ff.

²⁴ Vgl. zu den Effizienzgewinnen Erwägungsgrund 52 AVR.

²⁵ Siehe die neue EU-Verordnung 910/2014 über die elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronischen Transaktionen im Binnenmarkt („EIDAS-Verordnung“). Skeptisch auch Roßnagel, Neue Regelungen für sichere elektronische Signaturen, NJW 2015, S. 3686, 3692.

²⁶ Opitz, Mehr Effizienz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge?, NZBau 2014, 192, 193.

den erheblichen Eingriff der EU in die Autonomie der Mitgliedstaaten durch zwingende Vorgabe rechtfertigt? Man mag dies bezweifeln. Effizienzgewinne für öffentliche Auftraggeber zu erzwingen, ist jedenfalls nicht Aufgabe der Union.²⁷ Es heißt aus der Praxis, dass die „e-Vergabe“ bei den Unternehmen wegen der divergierenden Vorgaben und Kompatibilitäten paradoxerweise sogar zu einem Mehraufwand gegenüber der herkömmlichen Papierversendung führt.²⁸ Ich bin gespannt, ob wir in der Diskussion anderes hören. Dass die zwingende elektronische Vergabe vor allem für kleine und mittlere Unternehmen und für kommunale Vergabestellen einen erheblichen Umstellungsaufwand mit sich bringt, hat auch die Bundesregierung erkannt.²⁹ Die elektronische Vergabe kann nur gelingen, wenn der bisherige Wildwuchs unterschiedlicher Anforderungen in Bund, Ländern und Kommunen bereinigt wird.³⁰ Dies ist eine große Herausforderung.

Und schließlich ganz nebenbei: Die Ausnahmeregelungen zur zwingenden Anwendung der elektronischen Vergabe (Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 2 und 4 AVR) sind einmal wieder kaum verständlich formuliert.³¹ Hier ist wieder einmal der deutsche Normgeber gefordert, Klarheit zu schaffen. Eine „Eins-zu-Eins“-Umsetzung empfiehlt sich hier jedenfalls nicht. Sie würde nur Verwirrung stiften.

Im Übrigen wurden die Vorschriften über „dynamische Beschaffungssysteme“ erheblich überarbeitet (Art. 34 AVR), um sie zu vereinfachen und auch für nicht offene Verfahren nutzbar zu machen.³² Ob dies dem System zum Durchbruch verhilft, vermag ich nicht zu sagen. Sicher ist das nicht.³³ Dynamische Beschaffungssysteme sind bislang europaweit fast überhaupt nicht angewandt worden.³⁴ Ebenso weiß ich nicht, was von dem neuen Instrument der „elektronischen Kataloge“ (Art. 36 AVR) zu halten ist. Vielleicht hören wir ja in der Diskussion Personen, die sich über die Neuerungen freuen.

²⁷ A.A. wohl *Burgi*, Anwendungsbereich und Governanceregeln der EU-Auftragsvergabereformrichtlinie: Bewertung und Umsetzungsbedarf, NZBau 2012, 601 Fn. 6. (mit dem Hinweis darauf, dass das nationale Haushaltswesen im Rahmen des europäischen Stabilitäts- und Wachstumspaktes und zusätzlich des Fiskalpaktes zur Sicherung der Defizitkriterien nach Art. 126 II AEUV „ein Stück weit geöffnet“ worden ist).

²⁸ So *Schäfer*, Zur Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien in Deutschland, in: Pünder/Prieß (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch II, 2015, S. 149, 165.

²⁹ *Bundesregierung*, Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, Beschluss des Bundeskabinetts vom 7. Januar 2015, IV. 10.

³⁰ Ebenso *Schäfer*, Perspektiven der eVergabe, NZBau 2015, S. 131 ff.

³¹ Kritisch auch *Schäfer*, Perspektiven der eVergabe, NZBau 2015, S. 131, 134 f.

³² Vgl. Erwägungsgrund 63 zur AVR.

³³ *Pünder*, Vergaberecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1 (Öffentliches Wirtschaftsrecht), 3. Aufl. 2012, § 17 Rn. 70.

³⁴ So *Schäfer*, Perspektiven der eVergabe, NZBau 2015, S. 131, 136.

5. Erleichterung der von Bieter zu erbringenden Nachweise

Positiv zu beurteilen ist, dass es den Bietern nun leichter gemacht wird, die notwendigen Nachweise zu erbringen. Dass die Anforderungen der Auftraggeber „angemessen“ sein müssen (Art. 58 Abs. 1 Satz 4 AVR), sollte allerdings ohnehin klar sein. Die „Einheitliche europäische Eigenerklärung“ (Art. 59 AVR) ist aber sicher ein Fortschritt. Die Unternehmen werden nun leichter nachweisen können, dass kein Ausschlussgrund gem. Art. 57 AVR gegeben ist und dass sie die Eignungskriterien nach Art. 58 AVR und ggf. auch die objektiven Regeln und Kriterien nach Art. 65 AVR erfüllen. Dies gilt allerdings nur dann, wenn durch die Einheitliche Europäische Eigenerklärung wirklich eine Vielzahl von „Bescheinigungen von Behörden oder Dritten“ ersetzt wird (Art. 59 Abs. 1 AVR) und Auftraggeber von ihrem Recht, zusätzliche Unterlagen zu verlangen, nur Gebrauch machen, wenn dies wirklich „zur angemessenen Durchführung des Verfahrens“ erforderlich ist (Art. 59 Abs. 4 AVR).³⁵

IV. Schlussbemerkungen

Wenn ich die Entwicklung des Vergaberechts in den letzten zehn Jahren Revue passieren lasse, kommt mir der „*kleine Häwermann*“ in den Sinn, der immer „Mehr! Mehr!“ verlangte. Dass diese Forderungen bei dem Jungen zu einem Desaster geführt haben, kann man in dem 1849 verfasste Märchen von *Theodor Storm* nachlesen. Die Bundesregierung hat sich nun zum Ziel gesetzt, Struktur und Inhalt des deutschen Vergaberechts „einfach und anwenderfreundlich“ zu machen.³⁶ Der bürokratische Aufwand für Auftraggeber und Auftragnehmer soll „so gering wie möglich“ gehalten werden. Betont wird, dass die vergaberechtlichen Anforderungen an die Bieter „nicht über das notwendige Maß hinausgehen“ dürfen.³⁷ Ob die Bundesregierung schafft, was sie sich vorgenommen hat? So richtig viel Hoffnung habe ich nicht. Schon vor der letzten Umsetzung von Vergaberichtlinien hat uns *Fridhelm Marx*, damals Leiter der Unterabteilung Wettbewerb und Preispolitik im Bundeswirtschaftsministerium, eine „Verschlankung und Vereinfachung des Vergaberechts in Deutschland“ versprochen.³⁸ Und dass das Versprechen nicht eingehalten wurde, wissen wir alle.

Vorteilhaft ist immerhin, dass die Einzelheiten des Vergabeverfahrens, soweit sie nicht gesetzgeberisch festgelegt werden, nach den Aussagen der Bundesregierungen nun in Vergabeverordnungen geregelt werden sollen.³⁹ Dort gehören sie aus verfassungs-

³⁵ Vgl. *Prieß*, Eignung und Ausschluss nach den neuen Vergaberichtlinien, in: Pünder/Prieß (Hrsg.), *Vergaberecht im Umbruch II*, 2015, S. 19, 25 f.

³⁶ *Bundesregierung*, Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, Beschluss des Bundeskabinetts vom 7. Januar 2015, II.

³⁷ *Bundesregierung*, Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, Beschluss des Bundeskabinetts vom 7. Januar 2015, V. 1.

³⁸ *Fridhelm Marx*, Verschlankung und Vereinfachung des Vergaberechts, in: Pünder/Prieß (Hrsg.), *Vergaberecht im Umbruch*, 2005, S. 23 ff.

³⁹ *Bundesregierung*, Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, Beschluss des Bundeskabinetts vom 7. Januar 2015, III. 2. und 3. Spiegelstrich.

rechtlichen Gründen auch hin. Der Bundestag und die Bundesregierung müssen für den Zustand des Vergaberechts die Verantwortung tragen. Zu erwarten ist dann auch, dass sich der Ordnungsgeber auf die gute deutsche Kodifikationstradition besinnt. Die bisherigen „Verdingungsordnungen“ sind – rechtstechnisch betrachtet – ein Skandal. Es gibt viel zu viele sachlich nicht gerechtfertigte Inkongruenzen bei identischen Regelungsgegenständen. Zudem hätte vieles vereinheitlichend „vor die Klammer gezogen“ werden müssen. Ehrlich gesagt und auch, wenn es viele hier im Saal nicht gerne hören: Aus meiner Sicht haben sich die traditionellen Verdingungsausschüsse als Normgeber diskreditiert. Dass nach Auffassung der Bundesregierung die „bauspezifischen Vergabeverfahren“ weiterhin durch den „Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen“ geregelt werden sollen, kann nur als ein Erfolg der Lobbyisten gewertet werden. Warum – wie es die Bundesregierung formuliert – „Besonderheiten der Bauleistungen“ ein Abweichen von der verfassungsrechtlich vorgegebenen Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgeber und Ordnungsgeber rechtfertigen, erschließt sich mir jedenfalls nicht.

Die Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien

– Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen Beirats forum vergabe e.V. –



Statement

Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

Universität Augsburg

Die neuen EU-Vergaberichtlinien bringen Neuerungen bei den Ausführungsbedingungen und vor allem bei den Zuschlagskriterien mit sich. Im Folgenden seien vier Schwerpunkte gesetzt: erstens die potentielle Abwertung des Preis- und Kostenaspekts bei der Angebotswertung, zweitens die Stärkung der strategischen Beschaffung durch entsprechende Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen, drittens die Berücksichtigungsfähigkeit der Qualität des eingesetzten Personals als Zuschlagsbedingung und viertens die Frage nach dem Spielraum des GWB-Gesetzgebers für Öffnungsklauseln, insbesondere zugunsten der Länder.

Zum ersten Punkt, der potentiellen Abwertung des Preises: Die Richtlinie setzt auf einen Qualitätswettbewerb und ermöglicht es dem nationalen Umsetzungsgesetzgeber daher in Art. 67 Abs. 2 UAbs. 3 RL 2014/24/EU, Preis und Kosten als einziges Zuschlagskriterium ganz oder teilweise auszuschließen. Problematisch ist dies, da Preis respektive Kosten ein objektiv prüfbares, regelmäßig akzeptiertes und mitunter, gerade bei standardisierten Leistungen, auch das einzig sinnvolle Kriterium sind. Daher sollte der Umsetzungsgesetzgeber von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen.

Zweiter Punkt, die Stärkung der strategischen Beschaffung auf Ebene der Zuschlagskriterien: Die Richtlinie sieht soziale und ökologische Eigenschaften als mögliche

Zuschlagskriterien vor (Art. 67 Abs. 2 RL 2014/24/EU). Verlangt ist zwar eine Verbindung mit dem Auftragsgegenstand (Art. 67 Abs. 2 UAbs. 1 Satz 1 und Abs. 3 RL 2014/24/EU); allerdings ist diese relativ weit gefasst. Eine solche Verbindung soll schon bei einem Bezug zur Leistung „in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Lebenszyklus-Stadium“, einschließlich der Herstellung, vorliegen (Art. 67 Abs. 3 RL 2014/24/EU). Es ist auch nicht erforderlich, dass das Kriterium Auswirkungen auf materielle Eigenschaften des Leistungsgegenstandes hat (Art. 67 Abs. 3 RL 2014/24/EU). Potenziert wird die Öffnung noch dadurch, dass im Rahmen der Lebenszyklusbetrachtung auch externe Umweltkosten berücksichtigt werden können (Art. 68 Abs. 1 b) RL 2014/24/EU). Das mag man nun als einen „Systemwechsel, der die Verbindung des Vergabeverfahrens zu seinen haushaltsrechtlichen Wurzeln kappt“ [Summa, NZBau 2012, 729 (735)], oder vielleicht auch mit Blick auf die entstehende Komplexität kritisieren, aber rechtlich ist als Ausgangspunkt festzuhalten, dass mit Blick auf entsprechende Zielbestimmungen sowohl auf europäischer (Ausrichtung der EU-Wirtschaftsverfassung auf eine soziale Marktwirtschaft, Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 EUV; Querschnittsklauseln, Art. 8 ff., Art. 114 Abs. 3, Art. 168 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV) als auch auf nationaler Ebene (namentlich Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG; Staatsziel Umweltschutz, Art. 20a GG) eine strategische Beschaffung nicht illegitim ist. Freilich existieren rechtliche Korrektive, und meines Erachtens haben diese Korrektive angesichts der Stärkung der strategischen Beschaffung an Bedeutung gewonnen. Worin bestehen diese Korrektive? Zum einen müssen sich die Kriterien als verhältnismäßig mit Blick auf den Auftragsgegenstand erweisen. Damit genügt nicht schon eine beliebige Verbindung zum Auftragsgegenstand, sondern es muss eine angemessene Relation zum Auftragsgegenstand bestehen (vgl. Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 RL 2014/24/EU). Zum anderen dürfen gemäß Art. 67 Abs. 4 Satz 1 und 2 RL 2014/24/EU die „Zuschlagskriterien ... nicht zur Folge haben, dass dem öffentlichen Auftraggeber uneingeschränkte Wahlfreiheit übertragen wird. Sie müssen die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleisten und mit Spezifikationen einhergehen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten, damit bewertet werden kann, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.“ Auch die Möglichkeit einer Berücksichtigung externer Umweltauswirkungen im Rahmen der Lebenszyklusbetrachtung beschränkt die Richtlinie, indem relativ strenge Anforderungen an die Bezifferung gestellt werden (vgl. Art. 68 RL 2014/24/EU), sodass die praktische Umsetzbarkeit dieses Ansatzes sich erst noch erweisen muss.

Anders als auf der Ebene der Zuschlagskriterien sind hinsichtlich der Stärkung der strategischen Beschaffung durch entsprechende Ausführungsbedingungen keine Neuerungen im Vergleich zur Vorgängerrichtlinie zu verzeichnen. Dem Auftraggeber ist es gemäß Art. 70 RL 2014/24/EU möglich, „besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags fest[zulegen], sofern diese gemäß Art. 67 Abs. 3 RL 2014/24/EU mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und im Aufruf

zum Wettbewerb oder in den Auftragsunterlagen angegeben werden. Diese Bedingungen können wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange umfassen.“ Hierzu rechnet z.B. die Vorgabe eines Mindestlohnes oder von Frauenquoten. „Anders als Zuschlagskriterien, die die Grundlage für eine vergleichende Bewertung der Qualität von Angeboten bilden, sind Bedingungen für die Auftragsausführung festgelegte, objektive Anforderungen, von denen die Bewertung von Angeboten unberührt bleibt“ (Erwägungsgrund 104 UAbs. 1 Satz 2 RL 2014/24/EU). Auch Ausführungsbedingungen haben einen weiten Anwendungsbereich; erfasst sind „alle Faktoren, die mit dem konkreten Prozess der Herstellung, Bereitstellung oder Vermarktung zusammenhängen“ (Erwägungsgrund 104 UAbs. 1 Satz 3 RL 2014/24/EU). Wiederum bestehen rechtliche Grenzen. Erstens das bereits erwähnte Erfordernis eines Bezugs zum Auftragsgegenstand (Art. 70 Satz 1 RL 2014/24/EU) und zweitens das Kriterium der Verhältnismäßigkeit (Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 RL 2014/24/EU). Hinsichtlich letzterem ist es bemerkenswert, dass Erwägungsgrund 98 UAbs. 1 Satz 2 RL 2014/24/EU ausdrücklich auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu vergabespezifischen Mindestlohnvorgaben verweist (Ausführungsbedingungen „sollten ... gemäß der Richtlinie 96/71/EG in der Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Union angewandt werden und sollten nicht in einer Weise ausgewählt oder angewandt werden, durch die Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten oder aus Drittstaaten, die Partei des GPA oder der Freihandelsübereinkommen sind, denen die Union angehört, unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. Demnach sollten Anforderungen hinsichtlich der in der Richtlinie 96/71/EG geregelten grundlegenden Arbeitsbedingungen, wie Mindestlöhne, auf dem Niveau bleiben, das durch einzelstaatliche Rechtsvorschriften oder durch Tarifverträge, die im Einklang mit dem Unionsrecht im Kontext der genannten Richtlinie angewandt werden, festgelegt wurde.“). Das Erfordernis des Auftragsbezugs verbietet, „Anforderungen in Bezug auf eine allgemeine Unternehmenspolitik“ zu stellen (Erwägungsgrund 104 UAbs. 1 Satz 3 RL 2014/24/EU). Problematisch an dieser Einschränkung ist freilich, dass Kriterien, die einen Auftragsbezug aufweisen, Auswirkungen auch jenseits der Ausführung des Auftrags zeitigen können, indem sie etwa Personalentscheidungen fordern, die nicht auf die Auftragsausführung beschränkt werden können (längerfristige Anstellung von Personal). Mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stellt sich die Frage, ob Korrektive angezeigt sind [siehe, bei Belastungen jenseits der Auftragsausführung, Latzel, NZBau 2014, 673 (679 f.)]. Schließlich muss der Umsetzungsgesetzgeber Konsequenzen bei Nichtbeachtung der Ausführungsbedingungen festlegen, etwa durch Kündigungsmöglichkeiten [Art. 73 RL 2014/24/EU stellt lediglich Mindestvorgaben auf; s. auch Grönig, VergabeR 2014, 339 (349)].

Drittens verdient als Randnotiz zu den bereits erörterten Zuschlagskriterien Erwähnung, dass gemäß Art. 67 Abs. 2 UAbs. 1 b) RL 2014/24/EU die Qualität des bei der Auftragsausführung eingesetzten Personals, mithin dessen Organisation, Qualifikation

und Erfahrung nunmehr Zuschlagskriterium sein darf, „wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann“ (näher dazu Petersen, VergabeR 2015, 8). Eignungsrelevante Aspekte sind somit auch Zuschlagskriterium, wobei sich das Innovationspotential der Richtlinie zwischenzeitlich insofern ein wenig minimiert hat, als der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil in der. Rs. Ambisig vom 26.3.2015 (ECLI:EU:C:2015:204) jedenfalls für Fortbildungs- und Beratungsdienstleistungen schon auf Basis der Vorgänger-Richtlinie 2004/18/EG zum selben Ergebnis kam. Auch hier bestehen Grenzen, die bei der Umsetzung zu berücksichtigen sind. Erstens ist gemäß Art. 67 Abs. 4 Satz 2 RL 2014/24/EU der wirksame Wettbewerb zu sichern, weshalb Marktzugangschancen für Neubewerber zu wahren sind. Es darf nicht zu einer vergaberechtlichen Einführung des Prinzips „bekannt und bewährt“ kommen [Summa, NZBau 2012, Satz 729 (736); s. zu diesem Vergabekriterium F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, Satz 94 ff., 126, 556 f.]. Das Erfordernis der Überprüfbarkeit (Art. 67 Abs. 4 Satz 1 f. RL 2014/24/EU) fordert zweitens, dass auch die Einhaltung dieses Zuschlagskriteriums durch die Vertragsgestaltung sichergestellt ist; mithin muss verhindert werden, dass der zum Zuge gekommene Bieter das Personal während der Auftragsdurchführung austauscht (siehe auch Erwägungsgrund 94 Satz 2 RL 2014/24/EU: „Öffentliche Auftraggeber, die von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, sollten mit Hilfe geeigneter vertraglicher Mittel sicherstellen, dass die zur Auftragsausführung eingesetzten Mitarbeiter die angegebenen Qualitätsnormen effektiv erfüllen und dass diese Mitarbeiter nur mit Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers ersetzt werden können, wenn dieser sich davon überzeugt hat, dass das Ersatzpersonal ein gleichwertiges Qualitätsniveau hat.“). Drittens ist es mit Blick auf den Ermessensspielraum des öffentlichen Auftraggebers problematisch, das 25 %-Kriterium des § 4 Abs. 2 Satz 4 VgV als maximale Gewichtung bei der Wertung in das zu reformierende GWB zu übernehmen [s. auch Neun/Otting, EuZW 2014, 446 (451)].

Zum vierten und letzten Punkt, der Frage nach der Möglichkeit von Öffnungsklauseln im GWB zugunsten des Bundes-, vor allem aber der Landesgesetzgeber. Das geltende GWB ist (jedenfalls) seinem Wortlaut und der Gesetzesbegründung nach eher großzügig, indem es pauschal „[a]ndere oder weitergehende Anforderungen“ auf gesetzlicher Grundlage gestattet (§ 97 Abs. 4 Satz 3 GWB). Nach der Gesetzesbegründung soll die Aufstellung „allgemeine[r] Anforderungen an die Unternehmens- oder Geschäftspolitik ohne konkreten Bezug zum Auftrag (z. B. allgemeine Ausbildungsquoten, Quotierungen von Führungspositionen zugunsten der Frauenförderung, generelle Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen) nach wie vor dem Landes- oder Bundesgesetzgeber vorbehalten bleiben“ (BT-Drs. 16/10117, S. 16 f.). Spätestens mit dieser Vergaberechtsreform ist dem ein Ende gesetzt [siehe bereits zuvor F. Wollenschläger, Vergaberecht für öffentliche Aufträge: Begrenzungen, Möglichkeiten und Widersprüche. Landesbericht Deutschland, in: Neergaard/ Jacqueson/Skovgaard Ølykke (Hrsg.), The XXVI FIDE Congress in Copenhagen, Bd. 3: Public Procurement

Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes, 2014, Satz 389 (429)]. Die Richtlinie 2014/24/EU regelt nämlich detailliert, sowohl was die Ebene der Berücksichtigung als auch die Voraussetzungen der Berücksichtigung betrifft, inwieweit strategisch beschafft werden darf und ist damit abschließend. Eine Öffnungsklausel im GWB kann also nur die kompetentielle Bedeutung haben, dass der GWB-Gesetzgeber insoweit von seiner Gesetzgebungskompetenz keinen abschließenden Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG). Sie kann aber nicht den Gesetzgeber von den europarechtlichen Bindungen, wie sie aus dem Sekundär-, aber auch aus dem Primärrecht folgen, freistellen, sodass sich für den Umsetzungsgesetzgeber lediglich die Frage einer Kanalisierung der Landesvergabegesetze stellt.

Die Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien

– Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen Beirats des forum vergabe e.V. –



Statement

Prof. Dr. Michael Kling

Philipps-Universität, Marburg

- Die Vorgaben der Artikel 70, 72 und 73 der klassischen Vergaberichtlinie 2014/24/EU und der entsprechende Umsetzungsbedarf ⁻¹

A. Bedingungen für die Auftragsausführung gemäß Art. 70 VRL

Die Vorschrift regelt besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags. Diese können „wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange umfassen“ (Satz 2).

Kennzeichen:

- Objektive Anforderungen
- Bekanntgabe der Ausführungsbedingungen in der Bekanntmachung (Aufruf zum Wettbewerb) oder den Vergabeunterlagen (Auftragsunterlagen)
- Auftragsbezug, Art. 67 Abs. 3 VRL

In Art. 70 VRL wird insbesondere ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand (vgl. Art. 67 Abs. 3 VRL) gefordert.

¹ Dem entsprechen für die Sektorenrichtlinie 2014/25/EU die Artikel 87 ff. – Die Regelungen über Unteraufträge in Art. RL 2014/24/EU und Art. 88 RL 2014/25/EU wurden aus Gründen der zeitlichen Limitierung des Vortrags auf 10 Minuten nicht berücksichtigt.

Siehe dazu EuGH v. 10. 5. 2012 – Rs. C-368/10, NZBau 2012, 445 – EKO und Max Havelaar:

Der Auftragsbezug bildete in der Vergangenheit eine deutliche rechtliche Grenze für die Verfolgung nichtwirtschaftlicher Ziele im Rahmen der Zuschlagsentscheidung. Der EuGH hat sie in seiner „EKO und MAX HAVELAAR“-Entscheidung allerdings durch die These aufgeweicht, es sei „nicht erforderlich, dass sich ein Zuschlagskriterium auf eine echte innere Eigenschaft eines Erzeugnisses, also ein Element, das materiell Bestandteil von ihm ist, bezieht“. Vor dem Hintergrund steht aus seiner Sicht „einem Zuschlagskriterium, das darauf abstellt, dass ein Erzeugnis fair gehandelt worden ist, nichts entgegen“. Denn dieses Kriterium „betraf ausschließlich die im Rahmen dieses Auftrags zu liefernden Zutaten und hatte keine Auswirkungen auf die allgemeine Einkaufspolitik der Bieter“.²

Art. 67 Abs. 3 VRL lässt es für den Auftragsbezug ausreichen, wenn die genannten Umstände „in irgendeiner Hinsicht“ und „in irgendeinem Lebenszyklus-Stadium“ bestehen, einschließlich dem „Prozess der Herstellung“ und auch dann, „wenn derartige Faktoren sich nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken“. Daher handelt es sich bei den Vorgaben in Art. 67 Abs. 3 VRL um eine deutliche Ausweitung des Auftragsbezugs, durchaus im Geiste der Max Havelaar-Rechtsprechung.

Das mag vordergründig vorteilhaft erscheinen (z.B. weil gewisse sozioethische und umweltbezogene Standards bei der Herstellung oder ggf. auch der späteren Entsorgung Beachtung finden können). Ich sehe hier aber vor allem den Nachteil einer erheblichen Missbrauchsgefahr durch die öffentlichen Auftraggeber.

Art. 70 Satz 2 VRL benennt als mögliche Belange, die als Bedingungen für die Auftragsausführung verlangt werden: wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale und beschäftigungspolitische Belange.

Die Vorschrift bezieht daher neben den unproblematischen ökonomischen und technischen Aspekten sonstige, früher als vergabefremde Aspekte bezeichnete Belange ein. In Ermangelung jeder begrifflicher Begrenzung und hierarchisierender Regelung birgt die Vorschrift erhebliches Missbrauchspotential. Es lässt sich nicht ausschließen, dass soziale Kriterien und Umweltkriterien lediglich „vorgeschoben“ werden, um protektionistische Vergabeentscheidungen zu treffen.

Indem der Richtliniengeber darauf verzichtet, im Normtext auf die Grenzen durch das Unionsprimärrecht hinzuweisen (Stichwort: Beachtung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, Art. 56 und Art. 49 AEUV), werden scheinbar weitergehende

² EuGH v. 10. 5. 2012 – Rs. C-368/10, NZBau 2012, 445 Rn. 90 f.

Handlungsspielräume der öffentlichen Auftraggeber eröffnet als sie von Rechts wegen tatsächlich bestehen. Lediglich Erwägungsgrund 37 (dort Abs. 2) stellt klar:

„Die betreffenden Maßnahmen sollten mit den Grundprinzipien des Unionsrechts im Einklang stehen, insbesondere im Hinblick auf die Gewährleistung der Gleichbehandlung. Sie sollten im Einklang mit der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und in einer Art und Weise angewandt werden, dass die Gleichbehandlung gewährleistet ist und Wirtschaftsteilnehmer und Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten weder direkt noch indirekt diskriminiert werden.“

Ergänzung: Unter dem Stichwort „Design für alle“ werden zudem als technische Spezifikationen gemäß Art. 36 Abs. 1 UAbs. 2 VRL oder als Zuschlagskriterium (!) gemäß Art. 67 Abs. 2 a) VRL die Belange behinderter Menschen berücksichtigt – die RL und die Eckpunkte nennen die „Barrierefreiheit für Menschen mit Behinderungen“ als sozialen Belang. Damit wird die Wertungsentscheidung beim Zuschlag um ein weiteres problematisches Zuschlags(unter)kriterium erweitert.

Als äußere Grenze der Ausführungsbedingungen lässt sich derzeit wohl nur mit Bestimmtheit sagen, dass allgemeine Anforderungen an die Unternehmenspolitik mangels Auftragsbezug nicht zulässig sind. Ein „wie auch immer“ gearteter Auftragsbezug lässt sich in vielen Fällen ohne Schwierigkeiten herstellen, weil der Bezugsrahmen zeitlich wie inhaltlich extrem weit gefasst ist.

B. Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit gemäß Art. 72 VRL

Die Vorschrift betrifft erlaubte Änderungen in Bezug auf bereits geschlossene „Aufträge und Rahmenvereinbarungen“.

Inhalt:

Art. 72 Abs. 1 a) VRL: (Preis-)Überprüfungsklauseln und Optionen

Art. 72 Abs. 1 b) VRL: zusätzliche, nachträglich erforderlich gewordene Bau- oder Dienstleistungen, wenn ein Wechsel des Auftragnehmers

... i) aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen oder

... ii) erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten

für den öffentlichen Auftraggeber verbunden wäre.

Beachte insbesondere Art. 72 Abs. 1 b) ii), 2. Halbsatz VRL:

Danach sind unter bestimmten Voraussetzungen Preiserhöhungen bis 50 % des Wertes des ursprünglichen Auftrags ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens möglich; bei mehreren Änderungen gilt die Beschränkung für den Wert jeder einzelnen Änderung (Grenze: Ziel der Umgehung der VRL).

Art. 72 Abs. 1 c) bis e) VRL enthalten weitere kumulative Voraussetzungen.

Inhalt:

1. Art. 72 Abs. 1 c) VRL:

- fehlende Vorhersehbarkeit
- Wahrung des Gesamtcharakters
- Preiserhöhung beträgt nicht mehr als 50 % (s.o.)

2. Art. 72 Abs. 1 d) VRL = neuer Auftragnehmer ersetzt den ursprünglichen Auftragnehmer

- aufgrund Überprüfungs Klausel oder Option
- aufgrund Unternehmensumstrukturierung
- weil der öffentliche Auftraggeber selbst die Pflichten des Hauptauftragnehmers übernimmt

3. Art. 72 Abs. 1 e) VRL: bei unwesentlichen Änderungen i.S.d. Art. 72 Abs. 4 VRL

4. Kritik

Die umfassenden Vorgaben in Art. 72 Abs. 1 VRL sind – insgesamt besehen – höchst unübersichtlich geregelt und inhaltlich problematisch (insbesondere: eine Vielzahl von „fehleranfälligen“ unbestimmten Rechtsbegriffen). Die Richtlinienvorgaben des Art. 72 VRL sind in technischer Hinsicht nicht leicht umzusetzen. Der Umsetzungsgesetzgeber sollte auf jeden Fall eine in systematischer Hinsicht bessere Gliederung der Umsetzungsnorm anstreben. Ratsam erscheint, den Inhalt auf mehrere Vorschriften zu verteilen.

Abgesehen von einer unnötig komplizierten Regelungstechnik ist die Kombination aus einer Mehrzahl an unbestimmten Rechtsbegriffen („erhebliche Schwierigkeiten“, „wesentliche Änderungen“,³ „keine Umgehung dieser Richtlinie“) und einer mit 50 %

³ Die Konkretisierung des Begriffs „wesentliche Änderungen“ erfolgt in einem umfassenden Positivkatalog gemäß Art. 72 Abs. 4: „Eine Änderung eines Auftrags oder einer Rahmenvereinbarung während seiner beziehungsweise ihrer Laufzeit gilt als wesentlich im Sinne des Absatzes 1 Buchstabe e, wenn sie dazu führt, dass sich der Auftrag oder der Rahmenvereinbarung erheblich von dem ursprünglichen vergebenen Auftrag beziehungsweise der ursprüngliche vergebenen Rahmenvereinbarung unterscheidet. Unbeschadet der Absätze 1 und 2 ist eine Änderung in jedem Fall als wesentlich anzusehen, wenn eine oder mehrere der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

- a) Mit der Änderung werden Bedingungen eingeführt, die, wenn sie für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten hätten, die Zulassung anderer als der ursprünglich ausgewählten Bewerber oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots ermöglicht hätten oder das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätten;
- b) mit der Änderung wird das wirtschaftliche Gleichgewicht des Auftrags oder der Rahmenvereinbarung zugunsten des Auftragnehmers in einer Weise verschoben, die im ursprünglichen Auftrag beziehungsweise der ursprünglichen Rahmenvereinbarung nicht vorgesehen war;
- c) mit der Änderung wird der Umfang des Auftrags oder der Rahmenvereinbarung erheblich ausgeweitet;

sehr hoch angesetzten Schwelle für eine zulässige (ggf. kumulative) Preiserhöhung zu kritisieren. Es handelt sich letztlich um eine Umgehung des zentralen vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzips durch die Vergaberichtlinie selbst. Der in Abs. 1 b) ii) Satz 3 und d) ii) aufgenommene Hinweis, dass die aufeinanderfolgenden Änderungen nicht mit dem Ziel vorgenommen werden dürfen, „diese Richtlinie zu umgehen“, wirkt wie ein „Feigenblatt“. Die Umgehungsmöglichkeiten liegen auf der Hand. Positiv formuliert erhalten die öffentlichen Auftraggeber durch Art. 72 VRL ein hohes Maß an „Flexibilität“ und Ermessen nach erfolgter Auftragsvergabe.

5. Art. 72 Abs. 2 UAbs. 2 VRL: De-minimis-Regel (10 % bei Liefer- und Dienstleistungsaufträge bzw. 15 % bei Bauaufträgen)

Aufträge können auch ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens im Einklang mit dieser Richtlinie geändert werden, ohne dass überprüft werden muss, ob die in Absatz 4 Buchstaben a) bis d) genannten Bedingungen erfüllt sind, wenn der Wert der Änderung die beiden folgenden Werte nicht übersteigt:

10 % des ursprünglichen Auftragswerts bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und

15 % des ursprünglichen Auftragswerts bei Bauaufträgen.

Für eine De-minimis-Regel sind diese Werte relativ hoch angesetzt.

Die Umsetzung ist erforderlich.

C. Kündigungspflicht hinsichtlich vergaberechtswidrig geschlossener Verträge gemäß Art. 73 VRL

Art. 73 VRL betrifft u.a. die Kündigung von Aufträgen bei wesentlichen Vertragsänderungen sowie bei schweren Verletzungen des Vertrags oder RL, die vom EuGH festgestellt wurden.

I. Inhalt:

Art. 73 a) RL: wesentliche Vertragsänderungen, die gemäß Art. 72 RL ein neues Vergabeverfahren erforderlich gemacht hätten

Art. 73 b) RL: Vorliegen eines zwingenden Ausschlussgrundes gemäß Art. 57 Abs. 1 RL

Art. 73 c) RL: schwere Verletzungen der Vorgaben aus den Verträgen (EUV/AEUV) und der VergabeRL, die vom Gerichtshof gemäß Art. 258 AEUV festgestellt wurden, so dass der Auftrag nicht an den Auftragnehmer hätte vergeben werden dürfen.

d) ein neuer Auftragnehmer ersetzt den Auftragnehmer, an den der öffentliche Auftraggeber den Auftrag ursprünglich vergeben hatte, in anderen als den in Absatz 1 Buchstabe d vorgesehenen Fällen.“

II. Die Rechtsprechung zur Kündigungspflicht (Auswahl):

Nach der EuGH-Rechtsprechung besteht eine europarechtlich gebotene Kündigungspflicht vergaberechtswidrig geschlossener Verträge (die ausschließlich für die Zukunft wirkt). Grund ist das Effektivitätsprinzip des Unionsrechts.

1. EuGH vom 18.7.2007 – Rs. C-503/04, Slg. 2007, I-6153 (NZBau 2007, 594 – Kommission/Deutschland = Abfallentsorgung Braunschweig II)

Leitsatz:

Die Bundesrepublik Deutschland hat gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 228 EG verstoßen, indem sie bei Ablauf der von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften gemäß dieser Vorschrift in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist nicht die Maßnahmen ergriffen hat, die sich aus dem Urteil vom 10.4.2003 (NZBau 2003, 393 – „Kommission/Deutschland“) in Bezug auf die Vergabe eines Müllentsorgungsvertrags durch die Stadt Braunschweig (Deutschland) ergeben.

Aus den Gründen:

26. Die Bundesrepublik Deutschland verweist auf den in der Mitteilung der Bundesregierung vom 23.12.2003 dargelegten Standpunkt, dass eine Kündigung der von dem genannten Urteil betroffenen Verträge nicht erforderlich gewesen sei und die in dieser Mitteilung angeführten Maßnahmen ausreichten, um dem Urteil nachzukommen.
27. Dazu ist zu bemerken, dass die Stadt Braunschweig und die Braunschweigischen Kohlebergwerke – wie sich aus Rdnr. 12 des Urteils vom 10.4.2003 (...) ergibt – einen Vertrag geschlossen hatten, wonach Letzteren ab Juni/Juli 1999 für die Dauer von 30 Jahren Restabfall zur thermischen Behandlung zur Verfügung gestellt werden sollte.
28. Die von der deutschen Regierung in ihrer Mitteilung vom 23.12.2003 angeführten Maßnahmen waren, wie die Generalanwältin in Nr. 72 ihrer Schlussanträge bemerkt, ausschließlich darauf angelegt, den Abschluss neuer Verträge zu verhindern, die ähnliche Vertragsverstöße dargestellt hätten wie die, die im genannten Urteil festgestellt wurden. Sie haben jedoch nicht verhindert, dass der von der Stadt Braunschweig geschlossene Vertrag über den 1.6.2004 hinaus weiterhin voll seine Wirkungen entfaltet.
29. Da dieser Vertrag nicht zum 1.6.2004 gekündigt worden war, bestand die Vertragsverletzung zu diesem Zeitpunkt noch weiter. Die durch die Missachtung der Richtlinie 92/50/EWG erfolgte Beeinträchtigung des freien Dienstleistungsverkehrs dauert nämlich während der gesamten Dauer der Erfüllung der unter Verstoß gegen diese Richtlinie geschlossenen Verträge fort (...). Außerdem hätte

die Vertragsverletzung zum genannten Zeitpunkt angesichts der vorgesehenen langen Dauer des fraglichen Vertrags noch jahrzehntelang fortwähren können.

30. Nach alledem kann in einer Situation wie hier nicht davon die Rede sein, dass die Bundesrepublik Deutschland in Bezug auf den von der Stadt Braunschweig geschlossenen Vertrag am 1.6.2004 die sich aus dem Urteil vom 10.4.2003 (...) ergebenden Maßnahmen ergriffen hatte.
31. Die Bundesrepublik Deutschland trägt jedoch mit Unterstützung der Französischen Republik, des Königreichs der Niederlande und der Republik Finnland vor, dass Art. 2 VI Unterabs. II der Richtlinie 89/665/EWG – wonach ein Mitgliedstaat in seinen Rechtsvorschriften vorsehen könne, dass nach dem Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagserteilung die Erhebung einer Klage nur zur Gewährung von Schadensersatz führen könne, so dass jede Möglichkeit, diesen Vertrag zu kündigen, ausgeschlossen sei – dagegen spreche, dass die Feststellung einer Vertragsverletzung nach Art. 226 EG bei einem solchen Vertrag zu der Verpflichtung führe, diesen zu kündigen. Dagegen sprechen nach Ansicht der genannten Mitgliedstaaten auch die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes, der Grundsatz *pacta sunt servanda*, das Grundrecht auf Eigentum, Art. 295 EG und die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur zeitlichen Beschränkung der Wirkungen eines Urteils.
32. Diesem Vorbringen kann jedoch nicht gefolgt werden.
33. Erstens hat der Gerichtshof bereits zu Art. 2 VI Unterabs. II der Richtlinie 89/665/EWG festgestellt, dass diese Bestimmung den Mitgliedstaaten zwar erlaubt, die Wirkungen der unter Verstoß gegen die Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge geschlossenen Verträge aufrechtzuerhalten, und somit das berechnete Vertrauen der Vertragspartner schützt, sie jedoch nicht, ohne die Tragweite der die Schaffung des Binnenmarkts betreffenden Bestimmungen des EG-Vertrags zu beschränken, dazu führen kann, dass das Verhalten des Auftraggebers gegenüber Dritten nach Abschluss dieser Verträge als gemeinschaftsrechtskonform anzusehen ist (NZBau 2003, 393).
34. Wenn Art. 2 VI Unterabs. II der Richtlinie 89/665/EWG die Anwendung von Art. 226 EG unberührt lässt, so gilt das auch für Art. 228 EG, weil sonst in einem Fall wie dem vorliegenden die Tragweite der die Schaffung des Binnenmarkts betreffenden Bestimmungen des Vertrags beschränkt würde.
35. Außerdem betrifft Art. 2 VI Unterabs. II der Richtlinie 89/665/EWG – die sicherstellen soll, dass in allen Mitgliedstaaten bei Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die nationalen Vorschriften, die in Umsetzung dieses Rechts ergangen sind, Möglichkeiten einer wirksamen und raschen Nachprüfung bestehen, um die tatsächliche Anwendung der Richtlinien über die Koordinierung der Verfahren zur

Vergabe öffentlicher Aufträge zu gewährleisten (Slg. 2002, I-11617 = NZBau 2003, 162 Rdnr. 71 – „Universale-Bau u.a.“) – seinem Wortlaut nach den Ersatz des Schadens, den eine Person durch einen Rechtsverstoß eines öffentlichen Auftraggebers erlitten hat. Diese Vorschrift ist wegen ihres spezifischen Charakters nicht so zu verstehen, dass sie auch die Beziehungen zwischen einem Mitgliedstaat und der Gemeinschaft, um die es in den Art. 226 und 228 EG geht, regelt.

36. Zweitens ist zu den Grundsätzen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes sowie dem Grundsatz pacta sunt servanda und dem Grundrecht auf Eigentum zu bemerken, dass sich ein Mitgliedstaat – wenn diese Grundsätze und dieses Grundrecht auch dem öffentlichen Auftraggeber gegenüber von dessen Vertragspartner bei einer Kündigung des Vertrags geltend gemacht werden können – keinesfalls auf diese Möglichkeit berufen kann, um die Nichtdurchführung eines eine Vertragsverletzung nach Art. 226 EG feststellenden Urteils zu rechtfertigen und sich dadurch seiner gemeinschaftsrechtlichen Verantwortung zu entziehen (vgl. entsprechend Slg. 2007, I-M 2749 = EuZW 2007, 480 Rdnr. 72 – „AGM-COS.MET“).
37. Drittens ist in Bezug auf Art. 295 EG – „Dieser Vertrag lässt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt“ – daran zu erinnern, dass dieser Artikel nicht dazu führt, dass die in den Mitgliedstaaten bestehende Eigentumsordnung den Grundprinzipien des Vertrags entzogen ist (Slg. 2003, I-4581 = NJW 2003, 2663 = EuZW 2003, 529 Rdnr. 67 – „Kommission/Spanien“ und die dort angeführte Rechtsprechung). Die Besonderheiten einer in einem Mitgliedstaat bestehenden Eigentumsregelung können also das Fortbestehen einer Vertragsverletzung in Form einer der Richtlinie 92/50/EWG zuwiderlaufenden Beeinträchtigung des freien Dienstleistungsverkehrs nicht rechtfertigen.
38. Im Übrigen kann sich ein Mitgliedstaat nicht auf Bestimmungen, Übungen oder Umstände seiner internen Rechtsordnung berufen, um die Nichteinhaltung der aus dem Gemeinschaftsrecht folgenden Verpflichtungen zu rechtfertigen (EuZW 2006, 597 – „Kommission/Italien“ und die dort angeführte Rechtsprechung).
39. Viertens genügt es in Bezug auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur zeitlichen Beschränkung der Wirkungen eines Urteils festzustellen, dass diese Beschränkung auf keinen Fall die Nichtdurchführung eines eine Vertragsverletzung nach Art. 226 EG feststellenden Urteils rechtfertigt. [597]
40. Hinsichtlich des von der Stadt Braunschweig geschlossenen Vertrags ist zwar festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland am 1.6.2004 nicht die Maßnahmen ergriffen hatte, die sich aus dem Urteil vom 10.4.2003 (NZBau 2003, 393) ergeben, jedoch gilt diese Feststellung für den Zeitpunkt der Prüfung des Sachverhalts durch den Gerichtshof nicht mehr. Daraus folgt, dass die

Verhängung eines Zwangsgelds, die die Kommission im Übrigen nicht mehr beantragt, nicht gerechtfertigt wäre.

41. Außerdem ist es unter den Umständen des vorliegenden Falls nicht erforderlich, die Zahlung eines Pauschalbetrags aufzuerlegen.
42. Daher ist festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 228 EG verstoßen hat, indem sie bei Ablauf der von der Kommission gemäß dieser Vorschrift in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist nicht die Maßnahmen ergriffen hat, die sich aus dem Urteil vom 10.4.2003 (...) in Bezug auf die Vergabe eines Müllentsorgungsvertrags durch die Stadt Braunschweig ergeben.

2. BFH v. 28.4.2008 – VII B 152/07, BFH/NV 2008, 1541 (juris):

Kernaussage des Urteils: Das Interesse an einer sofortigen und einheitlichen Anwendung des Unionsrechts verlangt bei einer sich aus einem EuGH-Urteil ergebenden Vertragsverletzung, dass die Durchführung der erforderlichen Maßnahmen sofort in Angriff genommen werden und innerhalb kürzestmöglicher Frist abgeschlossen sein muss (vgl. EuGH-Urteil vom 4.7.2000 – Rs. C-387/97, Slg. 2000, I-5047 Rn. 82)⁴. Diese Verpflichtung gilt sowohl für die Verwaltung als auch für die Gerichte.

Siehe BFH, a.a.O., Rn. 8:

Aus den Gründen:

„Zwar gibt Art. 228 Abs. 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG)⁵ keine Frist an, innerhalb derer ein Mitgliedstaat die sich aus einem Urteil des EuGH ergebenden Maßnahmen zu ergreifen hat, doch hat der EuGH wiederholt darauf hingewiesen, dass das Interesse an einer sofortigen und einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts verlangt, dass die Durchführung der erforderlichen Maßnahmen sofort in Angriff genommen werden und innerhalb kürzestmöglicher Frist abgeschlossen sein muss (EuGH-Urteil vom 4. Juli 2000 Rs. C-387/97, EuGHE 2000, I-5047 Rz 82, m.w.N.). Diese Verpflichtung gilt sowohl für die Verwaltung als auch für die Gerichte. Selbst auf die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes sowie den Grundsatz "pacta sunt servanda" kann sich ein Mitgliedstaat nicht berufen, um die Nichtbefolgung eines eine Vertragsverletzung nach Art. 226 EG feststellenden Urteils zu rechtfertigen und sich dadurch seiner gemein-

⁴ Die zitierte Stelle (Rn. 82) in dem EuGH-Urteil von 2000 lautet: „Artikel 171 EG-Vertrag gibt keine Frist an, innerhalb deren ein Urteil durchgeführt sein muß. Nach ständiger Rechtsprechung verlangt jedoch das Interesse an einer sofortigen und einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts, daß diese Durchführung sofort in Angriff genommen werden und innerhalb kürzestmöglicher Frist abgeschlossen sein muß (Urteile vom 6. November 1985 in der Rechtssache 131/84, Kommission/Italien, Slg. 1985, 3531, Randnr. 7, vom 13. Juli 1988 in der Rechtssache 169/87, Kommission/Frankreich, Slg. 1988, 4093, Randnr. 14, und vom 7. März 1996, Kommission/Frankreich, Randnr. 31).“

⁵ Dem entspricht für den Rechtsstand nach der Lissaboner Vertragsreform Art. 258 Abs. 1 AEUV.

schaftsrechtlichen Verantwortung zu entziehen (EuGH-Urteil vom 18. Juli 2007 Rs. C-503/04, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht --ZIP-- 2008, 474). Auch kann sich ein Mitgliedstaat nicht auf Bestimmungen, Übungen oder Umstände seiner internen Rechtsordnung, wie etwa rechtliche Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der geforderten Maßnahmen, berufen, um die Nichteinhaltung der aus dem EuGH-Urteil folgenden Verpflichtung zu rechtfertigen (EuGH-Urteil in ZIP 2008, 474, m.w.N.). Daher ist ein unverzügliches Handeln geboten, will der verurteilte Mitgliedstaat die Verhängung eines Zwangsgeldes, das ein beträchtliches Ausmaß annehmen kann, verhindern (vgl. hierzu zuletzt EuGH-Urteil vom 10. Januar 2008 Rs. C-70/06, noch nicht veröffentlicht).“

3. Umsetzungsbedarf?

Fraglich ist der Umsetzungsbedarf des Art. 73 VRL. Die Richtlinien machen hierzu keine besonderen Vorgaben. Nach meiner Einschätzung ist eine Regelung zur Kündigungspflicht – entsprechend der *acte clair*-Doktrin des EuGH und zur Wahrung des unionsrechtlichen Effektivitätsprinzips – zwingend geboten, um Eindeutigkeit herzustellen. Eine „Umsetzung durch Übernahme der EuGH-Rechtsprechung“ seitens der nationalen Gerichte und Vergabekammern genügt generell nicht. Auch ein – denkbarer – Verweis darauf, dass der Inhalt des Art. 73 VRL nicht neu sei, sondern dem gegenwärtigen Stand des deutschen Vergaberechts bereits entspreche, rechtfertigt keinen Verzicht auf eine ausdrückliche Regelung.

Ein Mitgliedstaat der EU kann sich zur Rechtfertigung der Nichtumsetzung einer Richtlinie außerdem nicht darauf berufen, die unterlassene Umsetzung habe dem Funktionieren des Binnenmarktes oder der Richtlinie nicht geschadet (EuGH v. 08.12.1997 – Rs. C-263/96, Slg. 1997, I-7453 = EuZW 1998, 166).

Die Leitsätze der zitierten EuGH-Entscheidung lauten:

- „1. Eine nationale Rechtsordnung, die keine materielle Vorschrift zur Umsetzung einer Richtlinie enthält, sondern nur eine Behörde ermächtigt, die erforderlichen materiellen Vorschriften zu einem späteren Zeitpunkt zu erlassen, bewirkt keine umfassende und präzise Umsetzung der Richtlinie.
2. Ein Mitgliedstaat kann sich weder auf seine interne Rechtsordnung noch auf eine unterbliebene Durchführung der Richtlinie auf Gemeinschaftsebene oder darauf berufen, die unterbliebene Umsetzung der Richtlinie habe das Funktionieren des Binnenmarktes nicht geschädigt, um die Nichteinhaltung der in einer Richtlinie festgelegten Verpflichtungen und Fristen zu rechtfertigen.“

Diese Rechtsprechung wurde bestätigt durch EuGH v. 5.3.1998 – Rs. C-175/97, Slg. 1998, I-963. Der Leitsatz der Entscheidung lautet:

„Ein Mitgliedstaat kann sich zur Rechtfertigung der Nichtbeachtung der in einer Richtlinie vorgesehenen Verpflichtungen und Fristen weder auf die Befürchtung allein,

es könne zu internen Schwierigkeiten kommen, noch darauf berufen, dass das Fehlen von Maßnahmen zur Umsetzung der Richtlinie den anderen Mitgliedstaaten keinen Schaden verursacht hat.“

Vor diesem Hintergrund sollte der nationale Gesetzgeber die Kündigungspflicht regeln. Das sich dabei besondere Probleme stellen, liegt auf der Hand. Während z.B. die Kündigung eines rechtswidrig vergebenen Dienstleistungsauftrags über Reinigungsleistungen ohne Weiteres auch aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers „tragbar“ erscheint, dürften die Folgen bei Bauaufträgen, die bereits begonnen wurden, als gravierend eingeschätzt werden, ohne dass man in Art. 73 VRL eine Rechtsgrundlage für eine Differenzierung nach Auftragsarten vorfindet. Anders gewendet: Aus dem Blickwinkel des Unionsrechts betrachtet ist ein vergaberechtswidrig vergebenen Bauauftrag nicht „weniger schlimm“ als ein vergaberechtswidrig vergebenen Dienstleistungsauftrag. Derzeit ist offen, ob aus dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit Einschränkungen des Effektivitätsprinzips und somit der Kündigungspflicht entnommen werden können. Ich neige dazu, dies zu verneinen, weil der Begriff der „schweren Verletzung“ in Art. 73 c) RL objektiv zu verstehen ist und die „Befindlichkeiten“ des öffentlichen Auftraggebers nicht in den Blick nimmt.

Die Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien

– Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen Beirats des forum vergabe e.V. –



Statement

Prof. Martin Trybus, LL.M., Ph.D.

Universität Birmingham

Stand der Umsetzung in Großbritannien

Für die Landesteile England, Wales und Nordirland ist die Richtlinie 2014/24/EU mit den Public Contracts Regulations 2015, die am 26 Februar 2015 in Kraft getreten sind, bereits formal vollständig umgesetzt. Der Grund für diese frühe Umsetzung, bei einer Deadline im April 2016 mehr als ein Jahr früher als rechtlich gefordert, ist eine generell positive Haltung der Regierung Großbritanniens zu den Reformen, weil es die Bereiche mit den meisten Beschaffungen dereguliert und vereinfacht“. Vertreter des zuständigen Cabinet Office (etwa dem deutschen Bundeskanzleramt vergleichbar) haben wiederholt unterstrichen, dass sie in den Verhandlungen auf EU Ebene ihre Ziele weitgehend durchsetzen konnten. Demgegenüber gibt es zur Richtlinie 2014/25/EU bisher keinen Entwurf und auch bezüglich der Umsetzung der Richtlinie 2014/23/EU liegt bisher nicht einmal ein Entwurf vor. Genausowenig liegen für Schottland, welches wie 2006 separat umsetzen wird, bisher noch keine Entwürfe vor. Allerdings ist die Umsetzung für Schottland trotzdem schon für Ende 2015 angekündigt.

Britische Umsetzungsprinzipien

Die Britischen Umsetzungsprinzipien sind in der Transposition Guidance: How to implement European Directives effectively, herausgegeben von der Regierung Ihrer

Majestät im April 2013, festgelegt und erläutert. Sie erklären zumindest teilweise, wie eine so schnelle Umsetzung einer so komplexen Richtlinie überhaupt möglich ist. Diese Prinzipien umfassen (1) das Prinzip der minimalen Umsetzung, (2) das Prinzip der Regulierungsvermeidung, (3) das Prinzip der Wettbewerbsfähigkeit der britischen Wirtschaft, (4) das Kopierprinzip (copy-out), (5) das Prinzip der späten aber pünktlichen Umsetzung, und (6) das Prinzip der ministerialen Überprüfung. Die meisten dieser Umsetzungsprinzipien sind bei der Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU in den Public Contracts Regulations 2015 zur Anwendung gekommen. Dies kann man am Beispiel der Umsetzung der neuen Regel zur Unterteilung von Aufträgen in Lose in Artikel 46 Richtlinie 2014/24/EU in Regulation 46 Public Contracts Regulations 2015, dessen Text hier exemplarisch wiedergegeben ist, klar verfolgen (nicht umgesetzte Teile der Vorschrift sind ausgestrichen):

„Regulation 46

Unterteilung von Aufträgen in Lose

(1) Die öffentlichen Auftraggeber können einen Auftrag in Form mehrerer Lose vergeben sowie Größe und Gegenstand der Lose bestimmen.

~~[2] Außer bei Aufträgen, deren Aufteilung gemäß Absatz 4 des vorliegenden Artikels verbindlich vorgeschrieben worden ist, geben~~ *[D]ie öffentlichen Auftraggeber [geben] die wichtigsten Gründe für ihre Entscheidung an, keine Unterteilung in Lose vorzunehmen; diese Begründung wird in die Auftragsunterlagen oder den Vergabevermerk nach Artikel [Regulation] 84[1] aufgenommen.*

[3]/(2) Die öffentlichen Auftraggeber geben in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung an, ob Angebote nur für ein Los oder für mehrere oder alle Lose eingereicht werden können.

[4] Die öffentlichen Auftraggeber können, auch wenn Angebote für mehrere oder alle Lose eingereicht werden dürfen, die Zahl der Lose beschränken, für die ein einzelner Bieter einen Zuschlag erhalten kann, sofern die Höchstzahl der Lose pro Bieter in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung angegeben wurde.

[5] Die öffentlichen Auftraggeber geben die objektiven und nichtdiskriminierenden Kriterien oder Regeln in den Auftragsunterlagen an, die sie bei der Vergabe von Losen anzuwenden gedenken, wenn die Anwendung der Zuschlagskriterien dazu führen würde, dass ein einzelner Bieter den Zuschlag für eine größere Zahl von Losen als die Höchstzahl erhält.

[6]/(3) Die Mitgliedstaaten können bestimmen, dass in Fällen, in denen ein einziger Bieter den Zuschlag für mehr als ein Los erhalten kann, die öffentlichen Auftraggeber Aufträge über mehrere oder alle Lose vergeben können, wenn sie in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung

angegeben haben, dass sie sich diese Möglichkeit vorbehalten und die Lose oder Losgruppen angeben, die kombiniert werden können.

~~(4) Die Mitgliedstaaten können Absatz 1 Unterabsatz 2 umsetzen, indem sie die Vergabe von Aufträgen in Form von getrennten Losen unter Bedingungen vorschreiben, die gemäß ihren nationalen Rechtsvorschriften und unter Beachtung des Unionsrechts zu bestimmen sind. In diesem Fall finden Absatz 2 Unterabsatz 1 und – gegebenenfalls – Absatz 3 Anwendung.“~~

Das Prinzip der minimalen Umsetzung ist bereits dadurch klar eingehalten, dass die rechtlich verbindliche und einklagbare Regulation 46 mit keinem Wort über den Text von Artikel 46 der Richtlinie 2014/24/EU hinausgeht. Der nationale britische Gesetzgeber hat lediglich durch eine stärkere Unterteilung der Vorschrift in zahlreichere Paragraphen ein wenig Ordnung in den Text gebracht. Damit wurde auch dem Prinzip der Regulierungsvermeidung Rechnung getragen. Nur der zwingend umzusetzende Text von Artikel 46 Richtlinie 2014/24/EU ist Teil der Public Contracts Regulations 2015, die nicht-zwingende Möglichkeit, die Unterteilung in Lose den Vergabestellen durch Gesetz vorzuschreiben, wurde nicht umgesetzt und konsequenterweise natürlich auch nicht in den Text von Regulation 46 übernommen. Die Beachtung des Prinzips der Wettbewerbsfähigkeit der britischen Wirtschaft lässt sich der Regulation 46 nicht entnehmen, wohl aber die Beachtung des Kopierprinzips (copy-out). Der zwingend umzusetzende Text von Artikel 46 der Richtlinie 2014/24/EU ist Wort für Wort in den Text der Regulation 46 Public Contracts Regulations 2015 übernommen – kopiert – worden. Selbst die ‚Hausnummer‘ der Vorschrift in der Richtlinie entspricht der der Regulations. Der erste Aspekt des Prinzips der späten aber pünktlichen Umsetzung ist freilich mit der Umsetzung im März 2015, ein Jahr vor der Deadline für die Umsetzung im April 2016, nicht beachtet worden. Allerdings lässt das Prinzip hier Ausnahmen zu, insbesondere wenn das den besonderen nationalen Interessen Großbritanniens förderlich ist. Dies ist laut Cabinet Office, der für England, Wales, und Nordirland zuständigen EU-Vergaberechtsumsetzungsbehörde, wegen der stark deregulierenden und vereinfachenden Wirkung von Richtlinie 2014/24/EU gegeben. Eine frühe Umsetzung ist natürlich auch pünktlich, womit dem zweiten Aspekt des Prinzips der späten aber pünktlichen Umsetzung Rechnung getragen wurde. Dem Prinzip der ministerialen Überprüfung wird mit einer Vorschrift am Ende der Public Contracts Regulations 2015 Rechnung getragen.

Ein weiteres Beispiel für die Umsetzungsprinzipien von Regulierungsvermeidung und minimaler Umsetzung findet sich in der Umsetzung der Option direkte Zahlungen an Subunternehmer vorzuschreiben, in Artikel 71 (1) Richtlinie 2014/24/EU. Hier erfolgte keine Umsetzung in den Public Contracts Regulations 2015 selbst, was einer minimalen Umsetzung entspricht. Allerdings sieht Regulation 113 Public Contracts Regulations 2015 eine Pflicht der Abwicklung in Rechnung gestellter Zahlungen innerhalb von 30 Tagen für Vergabestellen und Hauptunternehmer vor.

Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE)

Herausforderung an die vergaberechtliche Praxis

Moderation und Einführung



Dr. Susanne Mertens, LL.M.

Baker & McKenzie, Berlin

Mit der Einführung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) steht die Vergabepaxis sowohl auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber als auch auf Seiten der Unternehmer vor einer deutlichen Neuerung im Rahmen der diesmaligen Vergabereform. Gleichzeitig haben wir im Rahmen der vormittäglichen Diskussion schon gehört, dass der Beschaffungsbereich Bau mit dem in der Praxis gut eingeführten Formblatt 124 aus dem Vergabehandbuch des Bundes (VHB) und der PQ Bau bereits jetzt ein praxistaugliches System nutzt, das auch mit der Einführung der EEE keinen weitreichenden Änderungen unterfallen muss.

In den Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU wird erstmals als vorläufiger Eignungsnachweis die EEE eingeführt. Art. 59 RL 2014/24/EU sieht vor, dass öffentliche Auftraggeber die EEE anstelle von Bescheinigungen von Behörden oder Dritten „akzeptieren“.

Der bereits erarbeitete Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) wird erwartungsgemäß dazu nicht ausführen, denn die Einführung der EEE wird durch ein ausschließlich elektronisches Standardformular erfolgen, das die Europäische Kommission im Wege von Durchführungsrechtsakten gem. Art. 59 Abs. 2 RL 2014/24/EU festlegt. Das Standardformular soll die jeweiligen Anforderungen für den konkreten Auftrag transparent machen und muss, einmal ausgefüllt, von

öffentlichen Auftraggebern als aktualisierte Eigenerklärung zum vorläufigen Nachweis dafür akzeptiert werden, dass die vergabeindividuellen Eignungskriterien erfüllt werden, kein Ausschlussgrund vorliegt und gegebenenfalls die Kriterien zur Reduzierung der Bewerberzahl im Teilnahmewettbewerb erfüllt werden – Art. 59 RL 2014/24/EU.

Einen ersten 23-seitigen Entwurf legte die Kommission am 23.12.2014 vor. Nicht nur aufgrund der Länge, sondern auch die inhaltliche Gestaltung und der in der Einleitung postulierte, verpflichtende Verwendungsansatz führten zu vielfältiger Kritik. Unmittelbar vor den diesjährigen forum Vergabe Gesprächen liegt nicht nur eine „light-Version“ als neuer Vorschlag auf dem Tisch. Aus den Niederlanden belebt ein schlanker 11-seitiger Alternativvorschlag die Diskussion.

Inwieweit hierzu ein Standardformular tatsächlich einen praxistauglichen Ansatz für die Bandbreite der abzuwickelnden Vergaben bildet, soll in der nächsten guten Stunde durch die Mitglieder dieser Podiumsdiskussion hinterfragt werden. Um die Bandbreite der für die Praxis relevanten Fragestellungen umfassend abzubilden, haben die Diskutanten ihre einleitenden Statements jeweils einem Schwerpunkt gewidmet.

Herr Dr. Prieß wird zunächst einen kritischen Blick auf die offenen Fragen der materiellen Eignungsprüfung und der ebenfalls über die EEE abzuwickelnden Reduzierung der Bewerber im Teilnahmewettbewerb werfen.

Frau Theurer beleuchtet daraufhin das in der Praxis und auch bereits im Rahmen der heutigen Gespräche intensiv diskutierte Verhältnis zwischen den bekannten und im hiesigen Markt bewährten Präqualifizierungssystemen (PQ-Bau und PQ-VOL) und der EEE.



Im Anschluss daran freue ich mich auf die Ausführungen von Herrn Dr. Pauka, der die Einführung der EEE mal von der ganz praktischen Seite einer Vergabestelle her betrachtet. Nach dem Willen der Richtlinienbestimmung fordert der Auftraggeber jedenfalls den Bieter auf, an den er den Auftrag vergeben will, aktualisierte zusätzliche Unterlagen zum Nachweis der Eignungs- und Ausschlusskriterien und ggf. zu Qualitätssicherung und Umweltmanagement, vorzulegen und bei Bedarf zu erläutern. Daneben ist das neue System auf Nachhaltigkeit bedacht: Sofern die in einer EEE enthaltenen Angaben noch aktuell und bei einem anderen Auftrag relevant sind, kann das Formular wiederverwendet werden (vgl. Art. 59 Abs. 1 UAbs. 5 RL 2014/24/EU). Herr Dr. Pauka wird sich der Beantwortung der Frage widmen, ob sich der durch die Verlagerung der Eignungsprüfung auf den Zeitpunkt vor Auftragserteilung und der aufzubauende Prozess in Bezug auf den zu erwartenden Zeit- und Archivierungsaufwand für die Auftraggeber tatsächlich – wie in den Erwägungsgründen angeführt – „in Grenzen hält“.

Die Aktualität unseres Themas unterstreichend bedanken wir uns bei Herrn Dr. Fülling vom BMWi, der sich bereit erklärt hat, kurz über den Jetzt-Stand der Verhandlungen mit der EU-Kommission zum Verordnungsentwurf zu berichten.

Ich darf nun zunächst die Podiumsteilnehmer bitten, mit Ihren Statements zu beginnen.

Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE)

Herausforderung an die vergaberechtliche Praxis

Statement



Dr. Hans-Joachim Prieß, LL.M.

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Berlin

Für eine sinnvolle Diskussion über die Einheitliche Europäische Eigenerklärung, kurz: EEE, ist zunächst ihr Sinn und Zweck in den Blick zu nehmen. Die EEE soll dazu dienen, sowohl öffentliche Auftraggeber als auch Bieter und Bewerber zu entlasten, indem sie das Vergabeverfahren entbürokratisiert. Wie die Richtlinie 2014/24/EU in Erwägungsgrund 84 erwähnt, ist eines der Haupthindernisse für die Beteiligung vieler Wirtschaftsteilnehmer, vor allem kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU), der enorme Verwaltungsaufwand im öffentlichen Vergabeverfahren. Insbesondere sind zahlreiche verschiedene Nachweise dafür zu erbringen, dass der Wirtschaftsteilnehmer den Anforderungen der Artikel 57, 58 und 65 der besagten Richtlinie genügt. Artikel 59 der Richtlinie will an deren Stelle die EEE setzen und so das Vergabeverfahren vereinfachen.

Die Einführung der EEE ist folglich jedenfalls gut gemeint – aber ist sie auch gut gemacht? Für einen deutschen Wirtschaftsteilnehmer, der sich in Deutschland um einen öffentlichen Auftrag bewirbt, ist es gegenwärtig nur eine Kleinigkeit, mit einer bloßen Unterschrift auf einem Formular die Erklärung abzugeben, dass keine Ausschlussgründe vorliegen. Doch sobald Vergabestelle und Wirtschaftsteilnehmer in unterschiedlichen Mitgliedstaaten ansässig sind, beginnen die Schwierigkeiten: Was genügt dem Begriff „Urteil“ im Sinne der Richtlinie? Ist ein Strafbefehl ausreichend? Wenn nicht, ist ein patteggiamento eher Urteil oder Strafbefehl? So nobel sein Zweck

auch sein mag, so fraglich ist doch, ob der neue Kommissionsentwurf seiner Aufgabe in der Praxis gerecht wird.

Meines Erachtens ist der neue Kommissionsentwurf für EEE viel zu umfangreich und unverständlich. Zwar ist er gegenüber dem alten Entwurf vereinfacht worden, doch fordert er den Bieter und Bewerber im Vergleich zur gegenwärtigen Praxis in Deutschland immer noch weit mehr ab als gegenwärtig nötig ist und wird daher dem oben beschriebenen Ziel einer Entbürokratisierung nicht gerecht. Denn jedenfalls im VOL-Bereich wird hierzulande bereits weitgehend mit Eigenerklärungen gearbeitet, in denen Bieter das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen und das Vorliegen der Eignungskriterien erklären. Mit Blick auf die Ausschlussgründe wäre also eine kurze Inbezugnahme der entsprechenden Tatbestände ausreichend, verbunden mit der Bestätigung des Bieters, dass keiner der Ausschlussgründe vorliegt. Zudem würde hinsichtlich der materiellen Eignungskriterien ein Verweis auf die Auftragsbekanntmachung und / oder die in den Vergabeunterlagen genannten Eignungskriterien genügen, ebenfalls verbunden mit der Bestätigung des Bieters, diese zu erfüllen. Das entspräche auch dem Wortlaut von Art. 59 Abs. 1 UAbs. 3 der Richtlinie („dass der jeweilige Ausschlussgrund nicht vorliegt und / oder dass das jeweilige Auswahlkriterium erfüllt ist“).

Die Kommission begründet die umfangreichere Abfrage u.a. damit, der öffentliche Auftraggeber müsse z.B. bei den fakultativen Ausschlussgründen eine informierte Entscheidung treffen können. Das jedoch kann der neue Entwurf, der lediglich auf Ja/Nein-Antworten abstellt, ohnehin nicht leisten. Deutlich wird das insbesondere daran, dass selbst bei den zwingenden Ausschlussgründen, bei denen nach Art. 57 Abs. 1, 59 der Richtlinie eine Überprüfung erforderlich ist (und nicht nur ein bloßes Sich-Herausstellen von Tatsachen wie in Art. 57 Abs. 5 UAbs. 2), in der Praxis keine inhaltlich tiefgehende Überprüfung stattfindet. Praktisch wird auch hier nur „angekreuzt“. Bei dem angeführten Bedürfnis nach einer „informierten Entscheidung“ handelt es sich also um einen nur vorgeschobenen Grund.

Die Kommission hält dennoch weiter an ihrem „Vollmodell“ fest, wobei sie von Bietern z.B. Angaben zu Versicherungssummen und Jahresumsätzen verlangt. Ein solcher „one size fits all“-Ansatz ist jedoch weder erforderlich noch sinnvoll. Stattdessen empfiehlt sich auch hinsichtlich der EEE eher ein sog. toolbox-Ansatz, bei dem sich die Anforderungen an den Umfang und der Komplexität eines Auftrags orientieren. Des Weiteren ist noch das Alternativ-Modell aus den Niederlanden zu erwähnen, das wesentlich schlanker ist und (u.a. deshalb) mehr überzeugt als der Vorschlag der Kommission.

Ich möchte nun noch etwas zum Verhältnis zwischen der EEE und (anderen) Präqualifikationssystemen, kurz: PQS, sagen: Dafür ist als Vorfrage relevant, wie das Merkmal „akzeptiert“ im Sinne von Art. 59 Abs. 1 der Richtlinie auszulegen ist. Genauer heißt es dort: „akzeptieren die öffentlichen Auftraggeber die [EEE] anstelle

von...". Nach einer am Wortlaut orientierten Lesart verpflichtet Art. 59 Abs. 1 der Richtlinie den öffentlichen Auftraggeber (nur) dazu, die EEE als vorläufigen Nachweis zu akzeptieren, wenn der Bieter sie ihm vorlegt. Nach einer anderen Interpretation der Norm wird der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, die Vorlage einer EEE bei sämtlichen Vergabeverfahren zwingend zu verlangen bzw. wird er dazu ermächtigt, die Bieter zu einer solchen Vorlage zu verpflichten.

Die verschiedenen Ansichten haben praktische Auswirkungen: Bei verpflichtender Vorgabe der EEE durch die öffentlichen Auftraggeber ist ein Nachweis durch ein PQS nur noch denkbar, wenn „zusätzliche Unterlagen“ nach Art. 59 Abs. 4 UAbs. 1 der Richtlinie beizubringen sind, z.B. vom siegreichen Bieter oder im Rahmen von zweistufigen Verfahren. Soweit ein PQS die Nachweise der „zusätzlichen Unterlagen“ umfasst, wird deren Vorlage entbehrlich. Ist die Anwendung der EEE dagegen nicht verpflichtend, sondern müssen öffentliche Auftraggeber die EEE nur akzeptieren, wenn ein Bieter / Bewerber damit einen Nachweis erbringen will, kann der Nachweis von vornherein auch über ein PQS erbracht werden.

Die Kommission geht von einer verpflichtenden Vorgabe der EEE durch die öffentlichen Auftraggeber aus, wie man Erwägungsgrund 3 des Entwurfs entnehmen kann. Darin nimmt die Kommission an, dass es neben der EEE keine anderen Eigenerklärungen mehr geben wird. Dafür spricht auch der oben genannte Zweck der EEE, nämlich die Teilnehmer an Vergabeverfahren von bürokratischen Hürden zu entlasten. Dieser Zweck kann vernünftigerweise nur erreicht werden, wenn die EEE unionsweit angewendet wird und nicht jeder öffentliche Auftraggeber individuelle Vorgaben macht. Daher ist zugunsten einer Entbürokratisierung des Vergabeverfahrens von einer verpflichtenden Anwendung durch die öffentlichen Auftraggeber auszugehen.

In Deutschland ist für den verbleibenden Anwendungsbereich von PQS – unabhängig wie weit dieser sein wird – nicht die Schaffung von „amtlichen Verzeichnissen“ im Sinne von Art. 64 Abs. 1 UAbs. 1 der Richtlinie geplant. Stattdessen sollen Zertifizierungsstellen im Sinne dieser Norm die Präqualifikation erbringen. Die „PQ Bau“ plant dementsprechend eine Zertifizierung über Zertifizierungsstellen, die den Europäischen Zertifizierungsstandards genügen. Eine solche Zertifizierung führt nach Art. 64 Abs. 4 der Richtlinie zu einer Eignungsvermutung. Die „PQ VOL“ dagegen plant lediglich die Einrichtung einer „qualifizierten Datenbank“. Diese löst zwar im Unterschied zur Zertifizierung keine Eignungsvermutung aus, ihr käme aber wahrscheinlich die Funktion einer Datenbank im Sinne von Art. 59 Abs. 5 UAbs. 1 der Richtlinie zu. Wirtschaftsteilnehmer müssten dann keine zusätzlichen Unterlagen oder Nachweise vorlegen, sofern und soweit die entsprechenden Informationen auch über eine solche Datenbank verfügbar sind.

Eine weitere Frage besteht hinsichtlich der Wiederverwendbarkeit der EEE. Nach Art. 59 Abs. 1 UAbs. 5 der Richtlinie können Wirtschaftsteilnehmer eine „bei einer früheren

Auftragsvergabe“ verwendete EEE wiederverwenden, d.h. bei einem neuen Vergabeverfahren erneut einreichen, lediglich verbunden mit der Bestätigung, dass die darin enthaltenen Informationen nach wie vor korrekt sind. Fraglich ist insoweit aber, ob sich diese Möglichkeit der Weiterverwendung auf Aufträge vom selben „öffentlichen Auftraggeber“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 der Richtlinie oder auf die jeweils konkrete Vergabestelle bezieht. Letzteres käme dem Wortlaut wohl näher, da sich dieser auf eine konkrete frühere Auftragsvergabe bezieht. Außerdem sprechen dafür praktische Erwägungen: Bei der konkreten Vergabestelle hat man sich schon einmal mit den relevanten Unterlagen und Dokumenten befasst und dort ist der Bieter bereits bekannt. Folglich muss dann bei der Angabe des öffentlichen Auftraggebers in Teil VII des EEE-Formulars die konkrete Vergabestelle (mit TED/OJ-Referenz) angegeben werden. Eine solche Beschränkung auf eine konkrete Vergabestelle liefe jedoch Sinn und Zweck der Wiederverwendbarkeit gerade entgegen – schließlich soll den Wirtschaftsteilnehmern, insbesondere KMU, die Teilnahme an Vergabeverfahren erleichtert werden. Der Umfang einer – weit ausgelegten – Wiederverwendbarkeit wäre jedoch ebenfalls unklar. Dürfte eine EEE, die bei einer „früheren Auftragsvergabe“ durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, kurz: BMWi, verwendet wurde, bei Aufträgen von allen dem BMWi nachgeordneten Stellen wiederverwendet werden? Oder sogar, weil es sich beim BMWi um eine Bundesbehörde handelt, bei Aufträgen von allen Stellen des Bundes? In welchen Fällen eine Doppelprüfung erforderlich ist und in welchen die EEE einfach wiederverwendet werden kann, bedarf folglich der weiteren Klärung durch eine Auslegung von Art. 59 Abs. 1 UAbs. 5 der Richtlinie.

Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE)

Herausforderung an die vergaberechtliche Praxis

Statement



Anja Theurer

Geschäftsführerin Auftragsberatungsstelle Brandenburg e.V.

Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung verfolgt dasselbe Ziel wie die Präqualifizierung – nämlich eine um administrativen Aufwand erleichterte Beteiligung von Unternehmen an Vergabefahren sowie einen reduzierten Aufwand der öffentlichen Auftraggeber bei der Eignungsprüfung. Die Erreichung dieses Ziels wäre schon dann in hohem Maße gefährdet, wenn das für die EEE verbindliche Formular, das derzeit in Zuständigkeit der EU-Kommission entwickelt wird, den Umfang behielte, den seine Erstfassung aufwies. Ein Formular mit mehr als 20 Seiten, das in dieser Erstfassung offensichtlich dem Anspruch genügen wollte, jede aus den Richtlinien ableitbare Eventualität im Zusammenhang mit Fragen des Ausschlusses von Unternehmen und deren Eignung zu berücksichtigen, scheidet zwangsläufig am Anspruch von Vereinfachung und Erleichterung. Zwischenzeitlich wurde hier nachgebessert. Ein befriedigender Endstand ist aber noch nicht erreicht.

Zunächst fehlt es nach wie vor an einer sauberen Trennung der rein unternehmensbezogenen Angaben einerseits von den auftragsabhängigen Angaben andererseits. Ohne eine solche Trennung wird aber die von Artikel 59 Absatz 1 der „klassischen“ Richtlinie geforderte Wiederverwendbarkeit der EEE faktisch ausgeschlossen, zumindest aber in ihrem Umfang deutlich reduziert. Zudem wird die von Art. 59 Absatz 5 ermöglichte Verknüpfung der EEE mit Präqualifizierungssystemen oder weiteren der in der zitierten Regelung genannten elektronischen Dokumentenmanagementlösungen

erschwert. Vorgesehen ist insoweit, dass der öffentliche Auftraggeber vom für den Zuschlag vorgesehenen Bieter „zusätzliche Unterlagen“ zum Nachweis der mit der EEE in einer ersten Verfahrensphase getroffenen Angaben, in der Regel also die jeweils einschlägigen amtlichen Dokumente, fordert. Dieser Aufforderung kann der Unternehmer durch Einreichung der benannten Unterlagen oder aber durch Hinweis auf eine vorliegende Präqualifizierung nachkommen. Letztlich stellt die EEE daher zumindest aus Sicht des Bestbieters nur dann eine Erleichterung gegenüber dem Status quo dar, wenn er sich zu keinem Zeitpunkt im Verfahren, auch nicht in einer zweiten Verfahrensphase vor Zuschlag, kurzfristig um die Einholung amtlicher Dokumente bei verschiedenen Behörden kümmern muss. Die erforderliche Verknüpfung von EEE und Präqualifizierungssystemen muss aber noch weiter reichen, will man verhindern, dass präqualifizierte Unternehmen mit der Kombination der Anforderungen aus der Präqualifizierung selbst und dem Ausfüllen der EEE letztlich einen höheren Aufwand haben als nicht präqualifizierte Unternehmen und damit die Präqualifizierung ad absurdum geführt würde. Insoweit ist zu fordern, dass präqualifizierte Unternehmen jene Angaben, die von der Präqualifizierung umfasst sind – z.B. Angaben zur Steuerehrlichkeit – in der EEE nicht mehr treffen müssen. Ausreichend sein muss vielmehr bezüglich der Gesamtheit der von der Präqualifizierung umfassten Nachweise der schlichte Verweis auf die Präqualifizierung. Nur so ist echte Vereinfachung zu erzielen.

Hinsichtlich der gemäß Artikel 59 tauglichen Präqualifizierungssysteme gilt folgendes: ein Blick auf die neben diesen Systemen zulässigen Dokumentenmanagementsysteme, genannt sind in Absatz 5 u.a. virtuelle Unternehmensakten, zeigt, dass es im Zusammenhang mit Artikel 59 lediglich darauf ankommt, dem Auftraggeber einen datenbankgestützten Zugriff auf die in Rede stehenden Angaben bzw. Dokumente zu ermöglichen. Dieser Anforderung genügen die in Deutschland vor längerer Zeit eingeführten und seitdem praktizierten Präqualifizierungssysteme PQ-VOL und PQ Bau auf Bundesebene bzw. entsprechende Systeme auf Länderebene ohne Weiteres. Ohne Relevanz ist insoweit hingegen, ob diese Systeme den darüber hinausgehenden Anforderungen des Artikels 64 entsprechen. Die in Absatz 4 dieser Norm statuierte Eignungsvermutung, die ein „Prä“ gegenüber der eben geschilderten schlichten elektronischen Zugriffsmöglichkeit des Artikel 59 darstellt, wird nur „amtlichen Verzeichnissen“ bzw. den EU-Zertifizierungsanforderungen genügenden Systemen zugeschrieben. Inwieweit die genannten bestehenden Systeme diese Anforderungen schon auf Basis ihrer aktuellen Ausgestaltung erfüllen bzw. inwieweit Handlungsbedarf besteht, müssen die jeweiligen Träger gesondert prüfen.

Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE)

Herausforderung an die vergaberechtliche Praxis



Statement

Dr. Marc Pauka

KfW Bankengruppe, Frankfurt am Main

A. Einleitende Stellungnahme

1. Die Zielverfehlung des Richtliniengebers

Wenn man Erwägungsgrund 84 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU (VRL) glauben schenken darf, hatte der Richtliniengeber mit der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) vor, Aufwand zu senken. In diesem Erwägungsgrund spricht er davon, dass die EEE eine erhebliche Vereinfachung bedeuten könnte, zum Nutzen der Wirtschaftsteilnehmer und der öffentlichen Auftraggeber. Darin ist das Ziel des Richtliniengebers zu erkennen, auch öffentliche Auftraggeber von bürokratischem Ballast zu befreien. An dessen Umsetzung dürfte der Richtliniengeber allerdings gescheitert sein. Anstelle einer Erleichterung müssen öffentliche Auftraggeber mit Mehraufwand in der Eignungsprüfung rechnen.

2. Das Ziel der EEE ist zu begrüßen

Um es vorab klar zu sagen: Die grundsätzliche Idee der EEE ist gut. Nach Erwägungsgrund 84 VKR soll die EEE kleineren und mittleren Unternehmen (KMU) die Teilnahme an Vergabeverfahren erleichtern. Diese sind oft von dem Aufwand abgeschreckt, ein Angebot zu erstellen. Jeder öffentliche Auftraggeber kann das bestätigen, der zum Beispiel versucht hat, bei der Vergabe von Leistungen des Technischen Gebäude-

managements Handwerksbetriebe als Bieter zu gewinnen, die in derartigen Verfahren nur als Nachunternehmer auftreten. Zukünftig sollen Vergabeverfahren für KMU attraktiver werden. Die EEE ist nach in Art. 59 Abs. 1 VRL ein vorläufiger Nachweis, der am Anfang des Verfahrens an die Stelle der Unterlagen tritt, die von Dritten einzuholen sind. Wirtschaftsteilnehmer sollen so davon entlastet werden, gleich zu Beginn des Verfahrens alle Drittbescheinigungen vorzulegen. Öffentliche Auftraggeber sollen davon befreit werden, die Eignungsnachweise sämtlicher Bieter zu prüfen – auch von denen, deren Angebot keine Aussicht auf den Zuschlag hat.

3. Rahmenbedingungen zeigen: Mehr Bürokratie statt weniger

Die Verdoppelung der Eignungsprüfungen und die Einführung eines Standardformulars für die EEE stehen aber nicht gerade für Entbürokratisierung. Darüber hinaus hatten öffentliche Auftraggeber mit den Richtlinien 1971 (BKR) und 1976 (LKR) 24 Seiten Text im EU-Amtsblatt zu bewältigen. Dies steigerte sich mit jeder Reform des Vergaberechts: 1992/93 betrug der Richtlinienentwurf der relevanten Richtlinien insgesamt 162 Seiten, 2004 waren es 239 Seiten und die Richtlinien 2014 haben einen Umfang von 310 Seiten im EU-Amtsblatt. Heute haben die Erwägungsgründe der VRL mehr Umfang als der Text der BKR und der LKR 1971/76 zusammen! Diese Rahmenbedingungen zeigen schon, dass der Aufwand wächst und nicht sinkt.

4. Zeitlicher Verzug durch doppelte Eignungsprüfung

Dies sei auch am Beispiel des Offenen Verfahrens gezeigt: Nach Bekanntgabe der Eignungskriterien und ihrer Nachweise übersendet der öffentliche Auftraggeber den interessierten Unternehmen zukünftig im Offenen Verfahren die Angebotsunterlagen samt Standardformular für die EEE. In einer ersten, vorläufigen Eignungsprüfung hält der öffentliche Auftraggeber lediglich nach, ob alle Bieter die EEE abgegeben und ausgefüllt haben. Dieser vorläufige Nachweis wird am Ende des Vergabeverfahrens noch einmal durch den öffentlichen Auftraggeber verifiziert: Steht nach der Auswertung der Angebote der Bestbieter fest, erfolgt nach Art. 59 Abs. 4 VRL für diesen Bieter noch eine gesonderte zweite Eignungsprüfung. Fällt diese erfolgreich aus, erteilt der öffentliche Auftraggeber dem Bestbieter den Zuschlag.

Stellt der öffentliche Auftraggeber allerdings fest, dass der Bestbieter die Unterlagen nicht vorlegen kann, schließt er den Bieter nach Art. 57 Abs. 4 VRL aus. Der öffentliche Auftraggeber muss dann vom zweitbesten Bieter die Drittbescheinigungen anfordern und die abschließende Eignungsprüfung durchführen. Hier droht den öffentlichen Auftraggebern ein erheblicher Zeitverlust: Oftmals wird sich erst am Ende des Verfahrens herausstellen, dass der Bestbieter oder auch weitere Bieter entgegen ihrer Zusicherung in der EEE die angeforderten Unterlagen nicht vorlegen können. In der Praxis kommt es zum Beispiel häufig vor, dass Bieter Bescheinigungen vorlegen, die nicht für das bietende Unternehmen selbst, sondern auf ein verbundenes Unter-

nehmen aus dem Konzern des Bieters mit einer ähnlichen Firma ausgestellt sind. Bislang sind solche Fälle in einem frühen Stadium des Verfahrens aufgedeckt worden. Zukünftig werden sie regelmäßig erst nach Abschluss der Angebotswertung auffallen. Der öffentliche Auftraggeber muss dann erneut Unterlagen beim Bestbieter nachfordern oder den Bieter ausschließen und sein Glück bei einem anderen Bieter versuchen.

Die Tatsache, dass grundsätzlich nur vom Bestbieter die zusätzlichen Unterlagen anzufordern sind, birgt noch einen weiteren Nachteil: Der betroffene Wirtschaftsteilnehmer kennt durch die Anforderung seine „Pole Position“. Wird er dann wider Erwarten zum Beispiel wegen der Unvollständigkeit des Angebots ausgeschlossen, erhöht dies seine Motivation, in ein Nachprüfungsverfahren zu gehen. Die Anzahl der streitigen Verfahren wird tendenziell steigen.

5. Jederzeitige Vorlage der Drittbescheinigungen keine Erleichterung

Da hilft nicht weiter, dass der öffentliche Auftraggeber ausnahmsweise nach Maßgabe des Art. 59 Abs. 4 VRL zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens verlangen kann, sämtliche oder einen Teil der zusätzlichen Unterlagen beizubringen. Eine vorzeitige Anforderung der Drittbescheinigungen kann nämlich nach der Richtliniensystematik nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen. Anderenfalls würde sich das Regel-Ausnahme-Verhältnis der Regelung umkehren: Art. 59 Abs. 1 und 2 VRL sehen allgemein nach Abschluss der Wertung der Angebote die Anforderung der Unterlagen vom Bestbieter vor, während Art. 59 Abs. 4 VRL eine vorzeitige Anforderung für den Fall erlaubt, dass dies zur angemessenen Durchführung des Verfahrens erforderlich ist. Es ist zu erwarten, dass die Rechtsprechung Fallgruppen entwickeln wird, wann eine vorzeitige Anforderung „erforderlich“ ist. Bis dahin verbleibt eine Rechtsunsicherheit bei der Anwendung der Ausnahme, die deshalb besser restriktiv zu handhaben ist.

6. Einrede der anderweitigen Verfügbarkeit

Darüber hinaus kann der Bieter dem öffentlichen Auftraggeber, der die Vorlage bestimmter Drittbescheinigungen verlangt, die Einrede der anderweitigen Verfügbarkeit nach Art. 59 Abs. 5 VRL entgegenhalten. Nach dieser Regelung müssen Wirtschaftsteilnehmer keine zusätzlichen Unterlagen vorlegen, sofern der öffentliche Auftraggeber diese Unterlagen über

- eine gebührenfreie nationale Datenbank;
- eine virtuelle Unternehmensakte,
- ein elektronisches Datenablagensystem oder
- ein Präqualifikationssystem

erhalten kann. In diesen Fällen wird der Rechercheaufwand zur Vervollständigung der Unterlagen dem öffentlichen Auftraggeber übertragen. Er muss sich bei den je-

weiligen Datenbanken gegebenenfalls registrieren, dort die Unterlagen zusammensuchen und kann erst dann beginnen, diese zu prüfen.

7. Einrede des Vorliegens der Drittbescheinigungen beim Auftraggeber

Der Anforderung von Drittbescheinigungen kann ein Bieter gemäß Art. 59 Abs. 5 VRL ferner entgegen halten, der öffentliche Auftraggeber sei bereits im Besitz der Unterlagen. Diese Einrede des Vorliegens der Drittbescheinigung beim öffentlichen Auftraggeber birgt ebenfalls erheblichen Mehraufwand. Auftraggeber müssen in Zukunft über angemessene Datenmanagementsysteme verfügen, die es auch verschiedenen Vergabestellen eines Auftraggebers oder verschiedenen Mitarbeitern einer Vergabestelle ermöglicht, die Unterlagen vergangener Ausschreibungen zu recherchieren. Hier wird in vielen Fällen dem Archivierungs- und Rechercheaufwand ein erheblicher Investitionsaufwand vorausgehen müssen.

Problematisch ist dabei, dass die Regelung keine zeitliche Begrenzung der Einrede bestimmt. Es gibt Bescheinigungen, wie den Nachweis der Mitgliedschaft in einer berufsständischen Kammer oder den Eintrag ins Gewerbeverzeichnis, die auch nach Jahrzehnten noch unverändert „wahr“ und damit „aktuell“ sind. Soll sich in 20 Jahren noch ein Bieter darauf berufen können, einst in einer Ausschreibung dem öffentlichen Auftraggeber eine derartige Bescheinigung vorgelegt zu haben?

8. Vervollständigungspflicht von e-Certis

Ebenfalls unangemessen sind die Regelungen zur Verwendung und Pflege von e-Certis, dem online verfügbaren Informationssystem der Europäischen Kommission, mit dem Bescheinigungen und sonstige Nachweise verwaltet werden können, die in Ausschreibungsverfahren angefordert werden. Die Mitgliedstaaten können in dieser Datenbank tabellarisch Nachweise beschreiben und sie können erläutern, wie diese angefordert werden. Wirtschaftsteilnehmer können recherchieren und vergleichen, welche Anforderungen an einzelne Nachweise gestellt werden und welche Nachweise in anderen Mitgliedstaaten als gleichwertig akzeptiert werden.

Der neue Art. 60 Abs. 2 VRL bestimmt, dass öffentliche Auftraggeber in Zukunft auf e-Certis zurückgreifen sollen. Sie haben daher für die Eignungsprüfung in erster Linie jene Arten von Bescheinigungen und dokumentarischen Nachweisen zu verlangen, die von e-Certis abgedeckt sind. Es stellt sich die Frage, ob darin ein subjektives Bieterrecht zu sehen ist. Unter welchen Umständen darf der öffentliche Auftraggeber Nachweise verlangen, die nicht in e-Certis erläutert sind? Sollen Gerichte die Auswahl überprüfen können?

e-Certis soll nach Erwägungsgrund 87 VRL weiter ausgebaut werden. Dazu soll zuerst die Pflege von e-Certis obligatorisch gemacht werden, bevor dann in einem späteren Schritt die Verwendung von e-Certis vorgeschrieben werden soll. Dementsprechend sieht Art. 60 Abs. 1 VRL vor, dass die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen haben, dass die

Informationen, die in e-Certis gespeichert sind, kontinuierlich aktualisiert werden. Derzeit wird dies durch nationale Redaktionsteams erledigt. Sollte diese Pflicht zukünftig die einzelnen öffentlichen Auftraggeber treffen, bedeutet das zusätzlichen Aufwand, wenn bei der Festlegung der Eignungskriterien und -nachweise zusätzlich zu kontrollieren ist, ob die Bescheinigungen in e-Certis vorhanden sind, oder diese ggf. zu ergänzen oder aktualisieren sind.

B. Zusammenfassung

Eine Bewertung der EEE ergibt somit, dass der Richtliniengeber an seinem Ziel gescheitert ist, öffentlichen Auftraggebern Erleichterung in der Eignungsprüfung zu verschaffen. Es ist mit Mehraufwand zu rechnen und damit zu befürchten, dass öffentliche Auftraggeber zukünftig nur wenige „Standardnachweise“ für die Eignungsverlangen werden. Deren Auswahl wird sich eher an der Minimierung des eigenen Aufwands als an den objektiven Erfordernissen der Eignungsprüfung orientieren. Dem Vergaberecht wäre damit ein Bärendienst erwiesen.

Verleihung des International Public Procurement Award – IPA 2015 –



Laudatio

Uwe Scharen

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a.D.

Ich darf Ihnen hier Herrn Dr. Ricken vorstellen, den die IPA-Jury für den diesjährigen International Public Procurement Award ausgewählt hat.

Nun zu der Arbeit, die diese Auszeichnung rechtfertigt:

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sind dem öffentlichen Auftraggeber in vielerlei Hinsicht Entscheidungsfreiheiten eingeräumt. Das beginnt bei der Frage, was überhaupt beschafft werden soll, geht u.a. über die Festlegung der Eignungsnachweise und endet bei der Frage, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Die Notwendigkeit, eine Entscheidung zu treffen, kann sowohl die Tatbestandsseite als auch die Rechtsfolgende einer Norm betreffen. Denn immer wieder gilt es, entweder unbestimmte Rechtsbegriffe auszufüllen, oder Ermessen auszuüben.

Wenn es darum geht, zu erfahren, wie es um die Reichweite der Entscheidungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers und darum bestellt ist, inwieweit seine getroffene Entscheidung justizförmig kontrolliert werden darf oder sogar muss, findet man Brauchbares hingegen weder im GWB noch in der Vergabeverordnung noch in den Vergabeordnungen. Das nationale Vergaberecht schweigt insoweit. Auch in dem europäischen Sekundärrecht wird man nicht fündig. Dort mag man das auch nicht kritisieren. Denn Richtlinien sollen nur gleichsam den gemeinsamen Rahmen abstecken. Ihn auszufüllen ist hingegen Aufgabe der Mitgliedstaaten. National ist

daher ein Defizit bei der Behandlung der Frage zu konstatieren, wie weit ein eingeräumter Beurteilungsspielraum oder ein eingeräumtes Ermessen bei Vergabeentscheidungen reicht und wie weit die Befugnis und die Pflicht zur Überprüfung durch die Vergabekammer und -senate gehen.

Hier setzt die als Dissertation verfasste Arbeit von Herrn Ricken an. Unter dem Titel „Beurteilungsspielräume und Ermessen im Vergaberecht“ versucht er die Entscheidungsspielräume öffentlicher Auftraggeber dogmatisch zu erfassen und für die Frage der Reichweite und Kontrollierbarkeit eine rechtlich fundierte und in der Praxis brauchbare Antwort zu entwickeln. Ich rede von Versuch nicht etwa, weil ich den strafrechtlichen Begriff des untauglichen Versuchs im Auge habe, sondern weil angesichts der Eigenständigkeit ihrer Herleitung die Akzeptanz der Lösung noch aussteht. So wird es den Kreis der hier versammelten Vergabefachleute wahrscheinlich schon überraschen, dass Herr Ricken von den Entscheidungsspielräumen im Verwaltungsrecht ausgeht. Eine Analyse der vergaberechtlichen Spruchpraxis und Rechtsprechung zu den Entscheidungsspielräumen, die das Vergaberecht eröffnet, findet sich dann natürlich auch. Dieser Abschnitt ist so gewissenhaft erarbeitet, dass der Doktorvater in seiner Begutachtung vermerkt hat, allein deswegen lohne sich die Lektüre der mittlerweile auch im Buchhandel erhältlichen Arbeit; er sei besonders auch für Praktiker interessant. Ich kann dem nur beipflichten. Herr Ricken kommt dabei zu dem Ergebnis, dass die Entscheidungen der Vergabekammern und -senate im Umgang mit Entscheidungsspielräumen der öffentlichen Auftraggeber von dogmatischen Unsicherheiten, Ungenauigkeiten und widersprüchlichen Ergebnissen gekennzeichnet seien. Als ehemaligen Richter bekümmert mich die Aussage natürlich, insbesondere weil ich sie nicht widerlegen kann. Auch wenn der nationale Gesetzgeber der Vergabekammern und -senate allein gelassen hat und Dogmatik nicht zu den eigentlichen Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt gehört, hätte es im Interesse der Rechtssicherheit möglich sein müssen, einen einheitlichen Standard zu entwickeln. Da tröstet dann auch wenig, dass Herr Ricken über die ebenfalls analysierte vergaberechtliche Fachliteratur konstatiert, auch sie vermöge kaum Licht ins Dunkel zu bringen. Bevor Herr Ricken sich daran macht, für Erleuchtung zu sorgen, widmet er sich schließlich noch den Erkenntnissen, die sich Gerichte im Falle von Verteilungssituationen außerhalb des GWB für die Behandlung von Entscheidungsspielräumen erschlossen haben.

Seinen Lösungsansatz, den er Ihnen anschließend wohl nahebringen wird, entwickelt Herr Ricken sodann auf verfassungsrechtlicher Grundlage unter Heranziehung einmal der Erkenntnisse, die er aus seiner bisherigen Untersuchung als brauchbar extrahiert hat, zum anderen aus gesetzlichen Vorgaben des Verwaltungsrechts. Dass es sich gleichwohl um eine originäre Lösung handelt, mögen Sie daraus ersehen, dass auch herrschende und namhaft vertretene Meinungen nicht immer Gnade finden. Angesichts der bereits erwähnten Kritik an Rechtsprechung und Literatur sollte Sie das jetzt jedoch nicht mehr überraschen.

Insgesamt lässt sich sagen, dass Herr Ricken vielfach Neuland betreten und alle Fragen mustergültig aufbereitet hat. Was er zu dem gewählten Thema zu sagen hat, lässt sich hören. Es verlangt nach Berücksichtigung, jedenfalls in der Diskussion in der Wissenschaft und in der Praxis. Ob allerdings sein Vorschlag für eine gesetzliche Regelung, mit dem er seine Arbeit beschließt, tatsächlich Gehör findet, wage ich aus meiner Erfahrung mit der Behandlung des Vergaberechts durch den Gesetzgeber zu bezweifeln. Als Wert bleibt aber jedenfalls, dass sowohl der wissenschaftlich interessierte Leser als auch der Praktiker Beachtenswertes erfährt und bei seiner Arbeit nutzen kann. Mehr kann man nach den Statuten der Auslobung meines Erachtens nach nicht verlangen. Deshalb gebührt Herrn Ricken die in schlichtem Deutsch wohl als Vergaberechtspreis zu bezeichnende Auszeichnung des forum vergabe.



Verleihung des International Public Procurement Award – IPA 2015 –

Darstellung der wesentlichen Ergebnisse der Arbeit durch den Preisträger



Dr. Robin Ricken

Meine sehr geehrten Damen und Herren,

wer würde am Beginn seines Promotionsvorhabens damit rechnen oder auch nur zu hoffen wagen, seine Arbeit werde dereinst mit einem höchst angesehenen Preis ausgezeichnet und so eine Anerkennung erfahren, die noch weit über die ihr zgedachte Note hinausreicht? Ich kann Ihnen diese Frage nicht beantworten. Ich kann Ihnen aber versichern, ich war es nicht. Umso mehr erfüllt es mich mit großer Freude und auch Stolz, dieses erreicht zu haben.

Ich möchte mich zunächst bei Herrn Vorsitzenden Richter am Bundesgerichtshof a.D. Scharen für die lobende Vorstellung meiner Arbeit bedanken. Dies freut mich umso mehr, als meine Ausführungen auch die vergaberechtliche Rechtsprechung kritisch beleuchtet haben. Der Jury unter Leitung von Herrn Landesminister Duin gebührt mein besonderer Dank für die Auswahl meiner Dissertation zur Verleihung des International Public Procurement Award. Ich möchte aber natürlich auch Ihnen, Herr Burgi, herzlich dafür danken, dass Sie nach der hervorragenden Betreuung meiner Dissertation durch alle – manchmal noch unreifen – Überlegungen und Lösungsansätze und ab und an nachlassende Zuversicht des Promovenden ob des glücklichen Ausgangs seines Vorhabens mir auch Mut gemacht haben, die Arbeit für den IPA 2015 einzureichen.

Nun wird mir die Ehre zuteil, Ihnen, meine sehr verehrten Damen und Herren, die Ergebnisse meiner Überlegungen zu Beurteilungsspielräumen und Ermessen im

Vergaberecht in knappen Worten und zehn Minuten vorzustellen. Kein leichtes Unterfangen angesichts von 361 Seiten Doktorarbeit! Aber das uns alle lockende festliche Abendessen gemahnt mich zur Einhaltung dieser Vorgabe.

Ich möchte den Versuch unternehmen, Ihnen meine Arbeit anhand eines Dreischritts aus Befund, Einordnung und Schlussfolgerung in der gebotenen Kürze näher zu bringen.

Zunächst war im Sinne einer Bestandsaufnahme der Umgang mit Entscheidungsspielräumen durch die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen in den Blick zu nehmen. Die Begrifflichkeiten tauchen in den Entscheidungen der Vergabekammern, OLG-Senate und des Bundesgerichtshofes durchaus häufig auf. Bei meiner letzten Suchanfrage im März 2013 ergab die Kombination der Begriffe „Vergaberecht“ und „Beurteilungsspielraum“ in der Rechtsprechungsdatenbank juris 609 Treffer. Für „Vergaberecht“ und „Ermessen“ brachte man es gar auf 1.302 Treffer. Allein hieran erkennt man die Bedeutung des Themas für den vergaberechtlichen Rechtsschutz. Die angenommenen oder abgelehnten Entscheidungsspielräume begegnen dem Suchenden sodann in den verschiedensten Zusammenhängen. Dies beginnt bereits bei der Schätzung des Auftragswertes (schon das Wort „Schätzung“ weist auf den Prognose-Charakter des Ergebnisses hin) als Weichenstellung für oder gegen die Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens. Die größte Bedeutung aber erlangt die Bestimmung von Entscheidungsspielräumen bei der Eignungsprüfung und der Angebotswertung. Hierzu findet sich eine Fülle von Entscheidungen, die in ihren Aussagen aber weit auseinanderfallen. Von der weitgehenden Aberkennung von Entscheidungsspielräumen über eine unterschiedliche bis hin zu einer fehlenden dogmatischen Zuordnung und der Reduktion gerichtlicher Kontrolldichte auf eine reine Willkürkontrolle wird weithin alles vertreten. Diese „dogmatische Wundertüte“ mag dem Rechtsunterworfenen kaum nachvollziehbar erscheinen und tatsächlich fehlt den Entscheidungen zu oft eine adäquate Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen eines Beurteilungsspielraums (Stichwort: normative Ermächtigungslehre) und eines Ermessensspielraums (wie wir sie für das Verwaltungsrecht in § 40 VwVfG und § 114 VwGO vorfinden). Mit Blick auf die Reduktion gerichtlicher Kontrolldichte, die mit der Annahme eines Entscheidungsspielraumes einhergeht, ist dies schon aus verfassungsrechtlichen Gründen äußerst bedenklich.

Noch mehr sticht dieses Defizit hervor, wenn man den Vergleich mit der Überprüfung von Verteilungsentscheidungen außerhalb des Vergaberechts zieht. Hier wie dort stellen sich Rechtsfragen nach der Beachtung der für die unterlegenen Prätendenten streitenden Rechte und der Reichweite behördlicher (Auswahl-) Letztentscheidungsbefugnisse. Traditionell sind die Gerichte in hohem Maße mit der Überprüfung von Personalauswahlentscheidungen konfrontiert, weshalb sich insbesondere dieses Feld für einen Vergleich eignete. Die Rechtsprechung zu Entscheidungsspielräumen im Rahmen solcher Verteilungsentscheidungen kann als deutlich

gefestigter angesehen werden. Ähnliches gilt etwa für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen und Bodenabfertigungsdiensten an Flughäfen, welche nicht dem GWB-Vergaberecht unterfallen. Auch der Vergleich mit der Kontrolle anderer Verteilungsentscheidungen außerhalb des Vergaberechts bestätigt dieses Bild.

Welche Vorgaben gelten aber nun für einen dogmatisch überzeugenden Umgang mit Entscheidungsspielräumen im Vergaberecht?

Das sekundäre EU-Vergaberecht eröffnet an zahlreichen Stellen Entscheidungsoptionen für öffentliche Auftraggeber. Ihre gerichtliche Kontrolle wird aber weder in den Richtlinien noch im Primärrecht näher bestimmt. Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung lediglich eine reine Willkürkontrolle von Entscheidungsspielräumen für unzureichend erklärt, alles weitere aber den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen und Gerichten überlassen.

Im Rahmen der kooperativ-zweistufigen Rechtssetzung mittels Richtlinien bleiben das nationale Recht und seine Grundsätze anwendbar, solange es nicht zu unionsrechtlichen Vorgaben in Widerspruch gerät.

Die für die Bestimmung von Letztentscheidungsbefugnissen der öffentlichen Hand häufig sehr bedeutsamen nationalen Grundrechte liefern für das Vergaberecht kaum Erkenntnisse zu Entscheidungsspielräumen. Die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG ist grundsätzlich nicht beeinträchtigt, wenn ein Bieter einen öffentlichen Auftrag nicht erhält. Hiermit wird lediglich eine wirtschaftliche Chance zunichte gemacht, auf deren Realisierung aber von vornherein kein Anspruch bestand. Der Gleichheitsgrundsatz



des Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistet wiederum „nur“ einen Anspruch auf chancengleiche Teilnahme am Wettbewerb. Mehr Gewicht kommt der Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG zu, welche die Eröffnung eines Rechtsweges und die verfahrensmäßige Gewährleistung einer wirksamen Kontrolle der Vergabeentscheidung fordert. Doch für die konkrete Frage nach einem Entscheidungsspielraum im Einzelfall vermag dies noch wenig zu helfen.

Auch das GWB-Vergaberecht bietet keinen Kontrollmaßstab für den Umgang mit vergaberechtlichen Entscheidungsspielräumen.

Eben dies vermögen aber die in § 40 VwVfG und § 114 VwGO geregelte Ermessenslehre und die im allgemeinen Verwaltungsrecht anerkannte Lehre vom Beurteilungsspielraum zu leisten. Der Weg führt dabei unter Beachtung unionsrechtlicher Vorgaben und vergaberechtlicher Zielsetzungen zu einer analogen Anwendung der verwaltungsrechtlichen Grundsätze. Zwar sind Vergabeverfahren keine Verwaltungsverfahren im Sinne des VwVfG (Ausnahme ist der Abschluss eines öffentlich rechtlichen Beschaffungsvertrages). Sie lassen sich aber dem Oberbegriff der Verteilungsentscheidungen der öffentlichen Hand zuordnen. Die Beschaffungstätigkeit ist nicht von den Grundsätzen des Verwaltungsrechts befreit. Die Voraussetzungen einer entsprechenden Heranziehung sind erfüllt, da eine Regelungslücke in den §§ 97 ff. GWB besteht und eine Vergleichbarkeit der Interessenlagen kaum bestritten werden kann.

Vorzugswürdig wäre allerdings eine ausdrückliche Kodifizierung im GWB-Vergaberecht. Eine Aufgabe, derer sich der Gesetzgeber bei der anstehenden Reform des Vergaberechts in Umsetzung der neuen EU-Richtlinien annehmen könnte. Meine Arbeit enthält entsprechende Regelungsvorschläge. Denn auch im wiederum reformierten Vergaberecht nach Umsetzung der Vergaberichtlinien im kommenden Jahr werden die aufgezeigten Fragen Relevanz haben.

Was lässt sich nun hieraus folgern?

Im Vergaberecht ebenso wie im allgemeinen Verwaltungsrecht ist zur Ermittlung von Beurteilungsspielräumen die normative Ermächtigungslehre heranzuziehen. Die damit erforderliche Auslegung der konkreten Rechtsvorschriften muss stets und insbesondere die unionsrechtlichen Vorgaben sowie Art. 19 Abs. 4 GG im Blick behalten. Ich habe dies für einige der behaupteten Beurteilungsspielräume im letzten Teil meiner Arbeit vorgenommen und bin dabei seltener zu der Annahme einer Reduktion gerichtlicher Kontrolle gekommen als die Nachprüfungsinstanzen. Festzuhalten ist jedoch auch, dass bei den zentralen Entscheidungen des Vergabeverfahrens (Bestimmung des Beschaffungsbedarfs, Beurteilung der Bieterreignung, Gewichtung der Zuschlagskriterien und Wertung der einzelnen Angebote) m.E. sehr wohl Beurteilungsspielräume bestehen. Um noch einmal als Beispiel auf die Schätzung des Auftragswertes zurückzukommen. Wollte man hier einen Beurteilungsspielraum

annehmen, so müsste sich § 3 VgV eine besondere gesetzgeberische Prognoseermächtigung entnehmen lassen. Dies kann aber letztlich nicht festgestellt werden, da die Vorschrift in den Absätzen 3 bis 8 detaillierte Vorgaben zur Schätzung enthält. Zudem sprechen der *effet utile*-Gedanke des Unionsrechts ebenso dagegen wie die Vorgaben aus Art. 19 Abs. 4 GG, weil die Frage im Raum steht, ob überhaupt ein Zugang zum wesentlich rechtsschutzintensiveren Oberschwellenbereich eröffnet ist. Auch bei der Eignungsprüfung als weiterem Beispiel muss man genauer hinschauen. Denn während die inhaltliche Bestimmung der Eignungskriterien und die Festlegung der zu verlangenden Eignungsnachweise keineswegs nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegen, ist für die konkrete Feststellung des einzelnen Bieters sehr wohl ein Beurteilungsspielraum eröffnet. In jedem Falle sind die Begründungen zur Annahme oder Ablehnung von Entscheidungsspielräumen bei allen Verfahrensschritten mit größerer Sorgfalt niederzulegen. Erst wenn dies geschehen ist, kann sich die gerichtliche Kontrolldichte auf eine Anwendung der Beurteilungsfehlerlehre reduzieren.

Für die in der Regel bereits am Wortlaut zu identifizierenden Ermessensspielräume kann die aus dem Verwaltungsrecht bekannte Ermessensfehlerlehre mit ihren Fehlerkategorien herangezogen werden. Im Rahmen meiner Arbeit, die in der Reihe „Schriften zum Vergaberecht“ im Nomos Verlag erschienen ist, finden sich auch hierzu detaillierte Untersuchungen über Annahme und Reichweite von Ermessensspielräumen.

Da zwischen einem sicherlich ausgezeichneten Dinner und vielen interessanten Gesprächen am heutigen Abend und Ihnen, meine sehr verehrten Damen und Herren, nur noch meine Wenigkeit steht, möchte ich mit diesen Schlussfolgerungen schließen und bedanke mich sehr herzlich für Ihrer aller Aufmerksamkeit.

Thesen zur Umsetzung der Vergaberichtlinien

Moderation und Einführung



Dr. Mark von Wietersheim

Geschäftsführer forum vergabe e.V.

Ziel des forum vergabe ist es, eine möglichst breite und intensive Diskussion zwischen allen Beteiligten des Vergaberechts zu unterstützen und herbeizuführen. Kaum ein Zeitpunkt erscheint hierfür geeigneter, als der jetzige, zu dem zwar die Leitlinien für das neue Vergaberecht feststehen, aber noch keine ausformulierten Entwürfe vorliegen.

Daher haben wir im Vorfeld dieser forum vergabe Gespräche dazu aufgefordert, sich für die Vorstellung einer These zu bewerben. Wir haben zahlreiche Bewerbungen bekommen.

In diesem Teil unserer Veranstaltung haben sechs Referenten die Möglichkeit, ihre These darzustellen. Die Zeit hierfür ist strikt auf 10 Minuten begrenzt. Eine kurze Diskussion wird sich jeweils nach zwei Thesenvorstellungen anschließen.



These zur Umsetzung der Vergaberichtlinien

**„Mut, sich der Gestaltungsspielräume
zu bedienen“**



Dr. Friederike Mußnug

Diakonie Deutschland – Evangelischer Bundesverband, Berlin

These

„Bei der Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien in deutsches Recht, plädiere ich für den Mut des Gesetzgebers und der Auftraggeber, sich ihrer jeweiligen Gestaltungsräume zu bedienen.“

Richtlinien sind darauf angelegt, dass die Mitgliedstaaten die Vorgaben in ihre Rechtsordnungen einpassen. Deshalb wünsche ich mir, dass der Gesetzgeber mit den Bällen spielt, die die EU ihren Mitgliedstaaten in die Hand gegeben hat. Nur dann kommt auch etwas in Bewegung.

Meine Wünsche sind insofern speziell, als die Diakonie und die Freie Wohlfahrtspflege bei der Umsetzung der Richtlinie einen besonderen Gestaltungsauftrag im Blick haben: den des Artikel 76 der Richtlinie. Dieser Sonderauftrag dient einem wichtigen Zweck. Es geht nicht um Extrawürste für einen wettbewerbsscheuen Sonderbereich. Die Freie Wohlfahrtspflege scheut den Wettbewerb nicht – sie braucht ihn nicht zu scheuen. Wir haben aber in 10 Jahren bittere Erfahrungen damit sammeln müssen, dass die materiellen Ziele und Wertungen des Sozialrechtes allzu oft einer Vergabepraxis untergeordnet werden, die diese Ziele und die für einen Leistungserfolg unverzichtbare Beteiligung der Leistungsberechtigten hintanstellt und damit weder dem Wettbewerb noch dem Sozialrecht dient. Eine solche Fehlsteuerung ist teuer – aber darum keineswegs ein Spaß. Dass die Richtlinie hier Modifizierungen unmittelbar

einfordert, war überfällig. Jetzt erwarten wir, dass der Gesetzgeber diese Herausforderung annimmt.

Vor diesem sozialpolitischen Hintergrund wünschen wir uns über die unmittelbare Richtlinienumsetzung hinaus, dass der deutsche Gesetzgeber auch in Zukunft den Blick für alternative Wettbewerbs- und Steuerungsmöglichkeiten neben dem Vergaberecht offen behält – was die klassische Vergaberichtlinie in ihren Erwägungsgründen ja auch ausdrücklich erlaubt. Oft geht es in der Sozialpolitik weniger um Wettbewerb, den die meisten Beteiligten akzeptiert haben, sondern um die ebenfalls wichtige Frage der angemessenen Kostensteuerung und -kontrolle. Hier vermissen wir als Sozialrechtler bisweilen die Bereitschaft unserer wettbewerbsrechtlichen Kollegen, bei ihren Forderungen, bestehende Wettbewerbsdefizite mit Vergaberecht zu kurieren, diesen genuin sozialpolitischen Aspekten und den Belangen der sogenannten „Stakeholder“ den ihnen gebührenden Raum zu lassen.

Aus der Bietersicht diakonischer Träger wünsche ich mir von der Richtlinienumsetzung vor allem:

- Rechtssicherheit und Bieterschutz sollten nicht den Verfahren oberhalb der Schwellenwerte vorbehalten bleiben.
- Wem Gott ein Amt gibt, dem gibt er auch Verstand. Fachverstand gibt es aber auch auf der Bieterseite und die öffentliche Hand kann sich seiner über Verhandlungsverfahren oder den wettbewerblichen Dialog bedienen. Es ist deshalb im Sinne eines Qualitätswettbewerbs ein richtiger Schritt, die Wahl der Vergabeverfahrensarten zu öffnen. Es muss allerdings auch gesichert sein, dass diese Verfahrenswahl willkürfrei und rational erfolgt. Hier habe ich gestern mit großem Interesse den Ausführungen von Herrn Dr. Ricken zu seiner Dissertation „Beurteilungsspielräume und Ermessen im Vergaberecht: Zur Dogmatik der Entscheidungsspielräume öffentlicher Auftraggeber“ zugehört und freue mich sehr auf die Lektüre seiner Arbeit.
- Die Qualität der Leistung darf nicht Dreingabe zum Spottpreis sein. Die Richtlinie hat „Witterung“ für die bestehenden Qualitätsprobleme aufgenommen und ist in Artikel 67 von der strengen Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien abgerückt. Sie erlaubt, sogar klassische Aspekte der Bieterleistung, nämlich die „Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals“ zum Gegenstand der Angebotsbewertung zu machen und bei der Preis-Leistungs-Relation zu berücksichtigen. Gerade bei den personalintensiven sozialen Leistungen erscheint eine solche Berücksichtigung unverzichtbar. Diese Impulse der Richtlinie gilt es aufzunehmen und damit die Weichen für eine Vergabepaxis zu stellen, die wirtschaftliche – im Sinne von qualitativ hochwertigen Leistungen zu einem angemessenen Preis – honoriert.

- Schließlich ist es ein Gebot der Rechtssicherheit für Bieter, das Verbot des ungewöhnlichen Wagnisses (in welcher Form auch immer) wieder ins kodifizierte Vergaberecht aufzunehmen.

Ich gestatte mir einen abschließenden Blick und Apell über die unmittelbare Umsetzung der Richtlinie hinaus: aus gutem Grund arbeitet das Vergaberecht mit Ermessensspielräumen und überlässt es den Auftraggebern, diese zu nutzen. Die Verwirklichung der Reformziele, die Flexibilisierung der Vergabepaxis im Interesse der Bieter aber damit auch die praktische Bedeutung vieler die Bieter schützenden Verfahrenselemente werden deshalb maßgeblich davon abhängen, dass die Auftraggeber von ihren Gestaltungsspielräumen Gebrauch machen. Hier aber tönt ein nahezu ständiger Klagegesang über die hohen Prozessrisiken und die böse Streitsucht beleidigter Bieter. Aus meiner Erfahrung als Verbandsvertreterin kann ich sie beruhigen. Die streiten längst nicht so viel, wie sie leider Anlass hätten.

Deshalb komme ich nochmal auf meinen Eingangsapell an den Gesetz- wie den Auftraggebern zurück: haben Sie Mut, sich ihrer Gestaltungsspielräume zu bedienen.

These zur Umsetzung der Vergaberichtlinien

„Zum Daseinsgrund des Vergaberechts“



Franz Drey

Behördenspiegel, Berlin

Sehr verehrte Damen und Herren,

ich nenne Ihnen meine These, notwendige gesetzgeberische Schlussfolgerungen für die laufende und die darauf folgende Vergaberechtsnovellierung, den Entwurf eines Paragraphen, sowie einige Erwägungsgründe und weitere Konsequenzen unter anderem mit Blick auf die Einbindung dieses Themas in die allgemeine Digitalisierung.

Es geht um:

- die bewusste Überschreitung des thematischen Terrains Vergaberecht; dieses Rechtsgebiet ist keine einsame Insel im weiten wirtschaftlichen und rechtlichen Ozean des Wirkens von Staat und Kommunen,
- eine Gewichtsverlagerung zugunsten der Auftraggeberseite bei konkreten Interessenabwägungen im Zuge der Anwendung von Vergabevorschriften,
- den bewussten Abschied vom Prinzip „gleiche Augenhöhe“ zwischen öffentlicher Hand und bietenden Unternehmen und von sich daraus ergebenden Instanzen wie den Vergabe- und Vertragsausschüssen in ihrer jetzigen Rolle,
- eine deutliche, wenn auch nicht große, Systemveränderung,
- letztendlich notwendige neue Denkgänge.

Meine These lautet:

„Daseinsgrund des Vergaberechts ist es, die öffentliche Hand mit denjenigen guten Produkten und Dienstleistungen zu versorgen, die zur erfolgreichen Erfüllung ihrer Aufgaben zum Nutzen der Bürger und Unternehmen notwendig sind. Alle anderen Ziele des Vergaberechts sind nachrangig oder nur Mittel zum Zweck: Haushaltsschonung, Wettbewerb, Binnenmarktöffnung, Mittelstandsförderung, gesellschaftspolitische Ziele, Wachstum, Innovation, Förderung von Zulieferbranchen.“

Bei der gesetzlichen Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien in Deutschland plädiere ich für eine ausdrückliche Formulierung dieser Gewichtung im neuen Regelwerk. Die Umgewichtung ist Konsequenz aus der ratio legis der Rechtsmaterie Beschaffung. Es muss bei Auslegung und Abwägung der einzelnen Paragraphen diese systematische Orientierung gesichert werden, ausgehend von dem Basisziel erfolgreiche Erfüllung öffentlicher Aufgaben.

Die Orientierung liefert der erste Paragraph des neuen Regelwerks. Dieses wäre zu platzieren:

- entweder nach wie vor im § 97 des GWB, das jedoch die Bezeichnung „Gesetz für Wettbewerb und Beschaffung“ erhält,
- oder in der Bundeshaushaltsordnung, da die Beschaffung Teil des haushälterischen Agierens des Staates ist,
- oder in einem eigenständigen neuen Gesetz, dem "Beschaffungsgesetz für die öffentliche Hand" (BeschaG).

Die Absätze des § 1 BeschaG lauten:

1. Die öffentliche Auftragsvergabe dient der Ausstattung der öffentlichen Gebietskörperschaften und der anderen unter die nachfolgenden Vorschriften fallenden Auftraggeber mit den Produkten und Dienstleistungen, die sie für die Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen.
2. Ablauf und Ergebnis der Beschaffung müssen wirtschaftlich sein. Wettbewerb, Gleichbehandlung der Bieter und Transparenz dienen diesem Ziel.
3. Verfahren oder Verfahrensschritte, bei denen der Aufwand für Wettbewerb den Zugewinn an Wirtschaftlichkeit übersteigt, finden nicht statt.
4. Der Aufwand für gesellschaftspolitische Ziele wie Umweltschutz, Sozialpolitik oder Innovationsförderung ist bei der Darstellung der Wirtschaftlichkeit zu berücksichtigen.

Der bisherige § 97 GWB ist ein unvollständiges Gemenge von Zielangaben und Wegen dorthin (Vergabeprinzipien).

Ressortzuständigkeit

Die Neuformulierung verlangt bei den Bundesressorts eigentlich eine Verlagerung der Federführung für das Vergaberecht von der Bieterseite zur Beschaffenseite. Idealtypischerweise wäre dies das Bundesministerium des Innern. Das Innenministerium trägt nicht nur die Verantwortung für Innenpolitik und innere Sicherheit, sondern auch für das innere Funktionieren der Verwaltung und damit für deren optimale Ausstattung.

Das Wirtschaftsressort ist verantwortlich für das optimale Funktionieren der Wirtschaft, die sich auf der Bieterseite befindet. Rein denklogisch gesehen kann nur ein Ministerium, das sich auf der Beschaffenseite befindet, für die Beschaffung zuständig sein und deren Verfahrensregeln entwickeln. Dem steht nicht entgegen, dass es sich dabei um Wettbewerbsregeln handelt, da diese nur Mittel zum Zweck sind und nicht Selbstzweck.

Gesamtvorgang Beschaffung

Die wettbewerbliche Komponente der öffentlichen Beschaffung, die Auftragsvergabe, ist nur ein Teil des Gesamtvorganges Beschaffung. Um diesen Gesamtvorgang besser in den Griff zu bekommen, ist ein eigenes Beschaffungsgesetz notwendig, um Ablauf und Phasen bei öffentlichen Beschaffungsprojekten ganzheitlich und insgesamt transparent darstellen und steuern zu können.

Zum Gesamtvorgang Beschaffung gehören vor allem die Abläufe und Entscheidungen, die vor und nach dem Vergabeverfahren stattfinden. Also die „Phase O“ der Projektvorbereitung (Design-Phase) und die Vertragsabwicklung (Vertragsmanagement).

Letztere ist nicht ohne Grund (wenn auch nur teilweise) als Teil B bzw. C in den zurzeit noch vorhandenen Vergabe- und Vertragsordnungen geregelt. Und die Phase O ist unausgesprochen ein unabdingbarer Bestandteil der HOAI.

Phase O

Der ganzheitliche Vorgang Beschaffung verlangt eine kohärente ganzheitliche Betrachtung, die sich in einem ebenso kohärenten Regelwerk niederschlägt. Die drei voneinander abhängigen „Säulen“ oder Hauptglieder der Beschaffungskette, die beim Einkauf und bei Projekten gewährleisten, dass das jeweilige Vorhaben optimal gelingt, sind:

1. die Phase 0 mit Bedarfsfeststellung und Projektvorbereitung,
2. die Leistungsbeschreibung, von deren Qualität fast alles abhängt,
3. die vertragliche Lösung und deren Umsetzung.

Auch für die Phase 0 muss das BeschG eine kohärente Darstellung enthalten, in der verpflichtende Anforderungen an Bedarfsprüfung und -feststellung, die politische Grundentscheidung, Projektvorbereitung und -Planung, Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, Darstellung der Risiken und Vergabereife formuliert werden.

Eine weitere Vergabereform

In der Phase 0 werden die entscheidenden Fehler gemacht, die dazu führten und führen, dass bekannte Großprojekte, aber auch viele „normale“ Beschaffungsvorhaben aus dem Ruder geraten. In der „Reformkommission Großprojekte“ des Bundesverkehrsministeriums (BMVI) wurden vergaberechtliche Konsequenzen formuliert, die sich in den Eckpunkten zur derzeit anstehenden Vergaberechtsreform noch nicht befinden. Aus dem BMVI ist aus berufenem Munde zu hören, dass eine darauf folgende Reform zwangsläufig ist.

Beschaffung 4.0

In das BeschG gehört außerdem eine kohärente Grundregelung der künftigen Rolle der Informationstechnologie bei der öffentlichen Beschaffung. Deren Rolle geht weit über das hinaus, was von den neuen EU-Richtlinien unter dem Stichwort „E-Vergabe“ verlangt wird. Gemeint ist die integrale Einbindung in das gesamte öffentliche IT-System (E-Government, Verwaltungsmodernisierung).

Die rapide zunehmende Digitalisierung aller Bereiche macht auch vor öffentlicher Verwaltung und Infrastruktur nicht halt. Das „Netz der Dinge“, das in der Wirtschaft unter dem Stichwort Industrie 4.0 die Produzenten miteinander verbindet, wird von einem „Netz der Dienste“ und „Netz der Strukturen“ im öffentlichen Bereich begleitet werden. Verwaltung 4.0 und als deren Bestandteil Beschaffung 4.0 werden kommen.

Weitere Konsequenzen:

Zu den Konsequenzen aus § 1 BeschG gehören auch:

- Kosten, die per Vergaberecht bei Gebietskörperschaften entstehen, die für die damit verfolgten Ziele nicht zuständig sind, etwa Abbau von Kinderarbeit in Drittländern oder Förderung von Frauenarbeit in Unternehmen, werden erstattet,
- mehr Ermessens- und Auslegungsspielräume zugunsten der öffentlichen Seite bei der Interessenabwägung zwischen Auftraggeber und Bieter,
- mehr Spielraum zugunsten der Auftraggeber bei der Frage, ob Vergaberecht überhaupt zur Anwendung kommt; die einschlägigen Stichworte sind u.a.: Auftraggeberbegriff, Sektorenbereiche, Sonderregime, Inhouse-Geschäfte, horizontale Kooperation, Unterschwellenbereich.

Eine künftige Regelung für Rechtsmittel unterhalb der Schwellenwerte darf nicht das Wirtschaftlichkeitsprinzip konterkarieren. Bürokratischer Aufwand wegen Auseinan-

dersetzungen um kleinteilige Aufträge heißt: weniger wirtschaftlich bis hin zu ausschließlich Kosten.

Öffentliche Haushaltsmaterie

Bisher hat sich in Deutschland faktisch wie rechtsdogmatisch eine nicht sachgerechte Gewichtung zugunsten der vergaberechtlichen Ziele Wettbewerb und Binnenmarkt ergeben. Das führte sachwidrig dazu, dass das bundesrechtliche Vergaberegelerwerk ins Wettbewerbsrecht (GWB) platziert wurde.

Beschaffung und auch das zu ihr gehörende Vergaberecht ist keine „eigenständige“ Rechtsmaterie, sondern ein mixtum compositum, bestehend aus unterschiedlichen rechtlichen Komponenten und orientiert an zahlreichen Zwecken, die jedoch nicht sinnvoll einander zugeordnet sind. Vergaberecht ist nur „Leitplankenrecht“, das zwar angesichts der ungeheuren Summen, um die es geht, eine enorme Bedeutung hat, aber in seiner reinen Form nur Verfahren regelt.

Öffentliche Beschaffung ist öffentliches Handeln, d.h. ein Vorgang, über dessen einzelne Schritte im öffentlichen Bereich entschieden wird, auch wenn die anzuwendenden Regeln nicht öffentlich-rechtlicher Art sind. Beschaffung ist der Materie nach ein haushalterischer Vorgang. Das ändert sich nicht dadurch, dass im Wettbewerb beschafft wird und wettbewerbliche Regeln gerichtlich durchgesetzt werden können. Beschaffung gehört zum investiven Teil der Ausgabenseite öffentlicher Haushalte.

These zur Umsetzung der Vergaberichtlinien

„GPA/Definition des wirtschaftlich günstigsten Angebotes“



Marc Steiner

Richter am schweizerischen Bundesverwaltungsgericht

These

„Ist das EU-Vergaberecht unterwegs vom Preis- zum Qualitätswettbewerb? – eine Außenansicht“

I. Gliederung des Kurzvortrags

Ich möchte in der Hauptsache den Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots erörtern. Dies aufbauend auf der These, dass das neue EU-Vergaberecht einen europaweiten Kulturwandel intendiert weg von der Vergabe zum niedrigsten Preis hin zur Berücksichtigung des Angebots mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zuvor soll indessen kurz auf den Unterschied in der Regelungsdichte zwischen dem WTO-Government Procurement Agreement, den EU-Vergaberichtlinien und dem nationalen Vergaberecht eingegangen werden. In diesem Rahmen ist klarzustellen, dass die Qualitäts- oder die Preisorientierung nicht nur vom europarechtlichen Rahmen abhängt; vielmehr geht es hier auch um eine Frage der Vergabekultur insbesondere im Rahmen der Nutzung der den Mitgliedstaaten bzw. den Auftraggeberinnen zustehenden Spielräume. Anschließend soll kurz darauf hingewiesen werden, dass es eine Wechselwirkung zwischen der Methode der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots und dem strategischen Ziel der nachhaltigen Beschaffung gibt. Zum Schluss gilt es, den Blick noch kurz auf die Umsetzung der EU-Richtlinien in Deutschland zu richten.

Ohne Rückfrage nicht behelligt werden Sie mit den ILO Core Labour Standards als Ausschlussgründen nach schweizerischem Vergaberecht. Ebenso wenig sollen Sie mit der derzeit laufenden schweizerischen Vergaberechtsreform belästigt werden; vielmehr mag der Hinweis genügen, dass diese unter anderem durch das Ziel der materiellen Harmonisierung geprägt ist, indem versucht wird, die Regulierung des Vergaberechts von Bund und Kantonen – quasi im Unterschied zu Österreich – nach wie vor in zwei verschiedenen Erlassen zu regeln, diese aber möglichst weitgehend parallel und mit dem gleichen Wortlaut zu verabschieden. Auch zur Nachhaltigkeit als Gesetzesziel des Vergaberechts will ich schweigen.

II. Arbeitshypothese: Kulturwandel im Vergaberecht

Als Arbeitshypothese sei den nachfolgenden Ausführungen die Aussage vorangestellt, wonach das neue EU-Vergaberecht einen Kulturwandel¹ intendiert im Sinne einer Bewegung weg vom niedrigsten Preis hin zum besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Dies war jedenfalls das Ziel des Europäischen Parlaments, welches der „dictatorship“ des „lowest price“ ein Ende setzen wollte². Das gilt – wenn auch zugegebenermaßen weniger weitgehend – für den schließlich verabschiedeten Richtlinienentwurf. Der eigentliche Schlüssel ist der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots im Sinne der Frage nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Hier wird die Weiche gestellt in Bezug auf die Bedeutung von Qualitätswettbewerb einerseits und Preiswettbewerb andererseits. Darauf ist im Folgenden nach der Erörterung der Fragen zur Regelungsdichte näher einzugehen.

III. Die intendierte Regelungsdichte des GPA als Argument in Bezug auf die Auslegung desselben

Um die Logik der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zu verstehen gilt es zunächst, die einschlägige Regelung des Government Procurement Agreement in Erinnerung zu rufen. Das GPA 1994 kennt in Art. XIII Abs. 4 b) bekanntlich die freie Wahl zwischen niedrigstem Preis und vorteilhaftestem Angebot unter Berücksichtigung mehrerer Bewertungskriterien³. Dasselbe gilt für Art. XV Abs. 5 des GPA 2012⁴. Pünder geht in diesem Zusammenhang richtigerweise davon aus, dass die Möglichkeit der Vergabe des Zuschlags an das „most advantageous tender“ dafür

¹ Vgl. Zum Begriff der Vergabekultur in diesem Zusammenhang etwa Steiner, in: Sechzehnte forum vergabe Gespräche 2013, S. 151 ff., insb. S. 153

² "The new criteria will put an end to the dictatorship of the lowest price and once again make quality the central issue." (Marc Tarabella; vgl. <http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/content/20140110IPR32386/html/New-EU-procurement-rules-to-ensure-better-quality-and-value-for-money>, zuletzt besucht am 2. Februar 2015)

³ Prieß, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, München 2003, S. 647

⁴ Pitschas, Das neue WTO-Beschaffungsübereinkommen (GPA 2012), in: Jahrbuch forum vergabe 2013, S. 109 ff., insb. S. 121 f.

spricht, dass nicht nur ökonomische Wertungsaspekte zulässig sind⁵. Dies entspricht für das europäische Recht wiederum der Argumentationslogik des EuGH-Urteils in Sachen *Concordia Bus Finland*⁶. Das muss insbesondere für den Umweltbereich gelten, nachdem im GPA 2012 Umweltmerkmale in Art. X Abs. 9 ausdrücklich als mögliches Bewertungskriterium vorgesehen sind. Das GPA kann aber nach der hier vertretenen Auffassung noch aus einem anderen Grund nicht im Sinne eines „purity principle“⁷ zum rigiden Bollwerk gegen die Berücksichtigung jeder Art vergabefremder Aspekte stilisiert werden. Entscheidend ist insoweit das Argument der intendierten Regelungsintensität. Kunnert hält dazu treffend fest, dass der Kodex 1994 nicht auf eine umfassende Regelung des Beschaffungsverfahrens abzielt. Vielmehr konzentriert sich dieser darauf, den Spielraum der jeweiligen nationalen Vergabegesetzgeber bzw. Vergabestellen soweit einzuengen, wie dies für den Abbau traditioneller nationaler Protektionismen auf dem Feld des öffentlichen Beschaffungswesens notwendig erscheint⁸. Das GPA will im Sinne von Mindeststandards Transparenz schaffen und Diskriminierungen vermeiden⁹. Eine andere Lesart – also die Oktroyierung eines bestimmten wirtschaftspolitischen Modells im Sinne eines „purity principle“, welches etwa den „strategic use“ im Sinne der Richtlinie 2014/24/EU rundweg in jeder Form ausschließen würde – würde im Übrigen auch dem erklärten Ziel, weitere WTO-Mitgliedstaaten zum GPA-Beitritt zu ermuntern, zuwiderlaufen¹⁰. Ganz ähnlich ist auch in Bezug auf den Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten die Regelungsichte im GPA deutlich geringer als im Rahmen des EU-Vergaberechts. Dazu bemerkt Kunnert, dass „von international-rechtlichen Rahmengesetzen [diesbezüglich] realistischerweise keine entscheidenden Beiträge zur Problemlösung“ erwartet werden sollen¹¹. Oder anders gesagt: Das GPA lässt genau wie im Rahmen der Ermittlung des „most advantageous tender“ bewusst Raum für verschiedene Vorgehensweisen. Die Regelungsichte nimmt zu, wenn man das EU-Richtlinienrecht

⁵ Pünder, Völkerrechtliche Vorgaben für das öffentliche Beschaffungswesen, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Auflage, Köln 2013, S. 88

⁶ Urteil in der Rechtssache C-513/99 vom 17. September 2002 *Concordia Bus Finland c/ helsingin kaupunki*, insb. Rdnr. 55; vgl. in Bezug auf soziale Aspekte das Urteil in der Rechtssache C-368/2010 vom 10. Mai 2012 *Kommission c/ Niederlande*. Nach den Vertretern des „purity principle“ müsste insbesondere dieses sogenannte Max Havelaar-Urteil des EuGH in letzter Konsequenz wohl GPA-widrig sein.

Vgl. dazu etwa Arrowsmith, Government Procurement in the WTO, Den Haag 2003, S. 331 f., und zum Entpolitisierungsziel Götsche, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), WTO-Recht, 2. Auflage, Baden-Baden 2010, S. 530

⁸ Kunnert, WTO-Vergaberecht, Baden-Baden 1998, S. 354

⁹ Trepte, The Agreement on Government Procurement, in: Macrory/Appleton/Plummer (Hrsg.), The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis, Band I, New York 2005, S. 1123 ff., insb. S. 1148, und in Bezug auf das revidierte GPA Anderson/Arrowsmith, The WTO Regime on Government Procurement, in: Arrowsmith/Anderson (Hrsg.), The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform, Cambridge 2011, S. 25

¹⁰ Vgl. zum Ganzen Steiner, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung, Arbeitspapier erstellt im Auftrag der Interessengemeinschaft Ökologische Beschaffung Schweiz (IGÖB), 3. Fassung, Bern 2015, S. 34 f.

¹¹ Kunnert, a.a.O. [Fn. 8], S. 270

mit dem GPA vergleicht, und die dichteste bzw. umfassendste Regelung erfolgt im nationalen Vergaberecht. Der nationale Gesetzgeber soll denn auch Richtlinienrecht nicht einfach abschreiben, sondern Aussagen dazu machen, von welchem Gestaltungsspielraum er in welcher Weise Gebrauch machen will. Außerdem lässt sich in Bezug auf das EU-Richtlinienrecht feststellen, dass die Regelungsdichte betreffend die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots in der Richtlinie 2014/24/EU im Vergleich zur sich am GPA orientierenden Richtlinie 2004/18/EG deutlich erhöht worden ist. Die intendierte Regelungsdichte wirkt sich – wie in Bezug auf das „purity principle“ gesehen – jeweils auf die Auslegung der in Frage stehenden Norm aus.

IV. Der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots – eine der Schlüsselstellen des neuen Vergaberechts

Erst vor dem Hintergrund des Vergleichs des EU-Vergaberechts mit dem WTO-Government Procurement Agreement wird auch klar, warum die Richtlinie 2014/24/EU gegenüber der Richtlinie 2004/18/EG einen Paradigmenwechsel darstellt. Die Richtlinie 2004/18/EG entspricht im Ergebnis präzise dem Regulierungsmodell des GPA 1994, indem wahlweise entweder der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot oder ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises vorgesehen ist. Ganz anders die Richtlinie 2014/24/EU; und dazu ist die Vorgeschichte interessant. Das Parlament hat mit Entschließung vom 25. Oktober 2011 zur Modernisierung im Bereich des öffentlichen Auftragswesens¹² die Ansicht vertreten, dass der Kriterium des niedrigsten Preises nicht mehr das ausschlaggebende Kriterium sein sollte, damit das volle Potential der öffentlichen Auftragsvergabe ausgeschöpft werden kann, und dass dieses Kriterium allgemein durch das Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots in Bezug auf die wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Vorzüge – unter Einbezug der gesamten Lebenszykluskosten – ersetzt werden sollte. Zugleich wird in dieser Entschließung unterstrichen, dass dies den niedrigsten Preis als ausschlaggebendes Kriterium im Falle von in höchstem Masse standardisierten Waren oder Dienstleistungen nicht ausschließen soll¹³. Mit dem letzten Satz dieser Ziffer 13 der Entschließung setzt sich das Parlament von NGO-Positionen ab, welche das Kriterium des niedrigsten Preises ganz aus dem Vergaberecht verbannt wissen wollten¹⁴. Das Bekenntnis zu einer Mehrzahl von Zuschlagskriterien als Regel und damit zum Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots im Unterschied zur bloßen

¹² ABl. C 131 vom 8. Mai 2013, S. 25 ff.

¹³ Vgl. dazu auch das Grünbuch der Kommission über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens vom 27. Januar 2011 (KOM[2011] 15 endgültig), S. 42

¹⁴ Vgl. dazu auch Grünbuch, a.a.O. [Fn. 13], S. 42, insb. Frage 70.1.1; eher auf der NGO-Linie der Tarabella-Bericht vom 11. Januar 2013, S. 150 f.

Frage nach dem günstigsten Preis bringt als solches bereits die Orientierung am Preis-Leistungs-Verhältnis unter Berücksichtigung des Qualitätswettbewerbs mit sich¹⁵.

So weit wie das Europäische Parlament wollte aber die Kommission im Rahmen ihres Entwurfs für die Richtlinie 2014/24/EU nicht gehen. Indessen hat sie bereits im Grünbuch festgehalten, dass der Qualitätswettbewerb begünstigt werden kann, indem der Schwerpunkt vom niedrigsten Anfangspreis auf die niedrigsten Lebenszykluskosten verlagert wird¹⁶. Art. 67 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU ist insoweit ein Kompromiss, was sogleich näher auszuführen sein wird. Für das Verständnis wichtig ist die Klarstellung, dass nun das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht mehr eine von zwei Alternativen ist wie nach der Richtlinie 2004/18/EG, sondern zum Oberbegriff wird¹⁷. Zur Ermittlung desselben werden gemäß Art. 67 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU im Ergebnis drei Varianten angeboten: Der Zuschlag nach dem niedrigsten Preis, der Zuschlag nach den niedrigsten Kosten (etwa nach der Lebenszykluskostenrechnung gemäß Art. 68 der Richtlinie) oder der Zuschlag nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zugleich enthält der Erwägungsgrund 92 ein Entgegenkommen an das Parlament, wenn dort – und dies im Unterschied zum Entwurf der Kommission – festgehalten wird, dass öffentliche Auftraggeber zur Wahl von Zuschlagskriterien ermutigt werden sollten, mit denen sie qualitativ hochwertige Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen erhalten können, die ihren Bedürfnissen optimal entsprechen. In dieselbe Richtung bewegt sich das europäische Vergaberecht, wenn in Artikel 67 Abs. 2 der neuen klassischen Richtlinie gesagt wird, die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass die öffentlichen Auftraggeber nicht den Preis oder die Kosten allein als einziges Zuschlagskriterium verwenden dürfen¹⁸. Das ist angesichts der Sintesi-Rechtsprechung des EuGH besonders wichtig. Mit diesem Entscheid ist festgehalten worden, dass eine generelle Beschränkung des nationalen Gesetzgebers auf den niedrigsten Preis als Zuschlagskriterium unzulässig ist¹⁹. Das Ermessen der Auftraggeberin soll insoweit nicht über Gebühr eingeschränkt werden. Neu sagt die Richtlinie 2014/24/EU ausdrücklich, dass das Gegenteil, nämlich die Verpflichtung durch nationales Gesetz auf den Zuschlag nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis, zulässig ist. In gleicher Weise kann der Zuschlag nach dem niedrigsten Preis oder den niedrigsten Kosten auf bestimmte Kategorien von öffentlichen Auftraggeberinnen oder bestimmte Arten von Aufträgen beschränkt werden. Umgekehrt soll das beste Preis-Leistungs-Verhältnis nicht nur anhand

¹⁵ Vgl. dazu mutatis mutandis Braun/Kappenmann, Die Bestimmung des wirtschaftlichsten Bieters nach den Zuschlagskriterien der Richtlinie 2004/18/EG, in: NZBau 2006, S. 544 ff., insb. S. 545.

¹⁶ Grünbuch, a.a.O. [Fn. 13], S. 5

¹⁷ Dies erhellt aus dem Erwägungsgrund 89 der Richtlinie 2014/24/EU; Hettich, in: Soudry/Hettich (Hrsg.), Das neue Vergaberecht – Eine systematische Darstellung der neuen EU-Richtlinien 2014, Köln 2014, S. 62

¹⁸ Vgl. dazu auch den Erwägungsgrund 90 der Richtlinie 2014/24/EU

¹⁹ Urteil des EuGH in der Rechtssache C-247/02 vom 7. Oktober 2004, Rdnr. 38 ff.

„kostenfremder“ Kriterien ermittelt werden²⁰. Vielmehr soll das beste Preis-Leistungs-Verhältnis stets eine Preis- oder Kostenkomponente enthalten²¹. Es bleibt abzuwarten, inwieweit der deutsche Gesetzgeber von diesem Regelungsspielraum Gebrauch macht²². Zusammenfassend sind wir jetzt in gewisser Weise dort, wo Dreher immer schon hinwollte, wenn er zu § 97 GWB festgehalten hat, dass man – ganz im Sinne der Kommission – eigentlich vom besten Kosten-Leistungs-Verhältnis und nicht vom besten Preis-Leistungs-Verhältnis sprechen sollte²³. Folgerichtig sprechen Soudry/Hettich für das neue EU-Vergaberecht zutreffend vom Primat des wirtschaftlich günstigsten Angebots, womit aber nach der neuen Terminologie eigentlich der Primat des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses gemeint ist²⁴. Oder im Umkehrschluss: Abweichend von der bisherigen Regelung der Richtlinie 2004/18/EG misst der EU-Gesetzgeber dem reinen Preiswettbewerb zukünftig nur eine nachrangige Bedeutung bei²⁵.

V. Fazit mit Blick auf die nachhaltige Beschaffung

Wir erinnern uns an die anfangs formulierte Arbeitshypothese, wonach das neue EU-Vergaberecht einen Kulturwandel intendiert im Sinne einer Bewegung weg vom niedrigsten Preis hin zum besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Diese Neudefinition ist zugleich methodische Voraussetzung für die Integration von Nachhaltigkeitsaspekten ins Vergaberecht. Die Internalisierung von externen Umweltkosten, wie sie Art. 68 Abs. 1 b) der Richtlinie 2014/24/EU erlaubt, passt mit der Frage allein nach dem niedrigsten Preis zusammen wie die sprichwörtliche Faust aufs Auge. Es braucht also für den „strategic use“ des öffentlichen Beschaffungswesens im Sinne der Strategie „Europa 2020“²⁶ einen neuen Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots, den das EU-Vergaberecht nun definiert bzw. bereitstellt. Damit geht die Richtlinie zwar nicht ganz so weit, wie es das Parlament gerne gesehen hätte, aber die Beschreibung der dargestellten Rechtsänderung als Paradigmenwechsel ist aus gesamteuropäischer Sicht keineswegs übertrieben. Denken Sie immer daran, dass es nicht überall in Europa § 97 Abs. 5 GWB mit Art. 67 der Richtlinie 2014/24/EU zu vergleichen gilt! (Immerhin darf festgestellt werden, dass die Schweiz insoweit nahezu perfekt EU-kompatibel wäre.) Zu dieser Entwicklung wiederum passt eine gewisse ideologische Entkrampfung in Bezug auf die Berücksichtigung namentlich ökologischer Aspekte,

²⁰ Erwägungsgrund 92 der Richtlinie 2014/24/EU; Soudry/Hettich, a.a.O. [Fn. 17], S. 63

²¹ Erwägungsgrund 90 der Richtlinie 2014/24/EU

²² Soudry/Hettich, a.a.O. [Fn. 17], S. 64

²³ Dreher, in: Dreher/Stockmann (Hrsg.), Kartellvergaberecht, München 2008, Rn. 214 zu § 97 GWB mit Fn. 446; vgl. dazu auch Opitz, Der Wirtschaftlichkeitsbegriff des Kartellvergaberechts, in: NZBau 2001, S. 12

²⁴ Soudry/Hettich, a.a.O. [Fn. 17], S. 62

²⁵ Soudry/Hettich, a.a.O. [Fn. 17], S. 64

²⁶ Siehe dazu namentlich den Erwägungsgrund 95 der Richtlinie 2014/24/EU

wie sie etwa aus der Darstellung von Brackmann sichtbar wird²⁷. In diesem Sinne hat auch Fridhelm Marx anlässlich der forum vergabe Gespräche 2013 geraten, die Fundamentalopposition gegen „vergabefremde“ Aspekte aufzugeben und sich vielmehr zu überlegen, ob und inwieweit gewisse Gesichtspunkte in welchen vergaberechtlichen Kategorien sinnvoll umsetzbar seien. Wenn damit zugleich erreicht werden könne, dass der vergaberechtliche Flickenteppich durch die Landesvergabegesetze in Deutschland verkleinert werde, sei es umso besser²⁸. Zudem hält Schäfer zum Green Public Procurement fest, dass diesbezüglich auch der Umstand eine Rolle spielt, dass die europäische und vor allem die deutsche Industrie nach hohen Aufwendungen zur Einhaltung stetig verschärfter EU-Umweltvorschriften inzwischen Produkte und Dienstleistungen anbietet, die im Vergleich zu Wettbewerbern aus anderen Weltregionen umwelttechnisch oft überlegen sind, was diesen Angeboten Wettbewerbsvorteile einbringen kann und Umweltkriterien auf dem globalen Markt einen neuen Stellenwert beilegt²⁹. Das zeigt, was „Europa 2020“ eigentlich meint: Ökoinnovation ist nicht nur Umwelt-, sondern auch Industriepolitik.

VI. Fazit mit Blick auf die Umsetzung der neuen EU-Richtlinien

Von den Ideen des europäischen Parlaments ist das Konzept des § 97 Abs. 5 GWB nach der hier vertretenen Auffassung nicht sehr weit entfernt. Denn auch zum geltenden deutschen Recht wird festgehalten, dass sich die Vergabe an das wirtschaftlich günstigste Angebot und damit (im Regelfall) am besten Preis-Leistungsverhältnis orientiert³⁰. Außerdem wird präzisierend ausgeführt, dass es der öffentlichen Auftraggeberin „in geeigneten Fällen“ (sic!) – z.B. bei der Nachfrage nach homogenen Massengütern – möglich sein muss, ausschließlich den Preis als Kriterium für die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots anzugeben³¹. Soweit unter Bezugnahme auf die Richtlinie 2004/18/EG die Auffassung vertreten worden ist, § 97 Abs. 5 GWB sei richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass öffentliche Auftraggeber die freie Wahl haben zwischen dem Kriterium der Wirtschaftlichkeit und dem Kriterium des niedrigsten Preises³², ist einer solchen Rechtsauffassung mit Blick auf die Richtlinie 2014/24/EU nach der hier vertretenen Auffassung der Boden jeden-

²⁷ Brackmann, Nachhaltige Beschaffung in der Vergabepraxis, in: VergabeR 2014, S. 310 ff.; vgl. zum Ganzen die Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts vom 7. Januar 2015 (Beschluss des Bundeskabinetts)

²⁸ Sechzehnte forum vergabe Gespräche 2013, S. 186 in Verbindung mit der Abbildung S. 188

²⁹ Schäfer, Green Public Procurement im Rahmen der EU-Umwelt- und Nachhaltigkeitspolitik, in: Priess/Lau/Kratzenberg (Hrsg.), Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung, Festschrift für Fridhelm Marx, München 2013, S. 657 ff., insb. S. 660

³⁰ Vgl. dazu etwa Fehling, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2015, Rz. 180 zu § 97 GWB, oder Soudry/Hettich, a.a.O. [Fn. 17], S. 64

³¹ Dreher, a.a.O. [Fn. 23], Rz. 219 zu § 97 GWB; Soudry/Hettich, a.a.O. [Fn. 17], S. 64

³² So etwa Hölzl, in: Montag/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar, Band 3: Beihilfen- und Vergaberecht, München 2011, Rz. 269 zu § 97 GWB

falls entzogen. Es steht mir nicht zu, als von der Umsetzung nicht Betroffener Forderungen zur Neuformulierung des GWB zu stellen. Nichtsdestoweniger möchte ich etwas Werbung für die Schweizer Lösung gemäß Art. 21 BöB machen³³, wonach die Tatsache, dass sich die öffentliche Auftragsvergabe auf das beste Preis-Leistungs-Verhältnis abzielt, als allgemeine Maxime des Vergaberechts ausdrücklich formuliert wird.

³³Vgl. zum Ganzen Steiner, Nachhaltige öffentliche Beschaffung – ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich 2014, S. 149 ff., insb. S. 165 ff.

These zur Umsetzung der Vergaberichtlinien

„Anwendungserleichterung beim Wettbewerblichen Dialog“



Dr. Jenny Mehlitz

GSK Stockmann + Kollegen, Berlin

These

„Bei der Umsetzung der neuen Vergaberichtlinie in deutsches Recht, plädiere ich für eine Übernahme der erleichterten Anwendungsvoraussetzungen für den wettbewerblichen Dialog“.

Wie die Praxis zeigt, bietet der wettbewerbliche Dialog Vorteile für bestimmte Beschaffungsvorgänge. Die Verfahrensart ist insbesondere geeignet für komplexe Beschaffungen – nicht hingegen sicherlich für den sprichwörtlichen Bleistifteinkauf.

Worin liegen die Vorteile? Im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren gilt, dass der Auftraggeber die zu beschaffende Leistung konkret beschreiben muss. Im Verhandlungsverfahren kann zwar über die Leistung verhandelt werden, auch hier gilt jedoch die Grenze, dass sich der wesentliche Gegenstand der Beschaffung nicht ändern darf. Das heißt, dass der Auftraggeber eine konkrete Leistungsbeschreibung erstellen muss. Wenn er das selbst nicht kann – sei es mangels Kompetenz oder mangels Kapazität – muss er zur Erstellung der Leistungsbeschreibung einen der eigentlichen Beschaffung vorgelagerten Auftrag erteilen. Hierbei kann es sich beispielsweise um eine Machbarkeitsstudie, einen Architektenwettbewerb oder anderweitige spezifische Beratungsleistungen handeln. Wenn dieser Auftrag dem Vergaberecht unterliegt, ist auch er auszuschreiben. Hierdurch kann ein zusätzlicher Zeit- und Kostenaufwand entstehen.

Das ist beim wettbewerblichen Dialog anders: Die Besonderheit dieser Verfahrensart ist, dass der Auftraggeber lediglich seine „Bedürfnisse und Anforderungen“ beschreiben muss. Das geschieht ergebnisoffen. Die Lösung für den Beschaffungsbedarf wird erst im Laufe des Vergabeverfahrens ermittelt. Dazu treten Auftraggeber und Unternehmen in einem Dialog, in dem sie gemeinsam erörtern, wie die Bedürfnisse und Anforderungen des Auftraggebers am besten erfüllt werden können. Dabei können alle Aspekte der Auftragsvergabe erörtert werden (Artikel 30 Abs. 3 VRL). Im Gegensatz dazu stellt die neue Vergaberichtlinie klar, dass bei Verhandlungsverfahren und Innovationspartnerschaft jedenfalls die Mindestanforderungen nicht Gegenstand der Verhandlungen sind; diese Klarstellung fehlt beim wettbewerblichen Dialog, sodass dem Verhandlungsgegenstand hier mit Ausnahme der Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes keine Grenzen gesetzt sind.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass beim wettbewerblichen Dialog die konkrete Leistungsbeschreibung erst während des Vergabeverfahrens erstellt wird.

Diese Besonderheit ist zugleich der Vorteil des wettbewerblichen Dialogs. Das gilt sowohl für den Auftraggeber als auch für die Unternehmen. Denn die Vergabe ist nicht an konkrete Vorgaben in der Leistungsbeschreibung des Auftraggebers gebunden. Eine solche Vorgabe kann durchaus einengend wirken und sich gerade bei komplexen Beschaffungen nachteilig auswirken. Vielmehr können die Ideen und das Know-How der Bieter ins Verfahren einbezogen werden, um die beste Lösung für die Bedürfnisse und Anforderungen des Auftraggebers zu finden.

Ein weiterer Vorteil liegt darin, dass der obsiegende Bieter seine Lösung selbst realisieren kann. Hierdurch sollte weitgehend gewährleistet sein, dass die im Rahmen des Dialogverfahrens erarbeitete Lösung praktikabel und wirtschaftlich ist. Zudem dürfte die Eigenrealisierung die Motivation der Unternehmen, gute und praktikable Ideen zu entwickeln, steigern, da sie auf diese Weise selbst profitieren können, statt dies einem anderen zu überlassen.

Trotz dieser offensichtlichen Vorteile findet der wettbewerbliche Dialog im Verhältnis zu anderen Verfahrensarten wenig Anwendung. Grund dafür dürften Unsicherheiten insbesondere bezüglich der Anwendungsvoraussetzungen, aber auch mangelnde Erfahrung beim Verfahrensablauf sein.

Ist dies berechtigt? Ich möchte Ihnen kurz die nach heutiger Rechtslage geltenden Anwendungsvoraussetzungen des wettbewerblichen Dialogs vorstellen. Gem. § 3 EG Abs. 7 VOB/A sowie VOL/A ist der Anwendungsbereich eröffnet, wenn der öffentliche Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist, die technischen Mittel, mit denen seine Bedürfnisse und Ziele erfüllt werden können, oder die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Vorhabens anzugeben. Die Anwendung des wettbewerblichen Dialogs ist mithin an konkrete, enge Anwendungsvoraussetzungen gebunden.

Aber: Rettung naht! In der neuen Vergaberichtlinie wird der Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialogs erheblich erweitert. Ich möchte Ihnen die wichtigsten Anwendungsvoraussetzungen aus Artikel 26 Abs. 4 VRL vorstellen. Danach ist der Anwendungsbereich eröffnet, wenn

- die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers nicht ohne die Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden können,
- die Aufträge konzeptionelle oder innovative Lösungen umfassen oder
- der Auftrag aufgrund konkreter Umstände, die mit der Art, der Komplexität oder dem rechtlichen oder finanziellen Rahmen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann.

Zusammenfassend lässt sich die Anwendung des wettbewerblichen Dialogs grundsätzlich immer dann begründen, wenn Verhandlungen über den Auftrag erforderlich sind.

Übrigens: Wenn Ihnen die letztgenannte Anwendungsvoraussetzung bekannt vorkommt, liegt das darin begründet, dass es sich hierbei um den bisherigen Hauptanwendungsfall für das Verhandlungsverfahren handelt. Derzeit gilt allerdings die weitere Voraussetzung, dass eine Preisermittlung nicht möglich sein darf. In diesem Zusammenhang soll nicht unerwähnt bleiben, dass die Anwendungsvoraussetzungen des wettbewerblichen Dialogs nach der neuen Richtlinie zugleich die Anwendungsvoraussetzungen für das Verhandlungsverfahren definieren. Dem Auftraggeber steht danach ein Wahlrecht zwischen beiden Verfahrensarten zu.

Zur weiteren Erläuterung der Anwendungsvoraussetzungen gibt die Vergaberichtlinie in Erwägungsgrund 43 folgende Hinweise: Bei Bauaufträgen ist der Anwendungsbereich grundsätzlich bei Bauleistungen, bei denen keine Normbauten errichtet werden, eröffnet. Bei Dienstleistungen oder Lieferungen ist der Anwendungsbereich bei komplexen Anschaffungen, beispielsweise für besonders hochentwickelte Waren, geistige Dienstleistungen wie etwa bestimmte Beratungs-, Architekten- oder Ingenieurleistungen, oder Großprojekte der Informations- und Kommunikationstechnologie, eröffnet. Hingegen soll der wettbewerbliche Dialog in Bezug auf Standarddienstleistungen oder Standardlieferungen, die von vielen verschiedenen Marktteilnehmern erbracht werden können, nicht genutzt werden.

Im Ergebnis wird durch die neue Richtlinie die Anwendung des wettbewerblichen Dialogs erleichtert. Die Anwendung setzt nicht mehr voraus, dass die Leistung aufgrund technischer, rechtlicher oder finanzielle Komplexität nicht beschrieben werden kann. Vielmehr ist der wettbewerbliche Dialog nach der Richtlinie grundsätzlich immer dann anwendbar, wenn Verhandlungen erforderlich sind. Dadurch können auch Beschaffungen, in denen beispielsweise die Nutzungsart bezüglich einer Bauverpflichtung oder die Logistik von Lieferungen und Dienstleistungen Gegenstand des Dialogs sein sollen, im Verfahren des wettbewerblichen Dialogs vergeben werden.

Die neue Vergaberichtlinie beseitigt damit Unsicherheiten bei der Anwendung des wettbewerblichen Dialogs. Dadurch wird der wettbewerbliche Dialog gestärkt und seine Vorteile können fruchtbar gemacht werden. Mit meiner These spreche ich mich daher für eine Übernahme der erleichterten Anwendungsvoraussetzungen für den wettbewerblichen Dialog ins deutsche Recht aus.

Ich bin gespannt, ob wir uns in einigen Jahren mit derselben Thematik zur Innovationspartnerschaft wiedersehen!

These zur Umsetzung der Vergaberichtlinien

„Für den Erhalt der PQ-Verzeichnisse“



Henrik Baumann und Dr. Jörg Stoye

HFK Rechtsanwälte, Frankfurt am Main

These

„Bei der Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien in deutsches Recht plädieren wir für eine nationale Regelung, die es ermöglicht, bestehende Präqualifikationsverzeichnisse als „nationale Datenbanken“ im Sinne des Art. 59 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU zu erhalten und auszubauen, um „zusätzliche Unterlagen“ zum Nachweis der Erklärungen in der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) abrufen zu können“.

Hintergrund

Die Funktion der bestehenden Präqualifikationsverzeichnisse als ein Mittel zur Nachweisführung der Bieterreignung ist sowohl im Baubereich als auch für die Vergabe von Lieferungen und Dienstleistungen in der Praxis wohl unbestritten. Unabhängig von ihrer künftigen Bedeutung bei europaweiten Auftragsvergaben sind die PQ-Verzeichnisse in der Vergabepaxis etabliert und werden auch künftig den öffentlichen Auftraggebern wie den Bietern eine große Hilfe sein.

Aufgrund der neuen Regelungen zur Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) ist derzeit jedoch nicht – jedenfalls nicht abschließend – geklärt, ob die Eintragung in ein bestehendes Präqualifikationsverzeichnis auch im Oberschwellenbereich künftig seine Funktion als eigenständiges Mittel der Eignungsnachweisführung behalten kann. Trotz des aus unserer Sicht recht eindeutigen Wortlautes von Art. 59 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU, wonach die öffentlichen Auftraggeber die von den Bietern anstelle von sonstigen Eignungsnachweisen vorgelegte aktualisierte EEE „akzeptieren“,

mithin die Vorlage der EEE den Bietern nicht ohne Weiteres als einzig zulässiges Eignungsnachweismittel vorschreiben dürfen, hat insbesondere die Diskussion im Rahmen der diesjährigen forum vergabe Gespräche Klärungsbedarf gezeigt. Wenn dem Entwurf der Durchführungsverordnung der Kommission zur Einführung des Standardformulars für die EEE die Auffassung entnommen wird, dass die EEE künftig als einziges Mittel der Nachweisführung für die Bieterzeugung von den öffentlichen Auftraggebern bestimmt werden kann, dann muss sich bei der Rechtsanwendung (insbesondere der Nachprüfungsinstanzen) eine gegenteilige Praxis erst durchsetzen. Unseres Erachtens wird dies früher oder später jedoch geschehen, da die – wenn auch am Telos der Norm orientierte – Auffassung, die dem Entwurf der Durchführungsverordnung entnommen wird, schlicht gegen den Wortlaut als Grenze jeder Auslegung verstößt.

Danach wird es auch künftig Wirtschaftsteilnehmer geben, die anstelle der EEE ihre Bieterzeugung durch Eintragung in ein Präqualifikationsverzeichnis oder auch durch Vorlage der Einzelnachweise belegen.

Dies vorausgeschickt können die bestehenden Präqualifikationsverzeichnisse künftig auch zur Verifikation der Angaben in der EEE nutzbar gemacht werden. Nach Art. 59 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU kann der Auftraggeber die Verfahrensteilnehmer jederzeit auffordern, „zusätzliche Unterlagen“ zu seinen Angaben in der EEE beizubringen. Beim zum Zuschlag vorgesehenen Bieter ist der Auftraggeber hierzu sogar verpflichtet. Nach Art. 59 Abs. 5 Unterabs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU entfällt diese Pflicht zur Vorlage zusätzlicher Unterlagen jedoch, soweit der Auftraggeber die Bescheinigungen oder Informationen über eine „gebührenfreie nationale Datenbank“ erhalten kann. Insoweit liegt es nahe, den bestehenden nationalen Präqualifikationsverzeichnissen diese Datenbankfunktion zuzuweisen.

„Nationale Datenbank“ im Sinne der Richtlinie 2014/24/EU

Diese Funktionserweiterung der nationalen Präqualifikationsverzeichnisse scheint bereits der Richtlinienggeber im Auge gehabt zu haben, wenn er in Art. 59 Abs. 5 Unterabs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU etwa ein nationales Vergaberegister aber auch ein Präqualifikationssystem als Regelbeispiel für eine gebührenfreie nationale Datenbank in einem Mitgliedstaat ausdrücklich benennt. Nach Erwägungsgrund 85 Satz 2 wünscht sich der Richtlinienggeber ausdrücklich, dass öffentliche Auftraggeber die Angaben in der EEE, „wann immer möglich, über einschlägige nationale – in dem Sinn, dass sie von staatlichen Stellen verwaltet werden – Datenbanken überprüfen.“

Nach Art. 59 Abs. 5 Unterabs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU müssen die Mitgliedstaaten allerdings sicherstellen, dass die von ihren öffentlichen Auftraggebern genutzten nationalen Datenbanken unter den gleichen Bedingungen auch von öffentlichen Auftraggebern anderer Mitgliedstaaten genutzt werden können.

Anpassungsbedarf der PQ-Verzeichnisse für Funktionserweiterung als nationale Datenbank

Besteht mithin nach den Regelungen von Art. 59 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU die ausdrückliche Möglichkeit, ein bestehendes nationales Präqualifikationssystem als nationale Datenbank zu nutzen, wenn und soweit sich darin die Informationen der nach Art. 59 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU vom Bieter einzureichenden zusätzlichen Unterlagen befinden, sollte der nationale Gesetzgeber im Rahmen seiner Richtlinienumsetzung diese Möglichkeit nicht ungenutzt verstreichen lassen.

Allerdings sind die bestehenden Präqualifikationsverzeichnisse so zu ertüchtigen, dass sie die neuen Anforderungen ihrer Funktionserweiterung als nationale Datenbank auch erfüllen. Erforderlich ist hierzu:

- Inhaltliche Anpassung der Datenbestände an die Neuerungen der Europäischen Vergaberichtlinie in Bezug auf die Ausschlussgründe, Eignungskriterien und deren Nachweisführung – dies ist gesetzgeberisches Handwerkszeug.
- Öffnung der PQ-Verzeichnisse für Auftraggeber aus anderen Mitgliedstaaten – dies dürfte in erster Linie eine technische Herausforderung sein, wobei der Gesetzgeber freilich das hohe Niveau des nationalen Datenschutzes zu gewährleisten hat.
- Die Betreiberstruktur der deutschen PQ-Systeme ist daraufhin zu untersuchen, ob sie tatsächlich im Sinne der Richtlinie „von staatlichen Stellen verwaltet“ werden – gegebenenfalls sind hier Anpassungen erforderlich.

Zukünftige Mittel der Eignungsnachweisführung

Nach unserem Verständnis erweitert sich also der Kanon der bestehenden Möglichkeiten zum Nachweis der Bieterleistung. Die Einreichung von Einzelnachweisen bleibt ebenso möglich wie der Verweis auf die Eintragung in ein bestehendes PQ-Verzeichnis. An deren Stelle können die Bieter auch die Einheitliche Europäische Eigenerklärung einreichen und zur Verifikation der dort enthaltenen Angaben auf ihre Eintragung in ein PQ-Verzeichnis verweisen. Für besondere auftragsspezifische Eignungsanforderungen, insbesondere konkret vergleichbare Referenzleistungen, wird aber auch künftig die Vorlage von spezifischen Einzelnachweisen notwendig bleiben.

These zur Umsetzung der Vergaberichtlinien

„Absenkung des Schwellenwertes für Bauleistungen auf 1 Mio. Euro“



Bernhard Stolz

Rechtsanwälte Kraus, Sienz & Partner

These

„Der Schwellenwert für Bauleistungen sollte auf € 1 Mio. abgesenkt werden“.

Aufgrund der geografischen Lage der Bundesrepublik Deutschland muss in der Regel davon ausgegangen werden, dass öffentlichen Bauaufträgen ab einem Auftragswert von € 1 Mio. netto Binnenmarktrelevanz zukommt (EuG, Urt. v. 29.05.2013- T 384/10; EuGH, Urt. v. 21.07.2005 – C-231/03, 15.05.2008 – C-147/06 und C-148/06; BGH, Urt. v. 30.08.2011 – X ZR 55/10).

Es würde in erheblichem Maße zur Rechtssicherheit beitragen, wenn für diese Aufträge, die den Grundprinzipien des AEUV (Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung, Transparenz, Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit) und damit auch dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes unterliegen, dem gleichen Vergaberegime unterworfen werden, wie die Bauaufträge oberhalb der Schwellenwerte, weil damit sichergestellt wäre, dass den europarechtlichen Anforderungen an die Vergabe derartiger Aufträge entsprochen wird (vgl. „Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen“, ABl. 2006, C 179, S.2).

Es besteht sowohl für Bieter als auch für Auftraggeber – insbesondere im Hinblick auf die 5-wöchige Entscheidungsfrist – ein praktisches Bedürfnis dafür, dass Bauaufträge ab € 1 Mio. dem spezifischen Vergaberechtsschutz vor den Vergabenachprüfungs-

instanzen und nicht den einstweiligen Rechtsschutzverfahren bei den Zivilgerichten unterliegen.

Im Zuge der Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien bietet sich die Gelegenheit, dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und effektivem Rechtsschutz bei binnenmarkt-relevanten Bauaufträgen unterhalb der Schwellenwerte unkompliziert durch Herabsetzung des Schwellenwerts für Bauleistungen auf € 1 Mio. zu entsprechen.

Mit der Herabsetzung des Schwellenwerts für Bauaufträge auf € 1 Mio. netto könnte gleichzeitig der von der EU-Kommission gegenüber der Bundesrepublik Deutschland aus Anlass des „Public Procurement Indicators 2011“ (05.12.2012) erhobenen Forderung nachgekommen werden, den weit unterdurchschnittlichen Anteil europaweit ausgeschriebener Aufträge am Bruttoinlandsprodukt und damit die Anzahl der europaweiten Ausschreibungen insgesamt deutlich zu erhöhen.

**Podiumsdiskussion:
Nachhaltigkeit bei Leistungs-
beschreibung, Eignungs-
und Zuschlagskriterien und
Anforderungen an die Ausführung:
kein Entkommen mehr möglich?**



Moderation und Einführung

Dr. Klaus Willenbruch

Taylor Wessing, Hamburg

Das Attribut „Nachhaltigkeit“ ist in aller Munde. Der Begriff ist so positiv besetzt, dass kaum eine Werbung auf ihn verzichten möchte, sei es bei der Werbung für nachhaltige Reisen, für Möbel aus nachhaltiger Holzproduktion, für T-Shirts aus nachhaltiger Herstellung usw. Auch im Vergaberecht gibt es wohl keinen Begriff, mit einer ähnlich schillernden Bedeutung wie der der Nachhaltigkeit. Allerdings schränkt die Thematik unserer Podiumsdiskussion die Befassung mit dem Postulat der Nachhaltigkeit mit der Frage ein, ob im Vergabeverfahren ein „Entkommen“ möglich ist. Diese Fragestellung umfasst verschiedene Einzelfragen: Muss, kann oder soll der Auftraggeber Nachhaltigkeitskriterien bei Ausschreibungen berücksichtigen? An welcher Stelle des Verfahrens sind diese zu verorten? In welchem Verhältnis stehen Nachhaltigkeitskriterien zu Wirtschaftlichkeitskriterien und sonstigen Vergabekriterien? Wie weit geht der Schutz von Drittrechten nach § 97 Abs. 7 GWB im Hinblick auf Nachhaltigkeitskriterien? Und welche praktischen Hilfestellungen können Auftraggeber und Bieter zur Ausfüllung des Postulats der Nachhaltigkeit und zur praktischen Umsetzung in Anspruch nehmen?

Festzustellen ist vorab, dass die Diskussion über das Kriterium der Nachhaltigkeit auf mehreren Ebenen geführt wird. Der Schwerpunkt der Diskussion lag und liegt bisher



auf der rechtspolitischen Ebene, nämlich bei der Frage, ob Nachhaltigkeitskriterien überhaupt einen sachgerechten Platz im Vergabeverfahren haben oder als sogenannte vergabefremde Aspekte zu verhindern sind. Seltener werden darüber hinaus bisher die Fragen diskutiert, die die praktische und rechtliche Handhabung von Nachhaltigkeitskriterien im Vergabeverfahren betreffen. Und von Ausnahmen abgesehen gibt es verhältnismäßig wenige Einzelfallentscheidungen der Gerichte, die als Basis für die Handhabung geeignet wären.

Übereinstimmung kann im Wesentlichen insoweit festgestellt werden, als es sich bei dem Postulat der Nachhaltigkeit im Vergaberecht um eine politische Grundentscheidung handelt, eine politische Vorgabe an öffentliche Auftraggeber, ja eine politische Strategie für öffentliche Beschaffungen. In ihrem Beitrag zu den Speyerer Vergaberechtstagen 2013 (VergabeR 2014, 310) hat Frau Brackmann die ökonomischen, sozialen und ökologischen Gesichtspunkte als die drei Säulen des Vergaberechts bezeichnet. Müller-Wrede (VergabeR 2012, 416) spricht von der Balance zwischen ökonomischen, ökologischen und sozialen Bedingungen. Und der Erwägungsgrund 95 der Richtlinie 2014/24 EU über die öffentliche Auftragsvergabe hält in diesem Sinne fest, dass es außerordentlich wichtig ist, das Potential der öffentlichen Auftragsvergabe im vollen Umfang für die Verwirklichung der Ziele der Strategie Europa 2020 für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum auszuschöpfen. In diesem Sinne muss ein „Entkommen“ der öffentlichen Auftraggeber vom „ob“ der Anwendungspflicht wohl als ausgeschlossen betrachtet werden. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf diverse Landesvergabegesetze, die die Länder,

Gemeinden und Gemeindeverbände ausdrücklich verpflichten, Aspekte einer nachhaltigen Beschaffung anzuwenden.

Deutlich kontroverser werden die Fragen beurteilt werden, die die praktische Handhabung von Nachhaltigkeitskriterien im Vergabeverfahren im Hinblick auf ein „Entkommen“ betreffen, also das „wie“ der Anwendung. Wenn beispielsweise Einigkeit darin besteht, dass nachhaltigkeitsfördernde Vergabekriterien „auftragsbezogen“ sein müssen, so wird es mit Sicherheit unterschiedliche Auffassungen dazu geben, ob dadurch nur das Produkt, oder auch der Produktionsprozess und ggf. die Entsorgung des Produkts angesprochen werden. Wenn auch Konsens hinsichtlich der möglichen Verortung der Nachhaltigkeitskriterien im Vergabeverfahren entweder im Rahmen der Eignungsprüfung, der Zuschlagsprüfung, der Anforderungen an die Ausführung oder zur Definition des Leistungsgegenstandes / Vertragsgegenstandes bestehen mag, so wird es keineswegs einhellige Meinung sein, dass Fehler dabei mit der „Höchststrafe“, nämlich der Rechtswidrigkeitsfeststellung der Ausschreibung, belegt werden. Kontrovers beurteilt wird sicher auch die Frage, ob die Vorschriften zur Steigerung der Energieeffizienz in § 4 Abs. 7-10 VgV mit ihrer Regelungsdichte ein Vorbild für weitere Nachhaltigkeitsaspekte sein können. Und welche Folgerungen dem Urteil des EuGH vom 10.05.2012 (EKO und MAX HAVELAAR) im Hinblick auf die Handhabung von Umweltgütezeichen zur Umsetzung der Anforderung an Öko- und Fair Trade-Produkte zu entnehmen sind, ist ebenfalls diskussionswürdig.

Mit diesen Fragen werden wir uns im Folgenden befassen, und zwar aus ganz unterschiedlichen Erfahrungen der Diskussionsteilnehmer.

**Podiumsdiskussion:
Nachhaltigkeit bei Leistungs-
beschreibung, Eignungs-
und Zuschlagskriterien und
Anforderungen an die Ausführung:
kein Entkommen mehr möglich?**



Statement

Dr. Arne Ott

Evonik Industries AG, Essen

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich nehme an dieser Diskussion als Vertreter „der Industrie“ bzw. „der Bieter“ teil. Dabei muss ich den üblichen Vorbehalt machen, dass meine Aussagen nicht die von Evonik Industries AG darstellen, sondern meine private Meinung.

A. Einleitung

Mit der neuen Vergaberichtlinie, die bis zum 18.04.2016 in deutsches Recht umzusetzen ist, wird der Aspekt der Nachhaltigkeit im Vergaberecht gestärkt.

Der Begriff „Nachhaltigkeit“ bei der Beschaffung – oder allgemein einfach „...beim Einkauf“ – meint generell die Berücksichtigung ökonomischer, ökologischer und sozialer Gesichtspunkte und Auswirkungen der Beschaffung bei Leistungsbeschreibung, Eignungsprüfung, Zuschlag und Auftragsausführung. Konkret geht es um Themen wie Energieeffizienz, faire Löhne bei den Anbietern, aber auch um die Betrachtung der Lebenszykluskosten und um den Einsatz umweltschonender Materialien – und eben nicht nur um den angebotenen Preis und die Produkteigenschaften.

Die neuen Regeln vereinfachen zum Teil Anforderungen und deren Nachweise, s. die Anforderung von Umweltzeichen. Allerdings bleibt es bei dem Bezug dieser Gesichtspunkte zum Auftragsgegenstand – und das ist aus Sicht der bietenden Wirtschaft unabdingbar!

Allgemeinpolitische Ziele sollen keinesfalls Gegenstand des Vergabeverfahrens sein, sondern in eigenständigen allgemein gültigen Gesetzen und den entsprechenden Gesetzgebungsverfahren beschlossen werden. Ein Beispiel dafür ist das Mindestlohngesetz: Unabhängig davon, wie man zu dem Nutzen und den Auswirkungen des Mindestlohnes steht, ist dessen allgemeine Regelung in einem Bundesgesetz ein entscheidender Fortschritt gegenüber einer Implementierung für den Bereich der öffentlichen Aufträge in verschiedenen Landesvergabegesetzen mit unterschiedlichen Inhalten. Auf diese Weise werden Unternehmen, die (auch) öffentliche Aufträge abwickeln mit denjenigen gleichgestellt, die sich rein in der Privatwirtschaft betätigen.

Zur Illustration der Bedeutung von Nachhaltigkeitsgesichtspunkten möchte ich einen Vergleich mit dem entsprechenden Handeln der „reinen Privatwirtschaft“ anstellen. Vorauszuschicken ist natürlich, dass es keine einheitliche Herangehensweise an das Thema Nachhaltigkeit in „der Industrie bzw. der Bieter“ gibt wegen der unterschiedlichen Betroffenheit, der Bewusstseinsbildung und der für dieses Thema vorhandenen Ressourcen.

B. Lieferketten

Ein erstes Beispiel sollen die Lieferketten sein, die seit der Katastrophe in der Textilfabrik in Bangladesh – genau heute vor 2 Jahren – im Fokus stehen. Die hohe mediale Aufmerksamkeit führte u.a. beim Entwicklungshilfeministerium zum Vorstoß einer Initiative „vom Baumwollfaden bis zum Bügel“.

Generell sind Großunternehmen im Verhältnis zu kleineren Unternehmen gesetzlich stärker verpflichtet und öffentlich mehr im Fokus – andere würden sagen „unter Beobachtung“. Auf deutscher, europäischer und weltweiter Basis gibt es dazu verschiedenste Aktivitäten. Beispielhaft seien folgende genannt:

- Entwicklung der ISO Norm 20400 zu „Sustainable Procurement“, in der Inhalte und das Verfahren definiert werden.
- CSR-Verpflichtungen und deren Berichterstattung im Rahmen der EU-Richtlinie 2014/95/EU v. 22.10.2014 (Abl. EU 15.11.2014 L 330/1) für Unternehmen mit mehr als 500 Mitarbeitern, die ab dem Geschäftsjahr 2017 einzuhalten sind.
- Das aktuell in Frankreich verabschiedete Gesetz „Gesetz über die Pflicht zur Wachsamkeit“, s. Bericht im Handelsblatt 02.-06.04.2015 (Nr. 65) S. 8 f. Dieses Gesetz bestimmt für große Unternehmen ab 10.000 Mitarbeitern, dass diese Unternehmen weltweit ihre Zulieferer zur Einhaltung von Menschenrechten sowie Öko- und Gesundheitsstandards verpflichten müssen.

- Einführung und Ausstattung unternehmensinterner sog. Corporate Social Responsibility (CSR)-Abteilungen als Folge dieser Verpflichtungen. Zumeist arbeiten diese mit dem Einkauf zusammen.
- Sind Großunternehmen als Publikums-Aktiengesellschaften organisiert, bei denen Private Aktionäre sind, werden regelmäßig auch auf Hauptversammlungen Fragen zur Nachhaltigkeit gestellt.

Für diese großen Unternehmen ist also eine Beschäftigung mit ihren Vorlieferanten und deren Vorlieferanten zukünftig eine gesetzlich geforderte Pflicht und bereits jetzt eine öffentlichkeitswirksame Notwendigkeit.

Um diesen Ansprüchen gerecht zu werden, gibt es z.B. in der Chemieindustrie diverse Initiativen, die diese Anforderungen konkretisieren und Vorlieferanten auditieren. Dabei geht es nicht nur um ILO-Grundsätze (keine Kinderarbeit, keine Ausbeutung), sondern z.B. auch um Sicherheitsaspekte, um Umweltrisiken zu minimieren. Große Chemieunternehmen haben sich z.B. in der Initiative „Together for Sustainability“ organisiert, um Lieferanten nach einem einheitlichen Konzept zu auditieren. Ein anderes Beispiel: Aus den eben genannten Gründen wird derzeit die Art und Weise der Palmöl-Gewinnung seitens großer Nachfrager untersucht.

Zurück zum neuen Vergaberecht: Bei einem öffentlichen Auftrag regelt die neue EU-Vergaberichtlinie in Anhang XII Teil II d), dass Auftraggeber vom Bieter Angaben zum Lieferkettenüberwachungsmanagement als Eignungsvoraussetzung verlangen können. Schwierig wird es dann, Mindeststandards eines solchen Systems zu definieren, um eine Eignung zu bejahen.

C. Ökonomische Aspekte – Lebenszyklus

Unabhängig von den Lieferketten ist in der Privatwirtschaft das Thema Nachhaltigkeit ohnehin ein entscheidendes Thema – auch außerhalb des Vergaberechts: Lebenszykluskostenrechnungen als Aspekte der ökonomischen Nachhaltigkeit werden dort bereits lange genutzt. Art. 68 der neuen Vergaberichtlinie macht genaue Vorgaben zu deren Berechnung.

Ein weiteres Beispiel für ökologische und zugleich ökonomische Nachhaltigkeits-Aspekte in der Privatwirtschaft ist, dass bei Dienstwagen heute der CO²-Ausstoß ein Kriterium für eine stärkere Belastung des Dienstwagenberechtigten, sofern er die unternehmensintern gesetzten Grenzen überschreitet.

Die Berücksichtigung derartiger Aspekte kann ein entscheidender Vorteil im Wettbewerb sein.

D. Kleinere Unternehmen

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt vom Auftraggeber, Rücksicht auch auf kleinere Unternehmen („mittelständische Interessen“) zu nehmen. Diese sind aus

guten Gründen nicht den oben genannten Vorschriften für Großunternehmen unterworfen, weil sie nicht die finanziellen und personellen Kapazitäten haben, derartige Pflichten zu erfüllen.

Diesem Grundsatz wird mit Vereinfachungen Rechnung getragen wie z.B. Zertifizierungen. Genannt seien hier nur Blauer Engel, Energy Star und Forest Stewardship Council (FSC), Eco-Management und Audit System (EMAS). Bei den Sozialstandards finden häufig die meist bereits gesetzlich vorgeschriebenen Standards wie Mindestlohn und Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) Anwendung.

Derartige Zertifizierungen müssen natürlich zum Produkt „passen“, und die Eigenerklärung des Bieters ist auch vom AG zu prüfen:

Derzeit unzulässig ist es nach einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 10.0.2012, C-368/10 „Max Havelaar“, zur Beschreibung der Leistung pauschal auf die Anforderungen eines Umweltzeichens zu verweisen und es dem Bieter selbst zu überlassen, herauszufinden, welches die Spezifikationen im Einzelnen sind. Der Auftraggeber muss sich daher die Mühe machen, die Anforderungen, die das Umweltzeichen aufstellt, und die er übernehmen möchte, in der Leistungsbeschreibung zu benennen.

Nach Art. 43 der neuen Richtlinie können derartige Zeichen ausdrücklich verlangt werden, sofern alle ihre Kriterien mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen. Alternative Gütezeichen dürfen aus Gründen der Nichtdiskriminierung auch genutzt werden, sofern sie alle Kriterien berücksichtigen.

E. Nachhaltigkeitskriterien sind auch für Auftraggeber „schwierig“

Ich bin der Auffassung, dass nicht nur Unternehmen – vor allem kleinere – Schwierigkeiten mit dem Umgang mit Nachhaltigkeitsaspekten haben, sondern auch Auftraggeber: sofern es zu diesen Aspekten keine klare gesetzliche Regelung/Definition gibt, sind sie sorgfältig zu beschreiben, bekanntzumachen (Leistungsbeschreibung und Eignung), zu werten und in der Ausführung zu prüfen – und vor allem auch: zu bezahlen! Außerdem erhöhen derartige Aspekte das Risiko eines Nachprüfungsverfahrens und erfordern insgesamt einen erhöhten Einsatz (personell und finanziell) auf Seiten des Auftraggebers. Vielleicht sind diese Anforderungen dem Auftraggeber dann zu mühsam, und er lässt doch wieder allein den Preis entscheiden...

In der Diskussion werden wir vielleicht gleich auch darauf kommen, ob und wie öffentliche Auftraggeber Steuerungsinstrumente zur Förderung einer nachhaltigen Beschaffung nutzen und sich dabei von einheitlichen Ideen leiten lassen, u.a. strategischen Zielen (z.B. Zielquote für Wiederverwertung), Instrumenten wie Bench-

marking, Controlling, gesonderten Budgets für Nachhaltigkeitsaktivitäten oder internen Leitfäden.

Ein erster Schritt dazu mag die „Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung“ beim Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Inneren sein. Das Wichtigste dürften allerdings motivierte Mitarbeiter sein, die sich mit der Materie und den Anforderungen ausreichend beschäftigen können und die mehr als reine „Bestellabwickler“ sind, die also mehr tun, als Bestellungen nach Anforderungen aus anderen Bereiche auszulösen ohne eigene Einflussmöglichkeiten.

F. Schluss

Meine Damen und Herren, ein letzter Aspekt: bitte seien Sie sich bei allen Diskussionen und Umsetzungsbemühungen auch bewusst, dass Nachhaltigkeitsdefinitionen dem Wandel unterliegen, d.h. heute „Nachhaltiges“ kann morgen z.B. aufgrund wissenschaftlicher Erkenntnisse anders definiert sein. Als Beispiel dafür sei der Baustoff „Asbest“ genannt.

Gesichtspunkte der Nachhaltigkeit sind bereits im Vergabeverfahren etabliert. Die neue RiL fördert sie weiter. Gestatten Sie mir drei Appelle zum Schluss:

- Uns allen muss klar sein, dass diese Gesichtspunkte mit dem zu beschaffenden Gegenstand zusammenhängen müssen!
- Allgemeinpolitische Ziele dürfen nicht „im Gewand einer guten Nachhaltigkeit“ verfolgt werden!
- Die Zersplitterung von Vorschriften zur Nachhaltigkeit in Landesvergabegesetzen sollte mit der Umsetzung der neuen Vergaberichtlinie beendet werden!

Ziel muss also eine „Nachhaltigkeit mit Augenmaß“ sein - sowohl bei der Umsetzung der RiL als auch bei der täglichen Anwendung.

**Podiumsdiskussion:
Nachhaltigkeit bei Leistungs-
beschreibung, Eignungs-
und Zuschlagkriterien und
Anforderungen an die Ausführung:
kein Entkommen mehr möglich?**



Statement

Roswitha Brackmann

Richterin am OLG Düsseldorf

Guten Tag meine Damen und Herren,

das Thema, zu dem ich um ein Statement gebeten werde, lautet:

„Nachhaltigkeit bei Leistungsbeschreibung, Eignungs- und Zuschlagskriterien und Anforderungen an die Ausführung: Kein Entkommen mehr möglich?“

I. Fragen suchen Antworten. Meine Antwort ist unumwunden: „Nein, ein Entkommen ist nicht (mehr) möglich“. Sowohl die Frage als auch meine Antwort greifen allerdings ohne erklärende Ausführungen zu kurz, weil wir dem Thema Nachhaltigkeit im Vergaberecht nicht gerecht werden, wenn wir es auf ein notwendiges durch Politik und Gesetzgeber verordnetes Übel beschränken, dem wir bisher glimpflich, heute möglicherweise aber nicht mehr „entkommen“ können.

II. Diskussionen über Nachhaltigkeit im Vergaberecht beschränken sich oftmals auf spezielle Einzelfragen, die losgelöst von einem übergeordneten Kontext geführt werden. Bei manchen Rechtsfragen lässt sich dies mitunter nicht vermeiden. Es ist vielmehr notwendig, sich mit den Fragen, wie einzelne Aspekte der Nachhaltigkeit in eine Ausschreibung einzubringen sind, wie typische vergaberechtliche Fehlerquellen vermieden werden können und vor allem, ob die zur Nachhaltigkeit inzwischen

geschaffenen gesetzlichen Grundlagen mit Verfassungsrecht und Europarecht vereinbar sind, auseinanderzusetzen. „Kleinteiligkeit“ hat also seine Berechtigung. Als einzig praktizierte Methode verstellt sie jedoch den Blick auf übergeordnete Zusammenhänge rechtlicher und politischer Art, die für unsere heutige Diskussion von Bedeutung sind. Ich möchte deshalb das Thema „Nachhaltigkeit“ aus der Vogelperspektive beleuchten, weil sie uns die erforderliche Distanz verschafft, derartige Zusammenhänge zu erkennen und zu akzeptieren.

„Nachhaltigkeit – kein Entkommen mehr möglich?“ Das fragen Sie einen Richter? Aufgabe eines Richters ist es, das Gesetz anzuwenden. Wenn das Gesetz Nachhaltigkeit anordnet, ist selbstverständlich kein Entkommen möglich. Eröffnet ist dem Richter nur noch die Diskussion der Übereinstimmung nationaler Gesetze mit Verfassungs- und Gemeinschaftsrecht. Die gestellte Frage, ob ein Entkommen aus Nachhaltigkeit *noch* möglich ist, möchte ich deshalb politisch beantworten.

III. Nachhaltigkeit ist ein schillernder Begriff, der nicht nur im Zusammenhang mit Ausschreibungsbedingungen im Vergaberecht verwendet wird, sondern die Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsmarktpolitik in allen Diskussionen umfassend begleitet. Fehlen begriffliche Konturen, ist ein tragfähiger Konsens in Diskussionen kaum möglich. Ich erlaube mir deshalb zunächst die Gegenfrage: „Entkommen aus was?“ Möchten wir den im TVgG NRW festgelegten Vorgaben zum Mindestlohn oder den von öffentlichen Auftraggebern zu fordernden Bietererklärungen zu den ILO-Kernarbeitsnormen entkommen? Oder wollen wir etwa Vorgaben zu energieeffizientem Bauen oder einem energieeffizienten Personennahverkehr entgehen? Viele vergleichbare Fragen lassen sich finden. Bieter und öffentliche Auftraggeber befürchten, im Vergaberecht mit einem Netz der Nachhaltigkeit überworfen worden zu sein, das ihnen Entscheidungsfreiräume nimmt und in dem sie angestrebte Ziele der Wirtschaftlichkeit aufgeben müssen. Möglicherweise ist das vermeintliche Netz aber nicht nur Ergebnis von staatlich angeordneten Zwangsmaßnahmen, sondern ein durchgreifender und auch das Vergaberecht prägender notwendiger Paradigmenwandel.

Wie Herr Dr. Ott soeben ausgeführt hat, wird das heutige nationale und europäische Vergaberecht durch die drei Säulen der Ökonomie, Ökologie und dem Sozialen getragen. Frühere Sekundärziele des Vergaberechts sind zu Primärzielen avanciert. Prof. Burgi¹ hat sich in mehreren Veröffentlichungen mit den Zielen des Vergaberechts auseinandergesetzt und eine Besinnung auf den Basiszweck nationalen und europäischen Vergaberechts gefordert. Dieser besteht – und das nicht nur nach seiner Auffassung – in der Beschaffung von Mitteln zur Erfüllung von Staatsaufgaben. Ein solcher Basiszweck entspricht dem nach wie vor favorisierten und alleinigen Primärziel

¹ Burgi in: Festschrift für Friedhelm Marx, Die erfolgreiche Aufgabenerfüllung als Basiszweck des GWB-Vergaberechts, 2013; ders., Die Zukunft des Vergaberechts, NZBau 2009, 612; vgl. auch Frister, Entrechtlichung und Vereinfachung des Vergaberechts, VergabR 2011, 295 ff.

des Vergaberechts, nämlich der Beschaffung von Mitteln zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben unter Schonung des Haushalts im Wettbewerb.

Ein solches im Schwerpunkt nach wie vor an Haushaltsgrundsätzen orientiertes Primärziel unterliegt jedoch Brüchen, weil jede Auftragsvergabe im Wettbewerb durch politische Zielsetzungen beeinflusst ist. Durch die Pflicht zur Losbildung nimmt der nationale und europäische Gesetzgeber z.B. zu Gunsten kleiner mittelständischer Unternehmen Einfluss auf die Rahmenbedingungen des Wettbewerbs. Auch die Schonung des Haushalts ist politisch beeinflusst, weil die Festlegung, für welche kommunalen Aufgaben welche Mittel zur Verfügung gestellt werden, eine durch den Rat einer Kommune zu treffende politische Entscheidung ist. Auch der Begriff der Wirtschaftlichkeit ist nicht festgelegt. Im Kern unterliegt er nach herrschender Auffassung in Literatur und Rechtsprechung² der Bestimmungsfreiheit öffentlicher Auftraggeber, die ihre Grenze in dem sich aus den in § 97 Abs. 5 GWB zum Ausdruck gebrachten und in den Haushaltsgrundsätzen verankerten Wirtschaftlichkeitsgebot findet, nicht aber in einer an betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ausgerichteten Wirtschaftlichkeitsprüfung. Die Pflicht zu einer betriebswirtschaftlichen Betrachtung der Wirtschaftlichkeit öffentlicher Beschaffungen besteht weder national- noch gemeinschaftsrechtlich. Der beliebte Sparfuchs hat sich allerdings oftmals als kurz-sichtig erwiesen und läuft nicht selten ins Verderben. Durch die ausdrückliche Erwähnung eines „besten Preis-Leistungs-Verhältnisses“ sowie von Kostenwirksamkeits- und Lebenszyklusbetrachtungen in den neuen Richtlinien³ werden ökonomische Betrachtungen indes zunehmend in den Vordergrund gestellt.

Damit ist der Weg einer nachhaltigen Beschaffung gemeinschaftsrechtlich mit Blick auf Wirtschaftlichkeit öffentlicher Beschaffungen eröffnet. Eine wirtschaftliche Beschaffung geht aber noch darüber hinaus. Sie kann auch eine solche sein, die im Auftakt vielleicht etwas teurer ist, die Menschen aber, denen die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben zu dienen hat, zufriedener macht, weil etwa Verwaltungshandeln effektiver wird. Als Beispiele seien hier nur erwähnt, dass Zufriedenheit der Bürger wächst, wenn durch Verringerung von Wartezeiten in Behörden oder Antragsmöglichkeiten auf elektronischem Wege oder Modernisierungen von Verkehrsplanungen, Bürgern viel Zeit erspart wird, die derzeit tausenden von Menschen tagtäglich ohne erkennbaren Mehrwert gestohlen wird. Jede unnütze Minute vor einer Ampel kostet die Volkswirtschaft Geld, weil derweil in den meisten Fällen keine Arbeitsleistungen, sei es für den Beruf oder die Familie, erbracht werden. Dass Nachhaltigkeit Angebote grundsätzlich verteuert, steht fest. Möglicherweise nimmt ein öffentlicher Auftraggeber dies jedoch in Kauf, wenn dafür ein ideeller oder volkswirtschaftlicher Mehrwert gewonnen wird.

² vgl. nur: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.05.2012, VII-Verg 3/12; Hailbronner in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 3. Aufl., § 97 Rn. 134 ff.

³ vgl. Art. 67, 68 Richtlinie 2014/24/EU, Erwägungsgrund 92.

Seit der „Beentjes“-Entscheidung des EuGH im Jahr 1988⁴, wissen wir, dass europäisches Gemeinschaftsrecht (bisher) als „Sekundärziele“ bezeichnete weitere mit einer Vergabe verknüpfte Ziele erlaubt. Derartige Ziele sind politisch motivierte Ziele, wie Arbeitsmarktpolitik, Umweltpolitik und Sozialpolitik. Verbliebe es bei der Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärzielen im Vergaberecht, wäre ein Entkommen aus Nachhaltigkeit möglich, wenn mit einer Beschaffung ausnahmslos das Primärziel der Beschaffung von Mitteln zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben unter Schonung des Haushalts im Wettbewerb verfolgt wird, weil Sekundärziele typischerweise normativ nicht verpflichtend wären.

Eine solche dogmatische Unterteilung verfehlt jedoch unsere heutige Realität. Die drei Säulen des Vergaberechts zeigen, dass Nachhaltigkeit im nationalen und europäischen Vergaberecht Primärziele geworden sind. In der Festschrift für Friedhelm Marx⁵ hat sich Prof. Burgi deshalb über den von ihm definierten Basiszweck hinaus auf das amerikanische Prinzip des „best value for tax payers money“⁶ gestützt, mit dem das Gemeinwohlinteresse als weiteres Primärziel öffentlicher Ausschreibungen Einzug in das amerikanische Vergaberecht gehalten hat. Durch die Aufnahme des Prinzips des „best value for tax payers money“ in die Federal Regulations Act im Jahr 1980 (Regulation 1.102 der Federal Acquisition Regulation) ist im amerikanischen Vergaberecht ein Paradigmenwandel vollzogen worden. Dies ist inzwischen auch im europäischen Vergaberecht der Fall.

IV. An dieser Stelle möchte ich die vergaberechtlichen Betrachtungen jedoch unterbrechen und Sie mit mir auf eine politische Reise nehmen, die mit Ausflügen in die Literatur und in die Welt der Zitate beginnen soll.

Georg Christoph Lichtenberg, 1. Prof. für Experimentalphysik hat im 18. Jahrhundert in Darmstadt den Satz geprägt:

„Ich weiß nicht ob es besser wird, wenn es anders wird, aber es muss anders werden, wenn es besser werden soll“.

Antoine de Saint-Exupéry, ein Weltmeister der Vogelperspektive, hat in seinem Roman „Die Stadt in der Wüste“ geschrieben:

„Wenn Du ein Schiff bauen willst, dann trommle nicht Männer zusammen, um Holz zu beschaffen, Aufgaben zu vergeben und die Arbeit einzuteilen, sondern lehre die Männer die Sehnsucht nach dem weiten endlosen Meer.“

⁴ EuGH, Urt. v. 20.09.1988, C-31/87; vgl. die späteren Urteile: EuGH, Urt. v. 26.09.2000, C-225/98; EuGH, Urt. v. 17.09.2002, C-513/99; EuGH, Urt. v. 04.12.2003, C-448/01; EuGH, Urt. v. 03.04.2008, C-346/06.

⁵ Burgi in: Festschrift für Friedhelm Marx, Die erfolgreiche Aufgabenerfüllung als Basiszweck des GWB-Vergaberechts, 2013

⁶ Burgi, a.a.O.; Summann, Vergabegrundsätze und Vergabeverfahren im Rechtsvergleich Deutschland-USA, 2007, 43 ff.; Burgi/Gölnitz, DÖV 2009, 829.

Übertragen auf die Nachhaltigkeit bedeutet dies, dass Nachhaltigkeit die Verfestigung von Veränderungen ist und Veränderungen Ziele brauchen. Ein Unternehmer würde hierfür den Begriff der „Visionen“ wählen. Nun sind die meisten Juristen Rechtstechniker und selten Visionäre. Vielleicht sind sie gleichwohl in der Lage, die Kraft von Visionen aufzunehmen und Nachhaltigkeit in der Vergabepraxis nicht als notwendiges Übel sondern als eine Aufgabe zu betrachten, die für die Gestaltung der Zukunft und des Lebens zukünftiger Generationen von großem Wert sind.

Die für eine nachhaltige Verbesserung unserer Lebensbedingungen erforderlichen Veränderungen sind in Europa im Fluss. Europäisches Vergaberecht findet seine Rechtfertigung in der Festigung und Förderung des Binnenmarktes. Der Binnenmarkt ist nicht nur Folge des politischen und wirtschaftlichen Zusammenschlusses der Mitgliedstaaten. Die Wirtschaftsgemeinschaft der Mitgliedstaaten ist in der Folge des zweiten Weltkrieges vielmehr eine der gravierendsten Veränderungen, die europapolitisch vollzogen wurden. Aus ehemaligen Kriegsparteien wurden politische Partner, die seit vielen Jahrzehnten bemüht sind, unsere Wirtschaftsgemeinschaft zu schaffen, zu erweitern und zu erhalten. Die Wirtschaftsgemeinschaft dient letztendlich auch der Sicherung von Frieden in Europa. Friedenspolitik ist Nachhaltigkeitspolitik. Stabilität ist in und für Europa wichtig. Stabilität erfordert eine gesunde Wirtschaft und eine gesunde Wirtschaft braucht Wachstum, d.h. eine gute Arbeitsmarktpolitik, eine zukunftsfähige Umweltpolitik und ein stabiles soziales Leben. Den tiefen Sinn dieser Ziele erschließt man rasch, wenn man die gegenwärtige wirtschaftliche und politische Situation in Griechenland beobachtet. Europapolitik als Wirtschafts- und Friedenspolitik ist ebenso gefragt wie Integrationspolitik, die durch die Gemeinschaft getragen und finanziert werden muss. Wir erleben derzeit einen internationalen Flüchtlingsstrom, wie meine Generation ihn bisher nicht erlebt hat und den es über humanitäre Hilfe hinaus zu bewältigen gilt. Sie werden die Mitgliedstaaten nicht nur viel Geld kosten, sondern auch Arbeitskraft und Innovation anbieten, ein Potential, das es aufzunehmen und zu fördern gilt.

Die Veränderungen hin zu einer europäischen Wirtschafts- und inzwischen über die Grenzen der Mitgliedstaaten hinausgehenden Friedensgemeinschaft sowie deren Erhalt hat die europäische Kommission im Strategiepapier 2020 vom 03.03.2010 „Eine Strategie für intelligentes nachhaltiges und integratives Wachstum“ verankert. Nachhaltiges Wachstum ist danach die Förderung einer Ressourcen schonenden, umweltfreundlichen und wettbewerbsfähigen Wirtschaft. Um dieses Ziel durchzusetzen hat die europäische Politik bewusst auf das öffentliche Beschaffungswesen im Binnenmarkt zugegriffen und dies auch unmissverständlich zum Ausdruck gebracht. Der Binnenmarkt mit einem jährlichen Umsatz von ca. 1,8 Billionen Euro ist ein wirksamer Hebel, um die zuvor beschriebenen politischen Ziele verfolgen und umsetzen zu können. So enthalten die Erwägungsgründe 1, 2, 37 und 95 der neuen

Richtlinie 2014/24/EU klare politische Aussagen, wie wichtig eine Bindung an diese Ziele gemeinschaftsrechtlich ist. Erwägungsgrund 95 lautet:

„Es ist außerordentlich wichtig, das Potential der öffentlichen Auftragsvergabe in vollem Umfang für die Verwirklichung der Ziele der Strategie Europa 2020 für intelligentes nachhaltiges und integratives Wachstum auszuschöpfen. In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass öffentliche Aufträge insbesondere als Motor für Innovationen eine entscheidende Rolle spielen.“

Das, meine Damen und Herren, sind politische und keine rechtlichen Aussagen. Erwägungsgrund 37 der Richtlinie lautet:

„Im Hinblick auf eine angemessene Einbeziehung umweltbezogener sozialer und arbeitsrechtlicher Erfordernisse in die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge ist es besonders wichtig, dass Mitgliedstaaten und öffentliche Auftraggeber geeignete Maßnahmen ergreifen, um die Einhaltung der am Ort der Ausführung der Bauleistungen oder der Erbringung der Dienstleistungen geltenden Anforderungen auf dem Gebiet Umwelt-, Sozial-, Arbeitsrecht zu gewährleisten. Gleichmaßen sollten während der Auftragsausführung auch die Verpflichtungen aus den von allen Mitgliedstaaten ratifizierten internationalen Einkommen (ILO-Kernarbeitsnormen) gelten“.

In diesen Erwägungsgründen werden klare politische Aussagen getroffen, in deren Licht das Gemeinschaftsrecht zu verstehen ist. Es stellt sich nicht mehr die Frage, ob wir einen Paradigmenwandel vollziehen möchten. Er ist gemeinschaftsrechtlich und europapolitisch bereits vollzogen. Der bisherige nationalrechtliche Basiszweck ist erweitert worden um Nachhaltigkeit. Über das „Ob“ der Nachhaltigkeit haben wir nicht mehr zu entscheiden, sondern nur noch über die Frage des „Wie“. Ein *Entkommen* aus Nachhaltigkeit im Vergaberecht ist ausgeschlossen.

Eine begriffliche Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärzielen müssen wir aufgeben und uns der Aufgabe stellen, wie wir Nachhaltigkeit im Vergaberecht effektiv umsetzen. Wir befinden uns in der Umsetzungsphase bereits beschlossener Nachhaltigkeit, die nunmehr durch den nationalen Gesetzgeber ausdifferenziert und gesetzestechnisch verfestigt werden muss. Eine Auseinandersetzung mit z.B. der Frage, ob § 18 TVgG NRW mit Verfassungsrecht und Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, in der Hoffnung, dem sei nicht so und man könne sich einer Last entledigen, verfehlt das Ziel. Es muss selbstverständlich rechtlich geprüft werden, ob nationales Recht mit Verfassungsrecht und Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Es muss zugleich aber auch darüber diskutiert werden, wie die nachhaltige Forderung nach weltweiten menschenwürdigen Lebens- und Arbeitsbedingungen vergaberechtlich im Einklang mit Verfassungsrecht und Gemeinschaftsrecht umgesetzt werden kann. Politischer Weitblick erfordert, sich mit diesen Fragen zielorientiert auseinander zu setzen, denn keiner von uns wird Kinderarbeit, die zudem unter unwürdigen Bedingungen erzwungen wird, begrüßen. Die derzeitige Flüchtlingswelle zwingt uns, sich mit

weltweiten Lebensbedingungen auseinanderzusetzen, die Menschen veranlassen, ihre Zukunft in Europa zu suchen. Auch hierzu wird der milliardenschwere europäische öffentliche Beschaffungsmarkt seinen Beitrag leisten müssen.

Unsere heutige Diskussion möchte ich deshalb mit der Frage schließen:

„Möchten wir der Nachhaltigkeit wirklich entgehen?“

Meine Antwort lautet: „Nein“. Wir müssen darüber diskutieren, wie wir Ziele der Nachhaltigkeit vergabetechnisch umsetzen, wenn möglich ohne maßgebliche Erhöhung bürokratischen Aufwands. Das können wir heute nicht abschließend entscheiden, weil der Gesetzgeber derzeit gefordert ist und darüber zu entscheiden hat, wie Nachhaltigkeit zukünftig im nationalen Vergaberecht verankert sein wird. Der Europäische Gerichtshof hat uns bereits wegweisende Ausführungen in seinem Urteil aus dem Jahr 2012 „Max Havelaar“⁷, an die Hand gegeben. Die Niederländer, die ich an dieser Stelle als europäische „Visionäre“ bezeichnen möchte, sind durch diese Entscheidung ebenso wie die übrigen Mitgliedstaaten angeleitet worden, Nachhaltigkeit europarechtskonform in Ausschreibungen zu praktizieren. Hierüber müssen wir diskutieren und nicht über die Frage, ob ein Entkommen aus Nachhaltigkeit möglich ist.

Ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit.

⁷ EuGH, Urt. v. 10.05.2012, C-368/10 „Kommission./Niederlande“.

**Podiumsdiskussion:
Nachhaltigkeit bei Leistungs-
beschreibung, Eignungs-
und Zuschlagskriterien und
Anforderungen an die Ausführung:
kein Entkommen mehr möglich?**



Statement

Dr. Beatrice Fabry

Menold Bezler, Stuttgart

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Moderator dieser Podiumsdiskussion, Herr Dr. Willenbruch, hat mich gebeten, in meinem Statement die Aspekte „Nachweis und Prüfung sowie Gewichtung von Nachhaltigkeitsaspekten“ kurz zu beleuchten.

Status Quo

Bislang sind Nachhaltigkeitsaspekte nur in geringem Umfang gesetzlich verpflichtend vorgegeben, z.B. in § 4 Abs. 7, 8, 9 VgV (Energieeffizienz) und Mindestlohnvorgaben im Mindestlohngesetz des Bundes und verschiedenen Landesvergabegesetzen. Die Frage des Entkommens spielt nach meiner Erfahrung in der gegenwärtigen juristischen Vergabepaxis daher keine wesentliche Rolle – sofern notwendig, wird ggf. ein „Feigenblatt für die Nachhaltigkeit“ gesucht und zumeist auch gefunden. Eine andere Frage ist, ob aus übergeordneten, politischen Gründen ein Entkommen möglich ist – hierauf hat Ihnen meine Vorrednerin, Frau Brackmann, eine Antwort gegeben.

Nach meinen Erfahrungen wollen öffentliche Auftraggeber der Nachhaltigkeit häufig auch gar nicht entkommen, sondern vielmehr die (soziale oder ökologische) Nachhaltigkeit zur positiv besetzten Öffentlichkeitsarbeit (z.B. als Fair Trade-Stadt)

nutzen und sicherstellen. Sofern der Nachhaltigkeitsaspekt die zu beschaffende Leistung selbst betrifft – und nicht nur mittelbare Auswirkungen hat – haben öffentliche Auftraggeber auch ein eigenes wirtschaftliches Interesse an einer (ökonomischen) nachhaltigen Beschaffung (Stichwort: Berücksichtigung der Lebenszyklus).

Beispiele für Nachhaltigkeitsaspekte aus der kommunalen Praxis:

- Abfalleinsammlung (Bewertung des Schadstoffausstoßes von Einsammelfahrzeugen als Zuschlagskriterium)
- Busverkehr (Bewertung des Schadstoffausstoßes von Bussen als Zuschlagskriterium)
- Reinigungsleistungen (Vorgaben in der Leistungsbeschreibung betreffend (un-)zulässigen Umweltauswirkungen der eingesetzten Reinigungsmittel)
- Bauleistungen: Bewertung der technischen Gebäudeausstattung (Heizung, Klima etc.) vor dem Hintergrund des Energieverbrauchs.

Viele öffentliche Auftraggeber "scheitern" jedoch daran, Nachhaltigkeitsaspekte vergaberechtlich formal korrekt in der Ausschreibung "an der richtigen Stelle" zu platzieren.

In der vergaberechtlichen Praxis gingen die Diskussionen und bisherigen Rechtsstreitigkeiten – soweit ich dies überblicke – daher in erster Linie dahin, ob öffentliche Auftraggeber, die Nachhaltigkeitsaspekte berücksichtigen möchten, diese verfahrenskonform in der Ausschreibung umgesetzt haben.

Nachweis und Prüfung von Nachhaltigkeitsaspekten:

Je nachdem, an welcher Stelle der Nachhaltigkeitsaspekt im Vergabeverfahren verortet werden soll/kann, gibt es Unterschiede, wie Nachhaltigkeitsaspekte nachgewiesen werden können und wie die Einhaltung der Nachhaltigkeitsaspekte geprüft werden kann/muss.

Beispiele:

- Eignungsprüfung: Hier reicht zunächst eine Eigenerklärung gemäß § 19 Mindestlohngesetz, dass die Voraussetzungen für einen Ausschluss vom Vergabeverfahren wegen Verstoß gegen das Mindestlohngesetz nicht vorliegen.
- Bedingungen für die Auftragsausführung: Insoweit genügt zunächst die Vorlage einer Verpflichtungserklärung zur Einhaltung der ILO Kernarbeitsnormen.

Kritisch wird es immer dann, wenn man als Nachweis der Nachhaltigkeit z.B.

- nur Erzeugnisse mit speziellen Gütezeichen zulässt, ohne die zugrunde liegenden Kriterien zu nennen und andere geeignete Beweismittel zum Nachweis zuzulassen oder
- die Auftraggeber Nachhaltigkeitsaspekte bei der Vergabe berücksichtigen möchten, bezüglich derer sie die Richtigkeit der geforderten Angaben im Ergebnis

gar nicht gesichert prüfen können (z.B. Natursteine aus Indien, die unter Einhaltung des Verbots ausbeuterischer Kinderarbeit bearbeitet werden).

In der praktischen Abwicklung wird es zudem auch für Bieter schwierig, wenn Vergabestellen beispielsweise verlangen, dass die Nachweise für die gesamte Lieferkette von Waren vorzulegen sind. Hier stoßen Bieter, insbesondere mittelständische und kleinere Bieter, häufig schlicht an praktische Grenzen.

Beim Thema Prüfung spielt ferner eine Rolle, ob es um den Nachweis und die Prüfung von Nachhaltigkeitsaspekten im Rahmen des laufenden Vergabeverfahrens geht oder um die Prüfung der Einhaltung der vertraglichen Vereinbarungen durch den Auftragnehmer nach Vertragsschluss. Insoweit hängt die Prüfung auch davon ab, ob und in welchem Umfang sich ein Auftraggeber Prüfungsrechte vertraglich vorbehalten hat. Papier (und Erklärungen der Bieter) sind oftmals "geduldig", die Kontrolle der Einhaltung ggf. schwierig.

Gewichtung von Nachhaltigkeitsaspekten:

Im Hinblick auf Nachhaltigkeitsaspekte als Zuschlagskriterien kann folgendes festgestellt werden:

- Nachhaltige Zuschlagskriterien sind zulässig, wenn sie mit dem Auftragsgegenstand des betreffenden öffentlichen Auftrags in Verbindung stehen, vom Auftraggeber objektiv nachprüfbar sind und den Bietern transparent mitgeteilt wurden. Zur Transparenz gehört selbstverständlich auch die Angabe, mit welcher Gewichtung der jeweilige Nachhaltigkeitsaspekt in die Bewertung der Angebote einfließt.
- Der Preis muss nicht zwangsläufig das größte Gewicht bei der Bewertung haben. Allerdings liegt es nahe, den Preis im Regelfall stark zu gewichten. Ziel des Vergaberechts ist es unter anderem, die Sparsamkeit der Verwendung öffentlicher Mittel sicherzustellen. Dies spricht dafür, den Preis nicht nur untergeordnet zu gewichten.

Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sind allerdings nicht automatisch mit dem billigsten Angebot gleichzusetzen. Haushaltsrechtlich sind Mehrpreise aufgrund von Umweltverträglichkeit oder besseren Produkteigenschaften gerechtfertigt, wenn damit kurz-, mittel- oder langfristige betriebs- oder volkswirtschaftliche Kosteneinsparungen verbunden sind. Diesem Wirtschaftlichkeitsgedanken hat beispielsweise das Land Baden-Württemberg in seiner bis 31.12.2014 gültigen Beschaffungsanordnung für die Landesdienststellen (BAO) unter Ziffer 6 Rechnung getragen und festgelegt, dass "im Rahmen der Vergabevorschriften grundsätzlich [...] das Produkt zu bevorzugen [ist], das bei der Herstellung im Gebrauch und/oder in der Entsorgung die geringsten Umweltbelastungen hervorruft". Weiter heißt es dort: "Der unter Umständen höhere Preis eines umweltverträglichen Produkts ist für die Beschaffung kein Hindernis, sofern er unter Berücksichtigung des

§ 7 der Landeshaushaltsordnung (LHO) als wirtschaftlich angesehen werden kann. Dabei sind ggf. auch nicht monetär exakt zu bewertende Vorteile für das Gemeinwohl zu berücksichtigen." In der neuen Verwaltungsvorschrift der Landesregierung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VwV Beschaffung) vom 17.03.2015, – Az.:5-0230.0/15, wird diese Sichtweise unter Ziffer 8.6 fortgeführt und festgestellt, dass "bei der Berücksichtigung strategischer Aspekte der unter Umständen höhere Preis für die Beschaffung kein Hindernis [ist], sofern er unter Berücksichtigung des § 7 LHO als wirtschaftlich angesehen werden kann. In die Bewertung sind gegebenenfalls auch volkswirtschaftlich relevante Aspekte einzubeziehen."

Ausblick

Die in deutsches Recht umzusetzenden neuen EU-Vergaberichtlinien legen die Grundlagen neu, inwieweit Nachhaltigkeitsaspekte auch künftig in Ausschreibungen berücksichtigt werden müssen bzw. können (vgl. z.B. Richtlinie 2014/24/EU: Erwägungsgrund 75, Art. 18 Abs. 2 (Grundsätze der Auftragsvergabe), Art. 43 (Gütezeichen), Art. 67 Abs. 2 (Zuschlagskriterien), Art. 68 (Lebenszykluskostenrechnung). Die neuen Vergaberichtlinien (Art. 43 Richtlinie 2014/24/EU) erleichtern z.B. den Verweis auf Gütesiegel als Nachweis der Produkteigenschaften unter bestimmten Voraussetzungen.

Ich persönlich begrüße es, dass die neuen EU-Vergaberichtlinien nach meiner Einschätzung Nachhaltigkeitsaspekte nicht stärker verpflichtend vorgeben als bisher, sondern vielmehr den Rechtsrahmen für die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten präzisieren und so – hoffentlich – zu etwas mehr Rechtssicherheit für das "juristische Handwerkszeug" beitragen. Dies würde es "visionären" öffentlichen Auftraggebern erleichtern, die politisch gewollte, oftmals auch aus eigener Überzeugung gewünschte Nachhaltigkeit der öffentlichen Beschaffung leichter vergaberechtskonform umzusetzen.

**Podiumsdiskussion:
Nachhaltigkeit bei Leistungs-
beschreibung Eignungs-
und Zuschlagskriterien und
Anforderungen an die Ausführung:
kein Entkommen mehr möglich?**



Statement

Dr. Markus Brohm

Deutscher Landkreistag, Berlin

Sehr geehrte Damen und Herren,

an die Ausführungen von Frau Dr. Fabry anknüpfend möchte auch ich zunächst unterstreichen: Aus Sicht öffentlicher Auftraggeber ist es kein Ziel, Kriterien der Nachhaltigkeit bei der Vergabe zu „entkommen“, wie der Titel unserer abschließenden Podiumsdiskussion suggerieren könnte. Eher das Gegenteil ist der Fall. Der Begriff der „vergabefremden Zwecke“ und die lange Diskussion um die Zulässigkeit solcher Kriterien sind gerade Beleg dafür, dass die öffentliche Hand stets versucht hat, solche weitergehenden Ziele im Rahmen ihrer Beschaffungsmaßnahmen zu verfolgen, und dass versucht wurde, diese Kriterien von anderer Seite als unzulässig zurückzudrängen.

Diese frühere Diskussion darf heute als überholt gelten: Sofern ein Bezug zum Auftragsgegenstand besteht, lassen sich zulässigerweise eine Vielzahl von Kriterien berücksichtigen, die heute als „sekundäre Vergabeziele“ bezeichnet werden. Das gilt vor allem für ökologische und in bestimmtem Umfang auch für soziale Kriterien. Im Grundsatz ist das sehr zu befürworten und Ausdruck der Beschaffungsautonomie.

Die neuen EU-Vergaberichtlinien stärken die Möglichkeiten zur nachhaltigen Beschaffung weiter, was zu begrüßen ist. Es wird allerdings zu beobachten bleiben, wie

sich die Diskussion in dieser Hinsicht weiterentwickeln wird. Einige Beiträge haben gestern bereits auf den erweiterten und „entmaterialisierten“ Auftragsgegenstandsbezug in den neuen Vergaberichtlinien hingewiesen. So sehen die neuen Richtlinien im Hinblick auf technische Spezifikationen, Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen vor, dass Nachhaltigkeitsaspekte grundsätzlich über alle Lebenszyklus-Stadien einer Leistung hinweg betrachtet werden können, auch wenn sie sich „nicht in den materiellen Eigenschaften“ des jeweiligen Beschaffungsgegenstandes niederschlagen. Dieser erweiterte Auftragsgegenstandsbezug wird sicherlich neue Diskussionen auslösen. Um ein Beispiel zu geben: Vor einiger Zeit war aus der regionalen Presse zu entnehmen, dass die Mensa der Universität Konstanz versucht hatte, Lebensmittel aus Nachhaltigkeitsgründen überwiegend regional zu beschaffen. Sie wollte offenbar Regionalität und ökologische Nachhaltigkeit im Sinne kurzer Wege als Teil des Produktionsprozesses berücksichtigen und Gemüse von der nahen Insel Reichenau einkaufen, scheiterte damit aber vor der Vergabekammer. Dergleichen Beispiele gibt es sicherlich zahlreiche mehr. Vor dem Hintergrund der neuen EU-Vergaberichtlinien wird künftig die Frage sein, ob solche Aspekte über einen erweiterten Auftragsgegenstandsbezug gegebenenfalls stärkere Berücksichtigung finden können. Gleichzeitig dürfte es mit Blick auf das Binnenmarktpinzip und das Gebot der Nichtdiskriminierung aber auch nicht ohne weiteres möglich sein, kurze Transportwege per se als Kriterium für einen ökologischen Produktionsprozess heranzuziehen. Insofern dürften auch die neuen Vergaberichtlinien hier neue Fragen und Abgrenzungsschwierigkeiten aufwerfen.

Insgesamt bleibt die Einbeziehung sekundärer Vergabeziele auch nach den neuen Vergaberichtlinien absehbar eine anspruchsvolle und mitunter fehleranfällige Aufgabe, die nicht zuletzt von Seiten der öffentlichen Auftraggeber regelmäßige Aus- und Fortbildungen sowie Möglichkeiten des Erfahrungsaustausches erfordert. Vielfach muss im Einzelfall erst ausgemacht werden, welche Produktqualitäten auf dem Markt überhaupt angeboten werden, was „Nachhaltigkeit“ im Einzelfall bedeutet und auf welche Kriterien insoweit bei einer Ausschreibung abzustellen ist. Herr Dr. Ott hat in seinem Beitrag bereits das „Internetportal für nachhaltige Beschaffung“ des Beschaffungsamtes des Bundesinnenministeriums angesprochen, das auch von den kommunalen Spitzenverbänden unterstützt wird und u.a. versucht, existierende Leitfäden in den Ländern zusammenzuführen und einen Überblick über Best-practice-Beispiele, zugehörige Ausschreibungsmuster etc. zu bieten, um eine Berücksichtigung solcher Kriterien in Vergabeverfahren zu erleichtern. Solche Leitfäden können dabei auch helfen, überhaupt erst einmal Wissensgrundlagen über den jeweiligen Beschaffungsgegenstand, kennzeichnende Produktmerkmale und Produktalternativen (z.B. aus nachwachsenden Rohstoffen) zu vermitteln; gerade auch im Hinblick auf die Beschaffung von Elektrofahrzeugen wurden unlängst etwa ein Arbeitsleitfaden und ein Ausschreibungsmuster zur Beschaffung von Pedelecs veröffentlicht. Allerdings muss man insoweit auch deutlich darauf hinweisen und sich stets klar sein, dass die

Vergabekammern und Vergabesenate der Oberlandesgerichte durch solche Leitfäden in keiner Weise gebunden werden, sondern eigenständig entscheiden, inwieweit die Einbeziehung der jeweiligen Kriterien vergaberechtskonform erfolgt ist. Auch solche Leitfäden können für die öffentliche Beschaffung insofern nur eine praktische Orientierungshilfe bieten, naturgemäß aber keine Rechtssicherheit schaffen.

Bei allem ist deshalb für die Kommunen als öffentliche Auftraggeber die Freiwilligkeit der Berücksichtigung solcher Kriterien ein entscheidender Punkt. Frau Brackmann hat in ihren Ausführungen, wenn ich sie richtig verstanden habe, von einem „Vergabeprimärziel der Nachhaltigkeit“ gesprochen, das sich aus den neuen EU-Vergaberichtlinien und namentlich aus Erwägungsgrund 37 der Auftragsvergaberichtlinie ableite. Sofern ich sie in diesem Punkt nicht missverstanden habe, würde ich ihr insoweit deutlich widersprechen wollen. Das Thema der Nachhaltigkeit hat in den neuen Vergaberichtlinien sicherlich eine (noch) stärkere Verankerung erfahren und ist ohnedies ein Ziel vieler kommunaler Beschaffungsmaßnahmen. Gleichwohl bezieht sich der zitierte Erwägungsgrund 37 der Auftragsvergaberichtlinie nur auf die Einhaltung geltender Vorschriften. Jenseits verbindlicher Vorgaben, die es zu Recht nur punktuell, aber gerade nicht für die Gesamtheit aller Vergaben gibt, lässt sich somit auch auf der Grundlage der neuen Vergaberichtlinien m.E. nicht von einem übergreifenden „Vergabeprimärziel der Nachhaltigkeit“ sprechen, das für sämtliche Vergaben rechtliche Verbindlichkeit beanspruchen könnte.

Die Freiwilligkeit bei der Berücksichtigung entsprechender Kriterien ist als Bestandteil der kommunalen Beschaffungsautonomie zu sehen. Gerade in den letzten Jahren ist jedoch ein aus kommunaler Sicht bedenklicher Trend zu beobachten, dass das Vergaberecht verstärkt als „Vehikel“ zur Erreichung allgemeinpolitischer Zielsetzungen anderer Ebenen genutzt wird und vermehrt Vorgaben gemacht werden, die auf eine entsprechende „Instrumentalisierung“ kommunaler Beschaffungsprozesse hinauslaufen, nicht selten unter Verweis auf eine Vorbildfunktion der öffentlichen Hand.

Diese Entwicklung ist zunächst auf europäischer Ebene festzustellen: Die verstärkte (verpflichtende) Berücksichtigung von Energieeffizienzkriterien wurde als Beispiel bereits angesprochen. Insbesondere die europäische Energieverbrauchskennzeichnungsrichtlinie hat bereits die Umsetzung entsprechender Vorgaben in der Vergabeverordnung notwendig gemacht. Inhaltlich noch weitergehend sah der ursprüngliche Entwurf für eine neue EU-Energieeffizienzrichtlinie vor, dass öffentlichen Auftraggeber nur noch Fahrzeuge mit Leichtlaufreifen und elektrische Geräte der höchsten Energieeffizienzklasse beschaffen sollten. Bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen an Dritte sollten sie zudem sicherstellen, dass auch diese nur Fahrzeuge mit Leichtlaufreifen, Computer der höchsten Energieeffizienzklasse etc. einsetzen. Dabei sollte diese Vorgabe in der ursprünglichen sehr weiten Fassung sogar im Hinblick auf sämtliche Tätigkeiten erfüllt werden, ohne Beschränkung auf die Ausführung des jeweiligen Auftrags. Es hätte für öffentliche Auftraggeber einen

unverhältnismäßig hohen Verwaltungsaufwand bedeutet, die Auftragnehmer entsprechend zu kontrollieren, dass sie diese Kriterien auch wirklich einhalten. Vorgaben dieser Art sind daher abzulehnen. Sie sind kaum praktikabel umsetzbar und sollten für Beschaffungsverfahren daher nicht verpflichtend vorgegeben werden. Zu Recht ist die Energieeffizienzrichtlinie seinerzeit im weiteren Rechtssetzungsverfahren deutlich entschärft worden.

Darüber hinaus wird das Vergaberecht auf europäischer Ebene auch verstärkt für die Förderung bestimmter sozialpolitischer Ziele genutzt. Ein aktuelles Beispiel aus dem Verkehrsbereich mag dies illustrieren: Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 für die Vergabe von Nahverkehrsleistungen im öffentlichen Schienen- und Straßenpersonenverkehr eröffnet schon heute (fakultativ) die Möglichkeit, eine Personalübernahme für den Fall anzuordnen, dass es im Zuge einer Ausschreibung zu einem Betreiberwechsel kommt. Das kann im Einzelfall ein sinnvolles Instrument sein, um namentlich Arbeitsplätze vor Ort zu sichern und/oder aus Sicht des kommunalen ÖPNV-Aufgabenträgers, der eine ausreichende Verkehrsbedienung der Bevölkerung zu gewährleisten hat, sicherzustellen, dass bei der Erbringung bestellter Verkehrsleistungen weiterhin auf angestammtes Personal zurückgegriffen wird, das z.B. über gute Ortskenntnisse etc. verfügt. Zurzeit wird auf Europäischer Ebene allerdings das sog. Vierte Eisenbahnpaket beraten, das – entgegen seinem Namen – nicht nur den Eisenbahnbereich, sondern auch den gesamten übrigen ÖPNV erfasst. Ein vom Europäischen Parlament eingebrachter Änderungsantrag sieht dabei nun vor, die bislang fakultative Anordnung eines Personalübergangs auf den neuen Betreiber künftig verpflichtend zu machen. Eine solche Vorgabe schießt jedoch über das eigentliche Ziel hinaus und würde in der praktischen Umsetzung erhebliche Schwierigkeiten bereiten. So kann die Anordnung eines Betriebsübergangs im Einzelfall dazu führen, dass unterschiedliche Lenk- und Ruhezeiten zu berücksichtigen sind und der Personaleinsatz erschwert würde, weil Dienstpläne für Teilbelegschaften zu erstellen sind. Darüber hinaus können gerade im ländlichen Raum und im Zuge des demografischen Wandels auch Angebotsanpassungen notwendig werden, die einen Beschäftigungsabbau erfordern und sich daher nicht mit einer verpflichtenden Personalübernahme vereinbaren lassen. Insgesamt würde gerade für neue Anbieter der Markteintritt erschwert. Insofern sollte auch in diesem Bereich im weiteren Rechtssetzungsverfahren auf Europäischer Ebene von einer weitergehenden Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber abgesehen werden und es bei der bisherigen fakultativen Anordnung der Personalübernahme im Einzelfall bleiben.

Um nicht nur auf Europa zu schimpfen: Wie gestern schon mehrfach kritisiert wurde, gibt es inzwischen auch auf Landesebene in den Vergabegesetzen der Länder eine Vielzahl von Regelungen, mit denen weitergehende allgemeinerpolitische Zielsetzungen verfolgt werden und die die Auftraggeber und Unternehmen mit zusätzlichen Vorgaben belasten. Bekanntlich haben mit Ausnahme von Sachsen und Bayern

mittlerweile alle Länder Landesvergabegesetze erlassen. Ihre Regelungstiefe ist höchst unterschiedlich. Einige sehen lediglich vor, dass ökologische und auch soziale Kriterien fakultativ berücksichtigt werden können, andere Länder geben solche Kriterien verbindlich vor. Die Erfahrung unserer Mitglieder zeigt dabei, dass mit diesen Vorgaben z.T. ein erheblicher Verwaltungsmehraufwand für die Auftraggeber und Bieter verbunden ist, der – gerade angesichts kleinerer Auftragsvolumina im Unterschwellenbereich, für den die Landesvergabegesetze regelmäßig ebenfalls Geltung beanspruchen – oft unverhältnismäßig hoch ist. Schwierigkeiten bereiten nicht zuletzt Erklärungen, mit denen die Einhaltung bestimmter Vorgaben gleich für gesamte Lieferketten versichert werden sollen, die häufig selbst für die Bieter nicht überschaubar sind, und deren Richtigkeit seitens der Auftraggeber kaum praktikabel nachprüfbar sind. Das gilt namentlich für die Einhaltung von Mindestentgeltvorschriften und Mindestarbeitsbedingungen, deren Überwachung an sich den Zollämtern obliegt, die durch die Verpflichtung zur Abgabe entsprechender Erklärungen aber auch zum Gegenstand des Vergabeverfahrens und der Prüfpflichten der Vergabestellen gemacht werden. Insgesamt berichtet die Praxis von einem spürbaren Rückgang von Angeboten gerade mittelständischer Unternehmen, die den zusätzlichen bürokratischen Aufwand scheuen und im Zweifel von einer Angebotsabgabe absehen, letztlich zum Nachteil für den Wettbewerb. Problematisch ist es aus Auftraggebersicht ferner, wenn einzelne Landesvergabegesetze z.B. für ÖPNV-Vergaben die Anwendung sog. „repräsentativer Tarifverträge“ fordern, aber nur einzelne branchenübliche Tarifverträge für repräsentativ erklären. So wurde etwa in Nordrhein-Westfalen gerade der für den ländlichen Raum sehr wichtige Tarifvertrag des privaten Omnibusgewerbes nicht für repräsentativ erklärt. Die privaten Verkehrsunternehmen sehen sich dadurch mit Tarifregelungen konfrontiert, an deren Aushandlung sie nicht beteiligt waren. Nach näheren Schätzungen unseres Landesverbands dürfte sich zudem die Bestellung von Busverkehren für die kommunalen ÖPNV-Aufgabenträger im ländlichen Raum landesweit in den nächsten Jahren um insgesamt ca. 45 Mio. EUR verteuern. Nicht verwunderlich ist deshalb auf Landesebene inzwischen auch eine Diskussion entbrannt, inwieweit die entsprechenden Vorgaben konnexitätsrelevant sind und durch das Land auszugleichen sind.

Insofern darf ich als Fazit festhalten: Kriterien der Nachhaltigkeit sind als sekundäre Vergabeziele Gegenstand vieler kommunaler Beschaffungsmaßnahmen. Ihre Berücksichtigung hat in den neuen EU-Vergaberichtlinien eine noch stärkere Anerkennung erfahren, ist aber – abgesehen von punktuellen Regelungen – zu Recht nicht verpflichtend, sondern im Grundsatz freiwillig. Dies ermöglicht – im Interesse der Auftraggeber wie der Bieter – eine am Einzelfall orientierte Einbeziehung von Nachhaltigkeitsaspekten mit Augenmaß, um nicht zuletzt unverhältnismäßigen bürokratischen Aufwand zu vermeiden, gerade auch im Unterschwellenbereich.

Insoweit erwarten die kommunalen Spitzenverbände, dass auch der GWB-Entwurf zur Anpassung des Vergaberechts an die neuen EU-Vergaberichtlinien die kommunale Beschaffungsautonomie wahrt und keine verpflichtenden Vorgaben zur Berücksichtigung sekundärer Vergabeziele enthält, die nicht bereits unmittelbar durch EU-Recht verbindlich vorgegeben sind, wie etwa im Bereich Energieeffizienz. Wenn ich die entsprechenden Ausführungen von Herrn Unterabteilungsleiter Dobler zu dem Referentenentwurf gestern richtig verstanden habe, soll dies der Fall sein. Aus kommunaler Sicht wäre dies zu begrüßen.

Ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit.

Resümee



Dr. Mark von Wietersheim

Geschäftsführer des forum vergabe e.V.

Frau Brackmann hat eben Antoine de Saint Exupéry zitiert mit dem Satz, man müsse die Sehnsucht nach dem Meer wecken, wenn man ein Schiff haben wolle, und nicht Aufgaben zuweisen. Nimmt man die Sehnsucht nach dem Meer als ein antreibendes Motiv, so haben auch wir beim forum vergabe ein solches antreibendes Motiv. Uns geht es darum, die Akzeptanz des Vergaberechts zu erhöhen, die Kenntnisse hierüber zu verbessern und dadurch auch zu einer besseren Anwendung beizutragen.

Was die kommende Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien angeht, sind wir diesem Schritt mit dieser Tagung bestimmt ein gutes Stück näher gekommen.

Dies war jedoch nur möglich, weil wir die Unterstützung vieler Referenten hatten. Auch die Sponsoren haben die Durchführung dieser Veranstaltung und die Tätigkeit des forum vergabe maßgeblich ermöglicht. Zuletzt wäre diese Veranstaltung nicht durchzuführen ohne die engagierte Unterstützung der Mitarbeiter der Geschäftsstelle. All diesen gilt mein Dank.

Bei allen Teilnehmern möchte ich mich für die rege Diskussion und die vielen interessanten Gespräche bedanken und wünsche Ihnen einen guten Heimweg.

28 Ausschreibung & Vergabe

Staatsanzeiger · Donnerstag, 30. April 2015 · Nr. 17

Forum Vergabe
Gespräche 2015

EU-Vergaberichtlinie vor dem Praxistest

Bei den 17. Forum Vergabe Gesprächen diskutierten in der vergangenen Woche zahlreiche Experten von Bund, Ländern, Kommunen, Wirtschaft, Forschung und Verwaltung darüber, wie die neue EU-Vergaberichtlinie in Deutschland umgesetzt werden soll. Das Ziel, das Regelwerk zu vereinfachen, traf dabei auf die komplexe Materie des Vergaberechts.

Von Ulrike Raab-Nicolai

FULDA. Hauptthema der Gespräche in Fulda war die Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien im kommenden Jahr. Am 17. April 2016 findet die zweite kopernikanische Wende im Vergaberecht statt, sagte Meinrad Dreher, von der Johannes-Gutenberg-Universität. Mit diesem Umbruch werde das europäische Richtlinienprogramm vollendet und ausdifferenziert.

Der Aspekt der Ausdifferenzierung prägte die Diskussionen während der Tagung. Auch sein Antipode, die Vereinfachung des Vergaberechts, war vielfach geäußertes Anliegen in Fulda.

„Wir wollen die Vereinfachung der Gesetzesstruktur“

Von dieser Spannung gekennzeichnet ist die Umsetzung der EU-Richtlinie in nationales Recht. Christian Dobler, der im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BWI) dafür verantwortlich ist, konnte „die gute Nachricht“ verkünden, dass der Entwurf für die neue Verordnung im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) fertig ist und auch bald zur Verfügung stehen werde.

Allerdings: „Die EU-Richtlinie ist Ausgangspunkt, wir können nicht besser sein als diese“, so Dobler. Das Spannungsfeld der EU könne nicht aufgelöst, nur optimiert werden. Er machte die Haltung auf Bundesebene klar: „Wir wollen die Vereinfachung der Gesetzesstruktur unterhalb der EU-Ebene“. Deshalb würden die VOL/A und die VOF in die Vergabeverordnung (VgV) integriert. Bei allem Willen, das bundes-



In der Orangerie in Fulda fanden die 17. Forum Vergabe Gespräche an historischem Ort statt. Der Blick ging dort in die Zukunft des Vergaberechts. urn 288

Modernisierung des Europäischen Vergaberechts

Am 28. März 2014 sind die neuen EU-Vergaberichtlinien im EU-Ambiblatt veröffentlicht worden. Die drei Richtlinien zur Modernisierung des EU-Vergaberechts traten am 17. April 2014 in Kraft und müssen innerhalb von zwei Jahren in deutsches Recht umgesetzt werden.

Ziele der Novellierung sind die Vereinfachung und Flexibilisierung der Ver-

gaberichtlinien im EU-Ambiblatt veröffentlicht worden. Die drei Richtlinien zur Modernisierung des EU-Vergaberechts traten am 17. April 2014 in Kraft und müssen innerhalb von zwei Jahren in deutsches Recht umgesetzt werden. Ziele der Novellierung sind die Vereinfachung und Flexibilisierung der Ver-

gaberichtlinien im EU-Ambiblatt veröffentlicht worden. Die drei Richtlinien zur Modernisierung des EU-Vergaberechts traten am 17. April 2014 in Kraft und müssen innerhalb von zwei Jahren in deutsches Recht umgesetzt werden.

gaberichtlinien im EU-Ambiblatt veröffentlicht worden. Die drei Richtlinien zur Modernisierung des EU-Vergaberechts traten am 17. April 2014 in Kraft und müssen innerhalb von zwei Jahren in deutsches Recht umgesetzt werden.

Ziele der Novellierung sind die Vereinfachung und Flexibilisierung der Ver-

gaberichtlinien im EU-Ambiblatt veröffentlicht worden. Die drei Richtlinien zur Modernisierung des EU-Vergaberechts traten am 17. April 2014 in Kraft und müssen innerhalb von zwei Jahren in deutsches Recht umgesetzt werden.

Ziele der Novellierung sind die Vereinfachung und Flexibilisierung der Ver-

gaberichtlinien im EU-Ambiblatt veröffentlicht worden. Die drei Richtlinien zur Modernisierung des EU-Vergaberechts traten am 17. April 2014 in Kraft und müssen innerhalb von zwei Jahren in deutsches Recht umgesetzt werden.

Ober- und Unterschwellenbereich als Ganzes betrachten

Für die nächste Ebene der Kaskade stand Norbert Portz vom Deutschen Städte- und Gemeindebund auf dem Podium. Er beurteilte den Willen zur Vereinheitlichung bei der Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien positiv und steht die Integration von VOL und VOF als richtigen Weg. Portz forderte, eine Diskrepanz bei Ober- und Unterschwellenbereichen zu vermeiden. „Es kann nicht sein, dass ab 18. April

2016 Regelungsübertragungen auf den Unterschwellenbereich nicht möglich sind“, sagte er. Gerade „das Massengeschäft der unterschwelligen Vergabe braucht Vereinfachung.“ Denn, so mahnte Portz, „die Praxis braucht Ruhe, keine weiteren Novellen.“

Die Bauwirtschaft wurde in Fulda von Hans-Harwig Loewenstein, Präsident des Zentralverbands Deutsches Baugewerbe, vertreten. „Die ausführende Bauwirtschaft wird zu wenig gehört“, klagte er. Dabei sei sie mit einem Drittel des Auftragsvolumens, das seien 30 Milliarden Euro, existenziell betroffen. Er plädierte dafür, die VOB in allen Teilen als Gesamtsystem zu betrachten und zu bewahren.

Der Stadtbaurat von Fulda, Daniel Schreiner, hatte den anscheinend manöflichen Widerspruch zwischen Vereinfachung und Komplexität in der Umsetzung der Vergaberichtlinie in seinem Tagungsgrußwort schon gedeutet. „Wir erhoffen uns vom Entwurf des Bundes Vereinfachung“, sagte er. Und er fügte an: „Das Handeln wird schwieriger für öffentliche Auftraggeber.“

**Das forum vergabe bedankt sich bei allen Sponsoren
für die Unterstützung der forum vergabe Gespräche 2015**

Allen & Overy LLP
Aulinger Rechtsanwälte
avocado rechtsanwälte
Baker & McKenzie
beck-online Verlag C.H. Beck
Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Boesen Rechtsanwälte
Bundesanzeiger Verlag GmbH
Clifford Chance
CMS Hasche Sigle Rechtsanwälte Steuerberater
FPS Rechtsanwälte & Notare
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
Gleiss Lutz
GÖRG Rechtsanwälte
Graf von Westphalen
GSK STOCKMANN + KOLLEGEN
HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK
HFK Rechtsanwälte LLP
Hogan Lovells
K&L Gates LLP
KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Linklaters LLP
OPPENLÄNDER Rechtsanwälte
Orrick Hölters & Elsing
PWC
Schindhelm Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Siemens AG
Taylor Wessing
Wegweiser Media & Conferences GmbH
Zirngibl Langwieser Rechtsanwälte

ALLEN & OVERY



Expertise im Vergaberecht

Allen & Overy LLP ist eine internationale Anwaltsgesellschaft mit 525 Partnern und ca. 5.000 Mitarbeitern weltweit. Durch unser internationales Netzwerk mit 45 Standorten auf fünf Kontinenten sind wir in der Lage eine nahtlose Beratung in allen relevanten Praxisbereichen zu bieten. In Deutschland sind wir mit vier Büros und insgesamt 220 Rechtsanwälten vertreten.

Im Bereich des Vergaberechts verfügt das Team um Dr. Olaf Otting über langjährige Erfahrung und breite Expertise. Wir beraten sowohl Bieter in Vergabeverfahren als auch Banken bei der Finanzierung öffentlich ausgeschriebener Projekte. Für öffentliche Auftraggeber strukturieren wir komplexe Vergabeverfahren. Wir beraten öffentliche Versorgungsunternehmen, Unternehmen im privaten Sektor und bei ÖPP-Projekten.

Unser Team verfügt über umfangreiche Erfahrung im Bereich der regulierten Industrien, insbesondere im Energie-, Infrastruktur- und Verkehrssektor sowie im Bereich der Verteidigung, des Gesundheitswesens und der Immobilienwirtschaft. Wir beraten bei der Umsetzung neuer europarechtlicher Regulierungsansätze und führen Grundsatzverfahren. Durch das internationale Netzwerk der Kanzlei können wir auch grenzüberschreitende Großprojekte begleiten.



Dr. Olaf Otting
Partner – Frankfurt am Main
Tel +49 69 2648 5466
olaf.otting@allenoverly.com

Allen & Overy LLP in Deutschland: Düsseldorf | Frankfurt | Hamburg | München

© Allen & Overy LLP 2015

www.allenoverly.de

AULINGER
RECHTSANWÄLTE | NOTARE



VERGABERECHT

AULINGER ist eine der führenden Kanzleien für Wirtschaftsrecht in der Metropole Ruhr. Unsere Anwälte und Notare in den Büros in Bochum und Essen betreuen mittelständische Unternehmen, Konzerne, Privatpersonen und die öffentliche Hand – in ganz Deutschland und darüber hinaus. Im Vergaberecht beraten wir öffentliche Auftraggeber sowohl im Bau- als auch im Dienstleistungsbereich. Unsere Expertise umfasst anspruchsvolle PFI- und PPP-Hochbauprojekte ebenso wie die Privatisierung hoheitlicher Aufgaben (bspw. der Abfall- oder Abwasserentsorgung). Wir verfügen über umfangreiche Kenntnisse in der Strukturierung und Durchführung von Bietprozessen von Unternehmen, die als Sektorenauftraggeber tätig sind. Bieter von Vergabeverfahren begleiten wir rechtlich während des Ausschreibungsprozesses und im Rahmen von Nachprüfungsverfahren. AULINGER steht Ihnen mit Fachwissen und Engagement zur Seite.

Ansprechpartner: Dr. Stefan Mager, Telefon +49 201 95986-0, www.aulinger.eu



avocado rechtsanwälte

berlin frankfurt hamburg köln münchen brüssel

avocado rechtsanwälte sind ein junges und dynamisches Team von rund 50 hochspezialisierten Rechtsanwälten an den Standorten Berlin, Frankfurt, Hamburg, Köln und München sowie Brüssel. avocado rechtsanwälte gehören in Deutschland zu den führenden unabhängigen Wirtschaftskanzleien mittlerer Größe und bieten als Full-Service-Kanzlei ein breit gefächertes Spektrum anwaltlicher Dienstleistungen. Die Praxisgruppe „öffentliches Wirtschaftsrecht“ deckt unter anderem die Fachgebiete Vergabe- und Privatisierungsrecht, Umweltrecht, Kartellrecht, Europäisches Beihilferecht, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Europäisches Recht ab.

Das Vergaberecht ist einer der strategischen Schwerpunkte von avocado rechtsanwälte am Kölner und am Berliner Standort, wo ein Team erfahrener Vergaberechtler zur Verfügung steht. Eine umfassende Beratung erfolgt dabei insbesondere im Bereich der Ver- und Entsorgungswirtschaft, der Bauwirtschaft, des ÖPNV, des Gesundheitswesens und des Rettungsdienstes, der Wirtschaftsförderung, der Freizeit- und Tourismusindustrie, der Ausschreibung von IT-Leistungen, Reinigungsdienstleistungen, Lieferleistungen und Infrastrukturmaßnahmen sowie im Rahmen von PPP-Projekten. Die Vergaberechtler werden bei ihrer Tätigkeit häufig von anderen Teams unterstützt, namentlich aus dem Fachbereich Immobilienwirtschaftsrecht und der IT-Praxisgruppe, die jeweils eine exzellente Reputation genießen und über langjährige Erfahrung in der Begleitung von IT-Projekten sowie von Immobilien-transaktionen und Projektentwicklung/Anlagenbau verfügen.

Kontakt:

Markus Figgen

Dr. Klaus Greb

Dr. Rebecca Schäffer, MJl

Telefon: 0221 / 39 07 11 13

E-Mail: koeln@avocado.de

Internet: www.avocado.de

Wir werden immer dann gefragt, wenn es besonders anspruchsvoll wird.

Vergaberecht bei Baker & McKenzie – Anspruchsvolle Materie, hohe Spezialisierung

Unsere Mandanten erwarten von uns hervorragende Expertise, wissenschaftlich exzellente und stets praktisch, unmittelbar, verwertbare Empfehlungen sowie eine hohe Reaktionsgeschwindigkeit. Schwierige und ungewöhnliche Fallgestaltungen sind bei uns die Regel, nicht die Ausnahme. Die Arbeit in unserem dynamischen Team ist durch herausfordernde Mandate mit oftmals starkem internationalen Bezug und sehr hohen Transaktionsvolumina gekennzeichnet.

Unser Vergaberechtsteam berät umfassend und auf höchstem Niveau zu allen vergaberechtlichen Fragestellungen. Neben der Vertretung von Unternehmen und Auftraggebern in Vergabe- und Nachprüfungsverfahren zählen dazu auch Privatisierungen sowie strukturierte Bieterverfahren und Beteiligungsveräußerungen der öffentlichen Hand. Dabei sind wir stets an der Entwicklung des Vergaberechts durch Veröffentlichungen, Vorträge und richtungsweisende Rechtsschutzverfahren beteiligt. Mit unserer europäischen Vergaberechtsgruppe, die gegenwärtig aus 40 Anwälten aus 18 verschiedenen Büros besteht, sind wir eine der wenigen Kanzleien, die auch hochkomplexe grenzüberschreitende Transaktionen mit vergaberechtlichem Bezug aus einer Hand begleitet.

Baker & McKenzie zählt heute mit mehr als 4.200 Anwälten an 77 Standorten zu den größten und leistungsstärksten Anwaltssozietäten der Welt. An unseren Standorten in Berlin, Düsseldorf, Frankfurt am Main und München vertreten über 200 Anwälte mit ausgewiesener fachlicher Expertise und internationaler Erfahrung die Interessen der Mandanten nicht nur in Deutschland, sondern auch über die Grenzen hinaus.

**Ihr Ansprechpartner: Baker & McKenzie
Partnerschaft von Rechtsanwälten,
Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern mbB**

Dr. Marc Gabriel, LL.M.
Friedrichstrasse 88/Unter den Linden
10117 Berlin
Tel.: +49 (0) 30 22 00 281 720
Marc.Gabriel@bakermckenzie.com

Die Baker & McKenzie - Partnerschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Steuerberatern mbB ist eine im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts Frankfurt/Main unter PR-Nr. 1602 eingetragene Partnerschaftsgesellschaft nach deutschem Recht mit Sitz in Frankfurt/Main. Sie ist assoziiert mit Baker & McKenzie International, einem Verein nach Schweizer Recht. Mitglieder von Baker & McKenzie International sind die weltweiten Baker & McKenzie-Anwaltsgesellschaften. Der allgemeinen Übung von Beratungsunternehmen folgend, bezeichnen wir als "Partner" einen Freiberufler, der als Gesellschafter oder in vergleichbarer Funktion für uns oder ein Mitglied von Baker & McKenzie International tätig ist. Als "Büros" bezeichnen wir unsere Büros und die Kanzleistandorte der Mitglieder von Baker & McKenzie International.

beck-online.DIE DATENBANK



beck-online ist DIE DATENBANK (www.beck-online.de) für Anwälte, Notare, Gerichte, Justiziarer, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer sowie Hochschulen in Beck'scher Qualität und Aktualität und bietet ein spezialisiertes Angebot über die ganze Breite der Rechtsgebiete, vom Arbeitsrecht bis zum Zivilrecht. Seit dem Start von beck-online im Mai 2001 verfolgt die Datenbank das eigens entwickelte Konzept der Fachmodule. Dabei abonniert der Nutzer zu festen Preisen gebündelte Inhalte, die auf seinen Anwendungsbereich passen.

Mit den Portalen "Steuern & Bilanzen" (www.steuern.beck.de) und "beck-personal-portal" (www.beck-personal-portal.de) sowie der eBibliothek für Studenten bieten wir besonders umfassende Arbeitshilfen für diese Zielgruppen.

Warum online arbeiten?

Aufwändige Recherchen überlassen Sie ab sofort beck-online. Sie können in einem bestimmten Werk suchen oder in allen Werken eines Moduls, nach Schlagwort, Gericht, Datum, Aktenzeichen etc. **beck-online macht Sie unübertroffen schnell** – selbst in vertrauten Gesetzen.

Und darum mit beck-online

Der große Vorteil von beck-online gegenüber anderen juristischen Datenbanken liegt in der **hohen Anzahl an Kommentaren und Handbüchern**, die mit weiteren Quellen – Urteilen, Formularen, Arbeitshilfen sowie Gesetzen und Zeitschriften – **unmittelbar verlinkt** sind. Erklärtes Ziel von beck-online ist es, vor allem den Rechtspraktikern eine Arbeitserleichterung zu schaffen und nicht einfach das gesamte rechtswissenschaftliche Printprogramm mit Lehrbüchern und Monographien vollständig abzubilden.

Das bewährte Modulkonzept

Rund 90 Fachmodule stehen mittlerweile zur Auswahl, inhaltliche Schwerpunkte der nach Rechtsgebieten aufgebauten Fachmodule sind die **renommierten Beck'schen Kommentare** sowie die Rechtsprechung. Darüber hinaus enthalten die Module alle Materialien, die der Rechtspraktiker benötigt: Gesetze, Zeitschriften, Handbücher, Formulare sowie Inhalte von rund 30 kooperierenden Verlagen. Zudem enthält beck-online **spezielle Online-Kommentare**, in denen Autoren die tägliche Flut von Entscheidungen selektieren und aktuell kommentieren. Diese sind **exklusiv nur über beck-online** zugänglich.

Über den Verlag C.H.BECK

Der Verlag C.H.BECK ist der führende juristische Fachverlag in Deutschland. Mit rund 9.000 lieferbaren Werken, über 70 Fachzeitschriften und einer jährlichen Produktion von bis zu 1.500 Neuerscheinungen und aktualisierten Neuauflagen zählt C.H.Beck zugleich zu den großen Buch- und Zeitschriftenverlagen hierzulande. C.H.Beck pflegt alle denkbaren Publikationsformen: große mehrbändige Werke für Spezialisten, preiswerte Broschüren für ein breites Publikum, fortlaufend aktualisierte Loseblattwerke, Lehrbücher, Apps sowie die umfangreiche juristische Datenbank „beck-online“ (www.beck-online.de). Im Web 2.0 ist das traditionsreiche Verlagshaus u.a. mit dem „beck-blog“ (www.beck-blog.de) vertreten. Unter dem Dach der BeckAkademie veranstaltet C.H.Beck jährlich mehrere hundert Fortbildungen in den Bereichen Recht und Steuern. Mit dem „beck-stellenmarkt“ unterhält der Verlag Deutschlands größte Jobbörse für Juristen. C.H.Beck wurde 1763 von Carl Gottlob Beck gegründet und befindet sich in 7. Generation in Familienbesitz.



BEITEN BURKHARDT

Veränderung als einzige Konstanz

Während das BMWi mit dem Entwurf des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes den Aufschlag zur Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien gemacht hat, bereitet sich Brüssel bereits auf die nächste Reform des Vergaberechts vor – die Revision der Rechtsmittelrichtlinien. Insofern zeigte sich auch bei den 17. forum vergabe Gespräche in Fulda die Veränderung als einzige Konstanz. Neben den vielfältigen Modifikationen und Neuerungen wird ab April 2016 eine stark veränderte Struktur des Vergaberechts die Vergabestellen vor weitere Herausforderungen stellen und ein Umdenken erfordern. Wer auch in Zukunft rechtssichere Vergabeverfahren durchführen möchte, muss sich bereits heute darauf vorbereiten.

BEITEN BURKHARDT berät mit 25 spezialisierten Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten sowohl die öffentliche Hand als auch Unternehmen bei Vergabemaßnahmen, ÖPP-Vorhaben und Privatisierungen. Wir kombinieren jahrzehntelange Erfahrung und ausgewiesene Expertise mit den aktuellsten Rechtsentwicklungen und kreativen Lösungsansätzen. Damit können wir stets eine präzise, praxisorientierte und erfolgreiche Rechtsberatung gewährleisten.

Insbesondere bei der Beratung öffentlicher Auftraggeber verfolgen wir einen integrativen Ansatz, da sich Vergabeverfahren zumeist durch eine Wechselwirkung aus rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Aspekten auszeichnen. Allein in rechtlicher Hinsicht erfordert dies die Berücksichtigung von vergabe-, gesellschafts-, steuer-, zivil- und arbeitsrechtlichen Fragestellungen. Dies können wir durch enge Kooperation mit unseren anderen Praxisgruppen jederzeit kurzfristig auch für komplexe Verfahren sicherstellen.

BEITEN BURKHARDT ist eine unabhängige deutsche Anwaltskanzlei mit Büros in Berlin, Düsseldorf, Frankfurt, München und Nürnberg sowie in Brüssel und an fünf weiteren ausländischen Standorten. Mit mehr als 270 Anwälten beraten wir anspruchsvolle in- und ausländische Mandanten auf allen Gebieten des Wirtschaftsrechts.

Kontakt:

Berthold F. Mitrenga, Tel.: +49-911-27971-0, Berthold.Mitrenga@bblaw.com

Stephan Rechten, Tel.: +49-30-26471-219, Stephan.Rechten@bblaw.com

Michael Brückner, Tel.: +49-89-35065-00, Michael.Brueckner@bblaw.com

Julian Polster, Tel.: +49-211-518989-0, Julian.Polster@bblaw.com

Dr. Hans von Gehlen, Tel.: +49-69-756095-0, Hans.vonGehlen@bblaw.com

BOESEN

RECHTSANWÄLTE

DIE KANZLEI

Boesen Rechtsanwälte ist eine bundesweit tätige Anwaltskanzlei mit Sitz in Bonn. Zu ihren Mandanten zählt sie die öffentliche Hand, große und mittelständische Unternehmen sowie Verbände.

Die Kanzlei wurde im Jahre 1996 gegründet. Ihr Inhaber, Arnold Boesen, konnte dabei auf seine Erfahrungen bei der Kommission der Europäischen Gemeinschaften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, als Verwaltungsrichter sowie als Referent für Völkerrecht im Bundesjustizministerium zurückgreifen. In der Kanzlei sind derzeit 11 Rechtsanwälte tätig, die eine Beratung auf höchstem Niveau garantieren.

Boesen Rechtsanwälte konzentriert ihre Tätigkeit bewußt auf ausgewählte Beratungsschwerpunkte. Aufgrund dieser Spezialisierung ist die Kanzlei in der Lage, die Erwartungen ihrer Mandanten auch bei äußerst komplexen Fragestellungen zu erfüllen. Dabei werden die Projekte in den Beratungsschwerpunkten stets ganzheitlich bearbeitet. So bildet sich bei jeder neuen Aufgabe regelmäßig ein Team aus Anwälten mit Erfahrung, rechtlichen Spezialkenntnissen und wirtschaftlichem Sachverstand, um den Erfordernissen des Projekts und den Wünschen der Mandanten in jeder Hinsicht gerecht zu werden.

Schwerpunkt Vergaberecht

Boesen Rechtsanwälte ist seit Jahren als eine der führenden Kanzleien auf dem Gebiet des Vergaberechts anerkannt und hat die Entwicklung dieses Rechtsgebiets von Beginn an mitgeprägt. Die herausragende Expertise in diesem Bereich wird der Kanzlei regelmäßig, u.a. im JUVE-Handbuch, bestätigt.

Ein Schwerpunkt der Vergaberechtspraxis liegt auf der umfassenden Betreuung komplexer Beschaffungsvorhaben. Hierbei werden für den Mandanten individuelle und innovative Lösungen entwickelt, die sowohl eine wirtschaftlich effiziente als auch rechtlich verlässliche Vergabe sicherstellen. Weitere wesentliche Tätigkeitsfelder sind die gutachterliche Bearbeitung aktueller rechtlicher Fragestellungen, die Unterstützung von Bewerbern/Bietern bei der Erstellung von Teilnahmeanträgen und Angeboten einschließlich der weiteren Begleitung im Vergabeverfahren sowie die Vertretung von Auftraggebern bzw. Bewerbern/Bietern in Nachprüfungsverfahren.

Die Beratungstätigkeit erstreckt sich auf sämtliche Branchen, in denen die Vergabe öffentlicher Aufträge relevant ist. Hierzu gehören u.a. der Bau- und Immobilienbereich, die Entsorgungswirtschaft, IT und EDV, der Gesundheitssektor, ÖPNV, der Verteidigungsbereich sowie die Logistikbranche.

BOESEN RECHTSANWÄLTE

KAISER-FRIEDRICH-STR. 3

53113 BONN

WWW.BOESEN.DE

ANSPRECHPARTNER:

ARNOLD BOESEN

TELEFON: 0228 – 21 52 90

TELEFAX: 0228 – 21 54 91

MAIL: KANZLEI@BOESEN.DE

Der Bundesanzeiger Fachverlag ...

... mit einem kontinuierlich wachsenden multimedialen Angebot in den Bereichen Recht, Wirtschaft und Steuern ist bekannt als moderner, serviceorientierter und innovationsfreudiger Fachverlag. Klar gegliedert in 6 Themengebiete bieten wir in diesem Geschäftsbereich fachspezifische Informationen für Experten aus Wirtschaft, Behörden, Kanzleien, Verwaltung und Sachverständigenwesen – um nur einige unserer Zielgruppen zu nennen.

Wir verstehen uns als Partner unserer Kunden und bereiten unsere aufwändig recherchierten Inhalte aktuell und in verschiedensten medialen Angebotsformen auf, um den sich verändernden Informationsbedürfnissen Rechnung zu tragen.

Der Bund hat 2006 seine Anteile an unserem Verlag verkauft, bleibt aber als bedeutender und langfristiger Vertragspartner, Kunde und Herausgeber wesentlicher Medien dem Unternehmen eng verbunden. Seit Ende 2006 gehört der Bundesanzeiger Verlag nunmehr zu 100% zu der erfolgreichen und national wie international expandierenden Verlagsgruppe M. DuMont Schauberg in Köln.

Speziell im Fachbereich Vergabe bietet der Verlag ein umfassendes Programm von Kommentaren über Praxisratgeber, Zeitschriften, Formularen, Datenbanken und Veranstaltungen.

Selbstverständlich ist das komplette Produkt-Portfolio auch digital erhältlich!



VergabePortal

Das komplette Vergabe-Fachwissen in einer Datenbank!



**Bundesanzeiger
Verlag**

www.bundesanzeiger-verlag.de/vergabe

Ihr Kontakt im Vergaberecht:

Katja Petry

Tel. (02 21) 9 76 68-271 · Fax (02 21) 9 76 68-278 ·

E-Mail: katja.petry@bundesanzeiger.de ·

Bundesanzeiger Verlag GmbH, Amsterdamer Str.

192, 50735 Köln



Clifford Chance, eine der weltweit führenden Anwaltssozialitäten, ist für ihre Mandanten mit 36* Büros in allen wesentlichen Wirtschaftszentren der Welt tätig. In Deutschland ist Clifford Chance mit rund 350 Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors in Düsseldorf, Frankfurt am Main und München vertreten.

Schwerpunkt Vergaberecht

Clifford Chance verfügt über eine langjährige Tradition in der vergaberechtlichen Beratung. Im Rahmen nationaler und europaweiter Vergabeverfahren begleiten wir sowohl Bieter und Bieterkonsortien als auch öffentliche Auftraggeber. Mit den spezifischen Zielsetzungen und den internen Entscheidungsabläufen beider Seiten sind wir daher bestens vertraut. Dies ermöglicht es uns, nicht nur juristisch maßgeschneiderte Lösungen anzubieten, sondern auch taktisch zielführende Erwägungen in die Beratung einzubeziehen, um das jeweilige Projekt rechtssicher sowie wirtschaftlich und politisch erfolgreich zum Abschluss zu bringen.

Die Schwerpunkte unserer Tätigkeit liegen in der vergabe- und vertragsrechtlichen Beratung von Mandanten aus dem Healthcare-Sektor, insbesondere dem Pharma- und Hilfsmittelbereich, sowie aus der Energiebranche. Darüber hinaus beraten wir Mandanten bei der Realisierung großer Infrastruktur-, Bau- und PPP-Projekte. Wir vertreten unsere Mandanten vor den Vergabenachprüfungsinstanzen und haben bereits mehrfach Grundsatzentscheidungen, insbesondere im Healthcare-Sektor, erstritten.

Zahlreiche Anwälte unserer Sozietät sind aktive Mitglieder von Expertenrunden oder Lehrbeauftragte an deutschen Hochschulen. Sie publizieren und referieren regelmäßig zu vergaberechtlichen Themen.

Ansprechpartner:

RA Steffen Amelung
steffen.amelung@cliffordchance.com
Tel.: +49 69 7199-1593
www.cliffordchance.com

C L I F F O R D
C H A N C E

* einschließlich einer Kooperation mit Linda Widyanti & Partners in Jakarta.

Your World First

C/M/S/

Law . Tax

CMS – Ihr Partner im Vergaberecht

Mit über 600 Rechtsanwälten, Steuerberatern und Notaren ist CMS Hasche Sigle eine der führenden Anwaltssozialitäten auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts. Wir verfügen über acht Büros an allen großen deutschen Wirtschaftsstandorten. Mit 24 im Vergaberecht spezialisierten Rechtsanwälten sind wir immer in Ihrer Nähe und in der Lage, auch größte Beschaffungsprojekte zu gestalten, umzusetzen und zu begleiten.

Wir beraten öffentliche Auftraggeber bei der rechtssicheren Gestaltung und Durchführung von Vergabeverfahren und Bieter bei der erfolgreichen Bewerbung um öffentliche Aufträge. Zu unserem Leistungsspektrum gehört selbstverständlich auch die Vertretung in Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren.



CMS ist 'personell und organisatorisch hervorragend aufgestellt, so dass in dringenden Fällen stets umgehend Unterstützung geleistet werden kann'.

The Legal 500 Deutschland, 2015

Ihr Ansprechpartner:

Dr. Volkmar Wagner

Rechtsanwalt | Partner

T +49 711 9764 164

E volkmar.wagner@cms-hs.com





Freshfields Bruckhaus Deringer

Kontakt:

Dr. Hans-Joachim Prieß, LL.M.

Dr. Fridhelm Marx

Potsdamer Platz 1

10785 Berlin

T +49 30 20 28 36 00

F +49 30 20 28 37 66

E [hans-joachim.priess](mailto:hans-joachim.priess@freshfields.com)

@freshfields.com

[fridhelm.marx](mailto:fridhelm.marx@freshfields.com)

@freshfields.com

www.freshfields.com

Weltweite Beratung

Freshfields Bruckhaus Deringer berät mit einer integrierten Partnerschaft aus 27 Standorten in Deutschland und in den wichtigsten Wirtschafts- und Finanzzentren weltweit die führenden nationalen und multinationalen Unternehmen, Finanzdienstleister und Institutionen bei ihren komplexesten Transaktionen – wirtschaftsrechtlich umfassend, über Grenzen hinweg, mit höchstem Anspruch an Qualität und Effizienz.

Marktführende Expertise im Vergaberecht

Seit 20 Jahren begleiten wir unsere Mandanten dabei auch umfassend im Vergaberecht. Zu unserem hoch spezialisierten europaweiten Team zählen mehr als 50 Anwälte an elf Standorten der Sozietät. Wir beraten sowohl Auftraggeber als auch Bieter, Wirtschaftsverbände und Regierungen auf allen Gebieten des deutschen, europäischen und internationalen Vergaberechts. Unser Tätigkeitsspektrum reicht von der vergaberechtskonformen Gestaltung von Transaktionen über Privatisierungsverfahren und ÖPP-Projekte bis hin zur vergaberechtlichen Compliance und Regierungsberatung bei Gesetzgebungsverfahren. Wir vertreten unsere Mandanten sowohl in Rechtsstreitigkeiten vor nationalen und europäischen Gerichten als auch vor der Kommission und nationalen Behörden

Abu Dhabi Amsterdam Bahrain Barcelona Beijing Berlin Brüssel Dubai Düsseldorf
Frankfurt am Main Hamburg Hanoi Ho Chi Minh City Hongkong Köln London Madrid
Mailand Moskau München New York Paris Rom Shanghai Tokyo Washington Wien

Gleiss Lutz

„... unangefochten eine der überragenden deutschen Vergabekanzleien ...“

Legal 500 Deutschland, 2015

Gleiss Lutz ist eine der anerkannt führenden, international tätigen Anwaltskanzleien Deutschlands. Im Vergaberecht bietet sie innovative, auf die Ziele der Mandanten zugeschnittene Lösungen, die nicht nur auf ausgeprägter juristischer Kompetenz, sondern auch auf Kenntnis der politischen und wirtschaftlichen Zusammenhänge beruhen. Als Full Service-Kanzlei verfügt Gleiss Lutz über Experten aus allen weiteren Rechtsgebieten, die mit der vergaberechtlichen Beratungspraxis verknüpft sind, etwa dem Immobilien- oder Beihilferecht. Damit begleitet die Kanzlei öffentliche Auftraggeber und Bieter in komplexen Projekten. Pluspunkt der Praxis ist zudem ihre umfassende Erfahrung in streitigen Verfahren, die das richtige Gespür für die Rechtsmittelanfälligkeit von Entscheidungen gewährleistet.

Ihre Ansprechpartner

Dr. Andreas Neun
T +49 30 800979-202
E andreas.neun@gleisslutz.com

Dr. Marco König
T +49 711 8997-421
E marco.koenig@gleisslutz.com



GÖRG ist eine der führenden unabhängigen Wirtschaftskanzleien in Deutschland.

Wir sind bekannt für unsere praxisnahen, wirtschaftlichen Lösungen in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts.

Mit mehr als 250 Rechtsanwälten in Berlin, Essen, Frankfurt am Main, Hamburg, Köln und München arbeiten wir täglich daran, den Vorhaben unserer Mandanten zum Erfolg zu verhelfen – in der Beratung wie auch vor Gericht.

Schwerpunkt Vergaberecht und ÖPP

GÖRG wird aufgrund der besonderen Spezialisierung der Sozietät auf Ausschreibungen der öffentlichen Hand und Privatisierungen eingeschaltet. Die Rechtsanwälte des Vergaberechts- und ÖPP-Teams haben bundesweit an zahlreichen Groß- und Pilotprojekten mitgewirkt, sowohl auf privater wie öffentlicher Seite. Dr. Lutz Horn gehört außerdem zu den führenden Vergaberechtlern in Deutschland („einer der anerkanntesten ÖPP-Experten Deutschlands“, „überaus große Erfahrung und Fachkenntnis in vergabe und vertragsrechtlicher Hinsicht im Rahmen großer ÖPP-Vorhaben“ – JUVE Handbuch 2012/2013). Im Jahr 2013/2014 ist das Team von der JUVE-Fachredaktion mit dem Titel „Kanzlei des Jahres für Vergaberecht“ ausgezeichnet worden.

Das Team verfügt über langjährige Erfahrung in den verschiedensten Branchen, so z. B. beim Bau und/oder Betrieb von Verwaltungsgebäuden, Haftanstalten und Kasernen, bei Infrastrukturvorhaben wie Brücken oder Autobahnen, bei IT-Beschaffungsprojekten ebenso wie im Entsorgungsbereich oder im ÖPNV. Einen besonderen Schwerpunkt bildet dabei die Strukturberatung komplexer Beschaffungsvorhaben, d. h. die Begleitung eines Vergabeverfahrens von der Konzeption bis zum Zuschlag.

Zu den Mandanten zählen Bund, Länder und Kommunen sowie Bieter- und Betreiberkonsortien und Banken.

Führend in vielen Bereichen

Bundesweit sind wir die führende Restrukturierungskanzlei und u. a. Top 10 im Vergaberecht, Top 10 im Immobilienwirtschaftsrecht und Top 10 im Bauplanungsrecht (basierend auf dem JUVE Handbuch 2012/2013).

Ansprechpartner:

GÖRG Rechtsanwälte

Dr. Lutz Horn

Neue Mainzer Straße 69-75 in D-60311 Frankfurt/M.

Tel +49 - 69 - 170000-17; lhorn@goerg.de



GvW - Beratungskompetenz im Vergaberecht

GvW Graf von Westphalen ist eine Partnerschaft mbH von Rechtsanwälten und Steuerberatern. Mit unseren ca. 130 Berufsträgern in Hamburg, Frankfurt a.M., Berlin, Düsseldorf und München sowie unseren Büros in Istanbul, Shanghai und Brüssel zählen wir zu den größten, unabhängigen Sozietäten in Deutschland. Im Rahmen unserer sowohl nationalen als auch internationalen Tätigkeit bieten wir unseren Mandanten als eine Full-Service-Kanzlei umfassende Beratung aus einer Hand in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts.

Das namhafte GvW-Vergaberechtsteam um Dr. Ingrid Reichling ist seit vielen Jahren auf dem Gebiet des nationalen und internationalen Vergaberechts beratend tätig und verfügt über langjährige Erfahrungen im Bereich des gesamten öffentlichen Auftragswesens und der Betreuung komplexer Vergabeprojekte, insbesondere in den Bereichen IT, Gesundheit, Verkehr, Bau sowie Verteidigung und Sicherheit nach VSVgV. Unsere Experten sind spezialisiert auf die umfassende Beratung bei nationalen und europaweiten Vergabeverfahren und Ausschreibungen, bei Privatisierungen und Public Private Partnerships (PPP/ÖPP). Zu unseren Mandanten zählen sowohl die öffentliche Hand als auch private Unternehmen.

Mit den Werten unserer Sozietät:

Kompetenz – Wirtschaftlichkeit – Verlässlichkeit

unterstützen wir Sie gerne dabei, Ihre Ziele optimal und sicher zu erreichen.

Ansprechpartner:



Dr. Ingrid Reichling

Graf von Westphalen

Sophienstraße 26 – Lenbach Gärten
80333 München

T +49 89 689077-301

F +49 89 689077-100

i.reichling@gvw.com

www.gvw.com



GSK Stockmann + Kollegen ist mit 125 Rechtsanwälten und Steuerberatern an fünf nationalen Standorten eine der führenden, unabhängigen Wirtschaftskanzleien in Deutschland in den Bereichen Real Estate, Public Sector, Corporate und Banking/Finance.

Unser Leistungsspektrum im Bereich Vergabe

Wir beraten Bund, Länder und Kommunen und deren Wirtschaftsunternehmen sowie Unternehmen, die sich an Vergabeverfahren beteiligen. Aufgrund unserer langjährigen Expertise kennen wir die Interessenlage von Auftraggebern und Bietern. Das macht uns nicht nur zum kompetenten Partner mit rechtlichem und wirtschaftlichem Sachverstand, sondern auch zu einem effizienten Dienstleister. Insbesondere übernehmen wir für Sie:

- > Projekt- sowie Verfahrensstrukturierung
- > Strukturierung von Investorenwettbewerben
- > Erarbeitung der Vergabeunterlagen
- > Optimierung der Angebotsunterlagen
- > Begleitung des Vergabeverfahrens
- > Abwehr bzw. Verfolgung von Schadensersatzforderungen
- > Vertretung in Nachprüfungsverfahren und gerichtlichen Verfahren auf deutscher und europäischer Ebene
- > Einbettung des Vergaberechts in die Compliance-Strukturen der betroffenen Unternehmen

GSK STOCKMANN + KOLLEGEN

Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB

Berlin

RA und Notar Dr. Christian R. Schmidt

RAin Dr. Jenny Mehlitz

Tel.: +49 30 203907 - 0

schmidt@gsk.de

jenny.mehlitz@gsk.de

München

RA Dr. Wolfgang Würfel

Tel.: +49 89 288174 - 0

wuerfel@gsk.de

 HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

Wirtschaftswoche • Chambers Europe
 Global Law Experts • Who's Who Legal
 Juve • Chambers Global • Best Lawyers
 ACQ Global Award • Legal 500

Ausgezeichnet!

Die Praxisgruppe „Öffentlicher Sektor und Vergabe“ ist mit über 30 Rechtsanwälten sehr breit aufgestellt. Die Anwälte des Bereichs haben nicht nur mehrfach Rang 1 im Vergaberecht des JUVE Handbuchs Wirtschaftskanzleien erreicht, sondern wurden national und international mit zahlreichen Preisen und Rankings auf den vorderen Plätzen im Vergaberecht ausgezeichnet.

www.heuking.de

Berlin	Hamburg	
Chemnitz	Köln	
Düsseldorf	München	Brüssel
Frankfurt	Stuttgart	Zürich

RECHTSANWÄLTE UND STEUERBERATER

Hogan Lovells

HÖCHSTE ANSPRÜCHE AN QUALITÄT. WELTWEIT.

**Hogan
Lovells**

Hogan Lovells ist weltweit an mehr als 40 und in Deutschland an vier Standorten in Düsseldorf, Frankfurt (Main), Hamburg und München vertreten. Wir beraten Unternehmen, Finanzinstitute und die öffentliche Hand auf allen Gebieten des nationalen und internationalen Wirtschaftsrechts. Die hohe Qualität unserer Beratung gründet sich auf die exzellente juristische Qualifikation unserer Anwälte, unsere Marktkenntnis und unser Spezialwissen. Wir kombinieren exzellentes Fachwissen mit erstklassigem Branchen-Know-How.

BERATUNG IM VERGABERECHT: NATIONAL UND INTERNATIONAL

Das Vergaberecht gehört zu den Kernkompetenzen von Hogan Lovells: Wir beraten Bieter und Auftraggeber in Vergabeverfahren sowie zu Gesetzgebungsverfahren. Wir sind regelmäßig in Nachprüfungsverfahren vor Vergabekammern und Beschwerdegerichten, dem Europäischen Gerichtshof sowie darüber hinaus in Verfahren der nationalen Regulierungsbehörden tätig. Unsere vergaberechtliche Beratung ist eng verzahnt mit unserer herausragenden Expertise im Marktordnungsrecht: Kartellrecht, EU-Beihilfenrecht und Regulierungsrecht. Aufgrund unserer langjährigen Beratungspraxis bei vergaberechtlichen Verfahren verfügen wir über ausgewiesene Sektor-Expertise bei komplexen Infrastruktur- und ÖPP-Projekten sowie in den Branchen Life Sciences und Healthcare, Transport und Verkehr, Real Estate, Energie und Verteidigung.



Dr. Marc Schweda
marc.schweda@hoganlovells.com
Tel.: +49 40 419 93 509



Jan Christian Eggers, LL.M. (Exeter)
jan.eggers@hoganlovells.com
Tel.: +49 40 419 93 509

www.hoganlovells.com

K&L GATES

Vergaberechtspraxis von K&L Gates LLP

K&L Gates LLP ist eine der führenden internationalen Wirtschaftssozietäten. Die Kanzlei ist in den wichtigsten Regionen Europas, der USA, Asiens, Australiens, des Nahen Ostens und Südamerikas mit über 2 000 Rechtsanwälten präsent und lokal bestens vernetzt.

Unsere Anwälte haben langjährige Beratungserfahrung in den Bereichen ÖPP und Vergaberecht mit Bezügen zum Europa-, Beihilfen- und öffentlichen Wirtschaftsrecht. Unser deutsches Vergaberechts- und ÖPP-Team um die Partnerin Dr. Annette Mutschler-Siebert berät seit vielen Jahren Auftraggeber, Bieter und Sponsoren.

Mit maßgeschneiderten Lösungen garantieren wir die rechtssichere Realisierung komplexer Technologie-, Infrastruktur- und Bauprojekte. Aus unserer Tätigkeit in zahlreichen Pilotprojekten sind wir mit den wirtschaftlichen und politischen Interessenlagen sowohl auf Bieter- als auch auf Auftraggeberseite vertraut. Neben der Gestaltung von Vergabeverfahren einschließlich der vergabe- und beihilferechtskonformen Strukturierung von Privatisierungsvorhaben und ÖPP-Projekten begleiten wir Bieter in solchen Verfahren. Wir sind darüber hinaus als Gutachter tätig und vertreten unsere Mandanten in Nachprüfungsverfahren sowie vor deutschen und europäischen Gerichten.

Neben Vergaberecht und ÖPP sind Beratungsschwerpunkte der deutschen Praxis Corporate/M&A, Private Equity, Gesellschaftsrecht, Aktien- und Konzernrecht, Immobilienwirtschaftsrecht, Immobilientransaktionen, Bank- und Finanzrecht, Investment Management, Bankaufsichts- und Investmentrecht, Steuerrecht, Kartellrecht, gewerblicher Rechtsschutz, Fusionskontrolle und Außenhandel, Telekommunikation, Medien und Technologie, Arbeitsrecht und Dispute Resolution.

Empfohlen für Vergaberecht (*JUVE Handbuch 2011/12–2014/15; Legal 500 Deutschland 2012–2015; Chambers Europe 2014 und 2015*), Öffentliches Recht – PPP (*Legal 500, 2015*), Umstrukturierungen, ÖPP und Projektfinanzierung (*JUVE 2011/12–2013/14*). First Tier-Kanzlei für Öffentliches Recht – PPP (*Legal 500, 2014*). Kanzlei des Jahres für Vergaberecht (*JUVE Awards 2010*).

Ansprechpartnerin:
K&L Gates LLP
Dr. Annette Mutschler-Siebert
Markgrafenstraße 42
10117 Berlin
Tel. +49.30.22.00.29.355
annette.mutschler-siebert@klgates.com
www.klgates.com



K&L Gates LLP ist in folgenden Städten präsent: Anchorage, Austin, Berlin, Boston, Brisbane, Brüssel, Charleston, Charlotte, Chicago, Dallas, Doha, Dubai, Fort Worth, Frankfurt / Main, Harrisburg, Hongkong, Houston, London, Los Angeles, Mailand, Melbourne, Miami, Moskau, Newark, New York, Orange County, Palo Alto, Paris, Peking, Perth, Pittsburgh, Portland, Raleigh, Research Triangle Park, San Francisco, São Paulo, Seattle, Schanghai, Singapur, Spokane, Sydney, Taipeh, Tokio, Warschau, Washington D. C. und Wilmington



cutting through complexity

KPMG Law

Unsere Expertise Ihre Sicherheit



Dr. Moritz Püstow

**„Vergeben und vergessen?
Nicht mit uns.“**

Das vergaberechtliche Team von KPMG Law berät öffentliche Auftraggeber nicht nur bei der rechtssicheren, effizienten und wirtschaftlichen Vorbereitung des Vergabeverfahrens. Wir unterstützen genauso bei der Umsetzung und Dokumentation. Unser Angebot reicht von der Auswahl der zulässigen und wirtschaftlich sinnvollen Verfahrensart über die Erstellung der erforderlichen Unterlagen und die Verhandlungsbegleitung bis hin zur Gestaltung eines flexiblen Vertrages, der auch im Nachgang Änderungen erlaubt. Und – falls erforderlich – steht KPMG Law Ihnen selbstverständlich auch bei der Beantwortung von Rügen und der Begleitung gerichtlicher Überprüfungsverfahren zur Seite.

Das ist KPMG Law

Spezialisierte juristische Expertise und mutige, fachübergreifende Ideen zeichnen KPMG Law aus. Unsere engagierten Teams entwickeln ganzheitliche, wirtschaftlich vorausschauende Lösungen. Mit über 200 Anwälten an 16 deutschen Standorten beraten wir Sie persönlich, schnell und effizient. Dabei können wir jederzeit auf das internationale KPMG Law-Netzwerk zurückgreifen.

Mehr Infos unter: www.kpmg-law.de

Ihr Experte für Vergaberecht
KPMG Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
Dr. Moritz Püstow
Rechtsanwalt
T +49 30 530199-120
mpuestow@kpmg-law.com

Fokussierte Vergabe. Linklaters



Aus 29 Büros in den wichtigen politischen und internationalen Wirtschafts- und Finanzzentren beraten wir weltweit führende Unternehmen, Finanzinstitute sowie die öffentliche Hand im Wirtschafts-, Bank- und Steuerrecht.

Eine besondere Expertise haben wir in der Beratung von Unternehmen aus (ehemals) regulierten Märkten und der öffentlichen Hand – bei Transaktionen, (Re-)Privatisierungen und weiteren großen Projekten.

Der Fokus unserer Vergaberechtspraxis liegt auf der Begleitung wirtschaftlich bedeutender und anspruchsvoller Vergabeverfahren in den Märkten für Infrastruktur, Energie und Gesundheit. Dabei unterstützen wir sowohl Bieter als auch öffentliche Auftraggeber, was beispielsweise auch die strategische Beratung bei der Ausgestaltung von Vergabeverfahren erfasst. Die Projekte werden von unserem Team nicht nur vergaberechtlich, sondern umfassend und über die gesamte Laufzeit hinweg betreut, wobei wir – etwa bei Fragen der Projektfinanzierung – mit Teams aus anderen Fachbereichen der Kanzlei eng zusammenarbeiten. Aufgrund ihrer Expertise gilt unsere deutsche Vergaberechtspraxis als Kompetenzzentrum, das regelmäßig auch in internationale Beschaffungsprojekte eingebunden ist.

Ihr Ansprechpartner:
Dr. Jan Endler

Linklaters LLP
Potsdamer Platz 5
10785 Berlin

T: (49 30) 214 96 257
F: (49 30) 214 96 89 257

Vergaberecht
***Damit der Beste das
Rennen macht.***



Ob als Entscheidungsträger der öffentlichen Hand oder Bieter: Bei Ausschreibungen, Privatisierungen und Re-kommunalisierungen sind Sie mit äußerst anspruchsvollen juristischen Fragen konfrontiert. Umso besser, dass Sie jederzeit auf unsere Expertenteams setzen können. Wir unterstützen Körperschaften, ihre Einrichtungen und Unternehmen dabei, die jeweiligen Vorgaben und Regelwerke zu erfüllen. Für einen fairen Wettbewerb. Und verdiente Sieger.

www.pwclegal.de/vergaberecht

Ihr Ansprechpartner

Dr. Friedrich Ludwig Hausmann

Tel. +49 30 2636-3467

friedrich.hausmann@de.pwc.com





SIEMENS

Intelligente Infrastrukturen reagieren nicht einfach nur. Sie agieren.

Mobilität weiterdenken durch innovative Softwarelösungen.

siemens.com/mobility

Der zunehmende Bedarf an Mobilität erfordert neue Ideen, Konzepte und Technologien. Dank unserer über 160-jährigen Erfahrung im Personen- und Gütertransport und unserem IT-Knowhow entwickeln wir ständig neue, intelligente Mobilitätslösungen – und sorgen so für mehr Effizienz und Sicherheit.

Vorausschauende Diagnosesysteme verringern Zug-Ausfallzeiten und steigern die Verfügbarkeit.

Dynamische Steuerungssysteme optimieren den Verkehrsfluss und die Streckennutzung. Elektronische Informations- und Bezahlssysteme schaffen eine neue Qualität des Reisens.

So setzen wir bereits heute Maßstäbe für die Mobilität von morgen – durch konsequentes Elektrifizieren, Automatisieren und Digitalisieren der Verkehrsinfrastrukturen.



2./3. Dezember 2015 & Dezember 2016, Berlin

Beschaffungskongress der Krankenhäuser

14. April 2016, Berlin

Jahreskongress Organisation,
Personal & Recht

21./22. Juni 2016, Berlin

4. Zukunftskongress Staat & Verwaltung 2016

15./16. September 2016, Berlin

18. Beschaffungskonferenz 2016

2. Jahreshälfte 2016, Berlin

mobile Health & Government,
Jahreskongress mit Fachaustellung

Bridging
people & markets

www.wegweiser.de



Zirngibl Langwieser ist eine werteorientierte Wirtschaftskanzlei und Partnerschaft – mehr als die Summe der 50 Anwaltspersönlichkeiten, verbunden durch eine gemeinsame Idee. Als stets aus eigener Kraft gewachsene Kanzlei hat Zirngibl Langwieser das Ziel, dem Mandanten mit persönlichem Einsatz auf höchstem fachlichen Niveau national wie international dauerhaft verbunden zu sein – loyal, engagiert und unabhängig, weil wir glauben, dass wir so die Besten sind.

Wir sind unabhängige und hochqualifizierte Berater für mittelständische Unternehmen, Konzerne und Privatmandanten in den Bereichen Arbeitsrecht, geistiges Eigentum, Wettbewerbsrecht, IT-Recht, Gesellschafts-, Bank- und Kapitalmarktrecht, Immobilien- und Baurecht, Vergaberecht, Hospitality und Health Care. Grundlagen unserer Arbeit sind die unternehmerische Denkweise unserer Anwälte und eine umfassende Analyse Ihrer individuellen Ausgangssituation durch Beratung in kanzleiinternen Teams von Fachexperten – nur wenn wir Sie verstehen, können wir optimale Lösungen für Sie erarbeiten. Durch die Betreuung der Mandate auf Partnerebene gewährleistet Zirngibl Langwieser eine präzise Beratung, kurze Entscheidungswege und praxisorientierte Lösungsfindung. Unsere Infrastruktur erlaubt es uns, auch Projekte von Konzernen der Weltspitze in unseren spezialisierten Bereichen zu betreuen.

In unserem Vergaberechts-Team arbeiten kompetente Anwälte mit hohen Qualifikationsanforderungen, langjährigen Erfahrungen und einer konsequenten Spezialisierung auf das Vergaberecht. Wir beraten praxisorientiert und auf höchstem fachlichen Niveau öffentliche Auftraggeber und Bieter in allen Fragen des europäischen und nationalen Vergaberechts. Wir konzeptionieren und begleiten rechtssichere Vergabeverfahren oder übernehmen für unsere Mandanten die Funktion als Vergabestelle. Auf Bieterseite beraten und begleiten wir unsere Mandanten bei der Teilnahme an Vergabeverfahren und unterstützen bei der Abgabe chancenreicher Angebote. Darüber hinaus vertreten wir öffentliche Auftraggeber und Bieter sowohl in Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer und den Vergabesenaten als auch in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und in Schadensersatzprozessen mit vergaberechtlichem Hintergrund. Die Schwerpunkte unserer vergaberechtlichen Tätigkeit liegen im Bereich Bau und Immobilien, ÖPP, Projektentwicklung und -steuerung, Infrastruktur, Planung und freiberufliche Dienstleistungen.

ZIRNGIBL LANGWIESER | Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

Rechtsanwalt Lars Robbe

Kurfürstendamm 194, 10707 Berlin

Tel.: 0 30/88 03 31 - 231

Fax: 0 30/88 03 31 – 100

