

Jörg Wiedemann
Richter am Oberlandesgericht
Oberlandesgericht Naumburg – Vergabesenat –
im Lande Sachsen-Anhalt / Bundesrepublik Deutschland

Stellungnahme zum Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik
des öffentlichen Auftragswesens vom 27.01.2011

Öffentlicher Auftrag

zu 1. Der Anwendungsbereich der EU-Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen sollte m.E. unbedingt auf Beschaffungen beschränkt bleiben.

Für das Grundverständnis des Anwendungsbereichs und der Wirkmechanismen des Vergaberechts ist es gerade für Nichtjuristen, welche die Hauptanwender des Vergaberechts sind, fundamental, dass der Beschaffungscharakter des Auftragsbegriffs erhalten bleibt. Da die Wirksamkeit des Vergaberechts gerade auch von der Herausbildung eines entsprechenden Rechtsverständnisses und Rechtsbewusstseins seiner Anwender abhängig ist, sollte dieser zentrale Verständnisansatz nicht aufgegeben werden. Das Beispiel der Auswirkungen der Rechtsprechung einiger deutscher Vergabenachprüfungsinstanzen zu Grundstücksverkäufen der öffentlichen Hand, welche dem Urteil des EuGH vom 25.03.2010, Rs. C-451/08, vorausging, zeigt, dass die teilweise Aufgabe des Beschaffungsbezug zu einer erheblichen Verunsicherung geführt hat und z.T. zu einer Lähmung des Handelns der öffentlichen Hand. Soll bei anderen als Beschaffungsvorgängen eine größere Öffentlichkeit geschaffen werden, so ist hierfür das Vergaberecht das falsche Instrument.

Mit der o.g. Entscheidung sind die Konturen des unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses klarer geworden; praxistauglich sind entsprechende Fallgruppen in der Entscheidung benannt. Auf dieser Grundlage ist m.E. eine gute Handhabbarkeit eröffnet worden.

Neben den vorgenannten Erwägungen sprechen u.U. auch kompetenzrechtliche Probleme gegen eine Aufgabe der Verknüpfung des Vergaberechts mit dem Beschaffungscharakter des vom Anwendungsbereich des Rechts erfassten Vorgangs.

zu 2. Ich kann derzeit nicht erkennen, welche Vorteile eine Neustrukturierung des Vergaberechts hinsichtlich der Leistungsarten bringen kann.

Es war ein notwendiger, z.T. schon sehr erfolgreicher Schritt, die Anforderungen an die Ausschreibung verschiedener Leistungsarten weitgehend zu vereinheitlichen und jedenfalls in den Grundsätzen einheitlich zu regeln. Dieser Weg ist künftig fortzuführen. Eine einheitliche Definition des Begriffs des öffentlichen Auftrags ist nicht sachgerecht und führt

lediglich dazu, dass an anderer Stelle der Regelung die Differenzierungen wieder mit Begriffsdefinitionen eingeleitet werden müssten.

Grundsätzlich kommen nach meinem Eindruck die Rechtsanwender mit den verschiedenen Auftragsbegriffen sehr gut zurecht. Je mehr Vorschriften nicht nur EU-weit, sondern auch national für die verschiedenen Leistungsarten vereinheitlicht werden, desto weniger fallen die unterschiedlichen Definitionen ins Gewicht. An einigen Stellen, so bei den Schwellenwerten, ist die Unterscheidung jedoch zwingend geboten.

zu 3. Eine Überprüfung des Begriffes der „Baufträge“ ist sinnvoll. Eine Änderung sollte aber nur vorgenommen werden, wenn hiervon konkrete Vorteile mit einiger Gewissheit zu erwarten sind. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass jede Änderung in einer Übergangsphase Unruhe und Unsicherheit unter den Rechtsunterworfenen auslöst.

Meines Erachtens ist bei systematischer Betrachtung zwar stärker zu trennen zwischen den Bauleistungen im engeren Sinne, die dem produzierenden Bereich zuzuordnen sind, und den Leistungen, die bei isolierter Betrachtung entweder Lieferungen oder Dienstleistungen (so z. Bsp. Planungsleistungen) darstellen. Andererseits führt diese Unterscheidung u.U. zu keinem Vorteil, denn sind die verschiedenen Leistungen untrennbar miteinander verbunden, wie es regelmäßig der Fall ist, dann führt die Anwendung der Regeln für gemischte Verträge zu einer Einordnung des Gesamtauftrages als Bauauftrag wegen der prägenden Charakterisierung durch den Endzweck: Errichtung eines Bauwerks.

Der Anhang I VKR wird nach meiner Wahrnehmung in der Praxis auch als Hilfestellung zum Auffinden der zutreffenden CPV-Referenznummern geschätzt und sollte beibehalten bleiben.

Die dritte Alternative des Begriffes der „Baufträge“ ist der Versuch, typische Umgehungsformen von vornherein als öffentlichen Auftrag zu definieren.

zu 4. und 5. Die Unterscheidung der Dienstleistungen in die Kategorien der prioritären Dienstleistungen nach Anhang II A VKR („A“-Dienstleistungen) und der nicht prioritären Dienstleistungen nach Anhang II B VKR („B“-Dienstleistungen) sollte m.E. beibehalten werden.

Eine Aufhebung der Unterscheidung ist nur scheinbar der einfachste Weg zur Gleichbehandlung. Die ursprünglichen Motive der Unterscheidung – Beschreibbarkeit der Leistung, Marktgängigkeit der Leistung, zu erwartendes grenzüberschreitendes Interesse etc. – gelten fort.

Die Anordnung einer EU-weiten Ausschreibung (mit dem damit verbundenen Aufwand) für alle Dienstleistungen (d.h. eine Vereinheitlichung auf dem Niveau der bisherigen „A“-Dienstleistungen) ohne eine zumindest bestehende Aussicht auf eine Intensivierung des Wettbewerbs verstärkt eher die Vorbehalte gegen das Vergaberecht insgesamt.

Die Vereinheitlichung des Vergaberechts auf dem Niveau der bisherigen „B“-Dienstleistungen bedeutete einen erheblichen Rückschritt in der Entwicklung eines einheitlichen Binnenmarktes.

zu 5. Dem gegenüber könnte eine Evaluierung der Zuordnung einzelner Dienstleistungen in die eine oder andere Kategorie sinnvoll sein. Denkbar wäre auch, eine behutsame Ausdehnung der auf „B“-Dienstleistungen anwendbaren Rechtsvorschriften vorzunehmen.

Hinsichtlich einer Übernahme als „A“-Dienstleistung sollte die Kategorie 21 „Rechtsberatung“ geprüft werden, denn zumindest für Teilbereiche des Beratungsbedarfs ist eine abstrakte negierung eines grenzüberschreitenden Interesses m.E. nicht zu rechtfertigen. Ebenso ist zu erwägen, ob die Kategorie 27 „sonstige Dienstleistungen“ nicht als „A“-Dienstleistung zu definieren ist, um schrittweise das Gewicht stärker zu den „A“-Dienstleistungen und damit zur vollen Anwendbarkeit des Vergaberechts zu verlagern.

Neben den bereits bestehenden „B“-Kategorien sind – gerade im Falle einer Verlagerung der Kategorie 27 in den Anhang II A – u.U. weitere zu definieren. Ich unterstütze den Vorschlag des DStGB u.a., die Rettungsdienstleistungen (ein gemischter Vertrag aus „A“- und „B“-Dienstleistungen) unabhängig vom Schwerpunkt den „B“-Dienstleistungen zuzuordnen, weil es für die Qualität der Leistung und den Zielgrad der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe stets vor allem auf die medizinischen Aspekte ankommt und nicht auf den Transportanteil am Gesamtauftrag.

Die Prüfung einer vorsichtigen Erweiterung der für Ausschreibungen von „B“-Dienstleistungen geltenden Vorschriften sollte sich auf den Bereich der Transparenz der Auftragsvergabe beschränken und zunächst solche Bestimmungen in den Blick nehmen, die mit relativ geringem Aufwand für den Auftraggeber umzusetzen sind. Zu denken wäre z. Bsp. an eine – inhaltlich reduzierte – Bekanntmachungspflicht, die eine Interessenbekundung für Unternehmen ermöglicht.

zu 6. Eine Anhebung der Schwellenwerte für die Anwendung der EU-Richtlinien ist abzulehnen.

Ich stimme den Bedenken wegen der beschriebenen negativen Auswirkungen auf internationaler Ebene zu. Es wäre ein enormer Rückschritt in der Entwicklung international einheitlicher Rahmenbedingungen für den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr.

Nach meiner Wahrnehmung beruht der angeblich hohe bürokratische Aufwand nicht im Schwerpunkt auf dem Unterschied zwischen dem Vergaberecht für nur nationale Ausschreibungen und für EU-weite Ausschreibungen. Jedenfalls in Deutschland zeigt sich, dass im Bereich der EU-weiten Ausschreibungen der Rechtsanwendungsdruck enorm dadurch verstärkt ist, dass grundsätzlich ein Zugang zu gerichtlichem Primärrechtsschutz

eröffnet ist. Befragt man Vergabepraktiker, dann beschreiben sie als hohen Verwaltungsaufwand EU-weiter Ausschreibungen vor allem die Mühen bei der Erstellung der Vergabeunterlagen und der Bewerbungsbedingungen, also bei Arbeiten, die im Kern bei nationalen und EU-weiten Ausschreibungen identisch zu leisten sind, sieht man davon ab, dass EU-weite Ausschreibungen z.T. komplexere Beschaffungsvorhaben betreffen und allein deshalb aufwendiger sind. Die zusätzlichen Anforderungen EU-weiter Ausschreibungen beziehen sich aus Sicht des Auftraggebers vor allem auf Bekanntmachungs- und Mitteilungspflichten und die Besorgnis der Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz, aus Bietersicht auf die umfangreicheren Bewerbungsbedingungen, die jedoch in der Eigenverantwortung der Vergabestellen liegen und nicht zwingend aus dem Vergaberecht abzuleiten sind. Ein weitaus größerer Teil der beklagten Bürokratisierung hat seine Ursachen in der EU-weiten oder nationalen Regelungsdichte in bestimmten Branchen, so z. Bsp. die erhebliche Ausweitung der Zertifizierungspflichten im Abfallrecht oder die Existenz besonderer baurechtlicher Vorschriften für öffentliche Auftraggeber, und damit letztlich in der Verfolgung anderer Politikziele über das öffentliche Auftragswesen. Die z.T. geltend gemachte abschreckende Wirkung wird nicht durch vergaberechtliche Forderungen, sondern durch immer diffizilere Vorgaben an die einzelnen Auftraggeber für die Bestimmung ihres Beschaffungsbedarfs hervorgerufen. Insoweit liegt tatsächlich eine Überfrachtung vor, der jedoch nicht durch Anhebung der Schwellenwerte, sondern durch eine größere Dispositionsfreiheit der öffentlichen Auftraggeber bei der Bestimmung des Beschaffungsbedarfs zu begegnen ist.

Schließlich ist darauf zu verweisen, dass jeder Anhebung der Schwellenwerte ohne eine Bindung an internationale Regelungen ein höheres Maß an Willkür innewohnt.

zu 7. Ich bin der Auffassung, dass sowohl generell an der Regelung von Ausschlussgründen für die Anwendbarkeit des EU-Vergaberechts zwingend festzuhalten ist als auch an den verschiedenen Fallgruppen. Einen globalen Ansatz, der allen notwendigen Ausnahmen einheitlich zugrunde liegt, gibt es m.E. nicht bzw. er wäre gekünstelt.

zu 8. Eine Evaluierung einzelner Ausschlussgründe ist sinnvoll.

Bei den Ausschlussgründen nach persönlichen Kriterien bereitet in der Praxis insbesondere die Bestimmung des Art. 18 VKR erhebliche Probleme, und zwar sowohl im allgemeinen Verständnis als auch in der Zielrichtung der Vorschrift.

Erhebliche Praxisrelevanz kommt den in Art. 14 VKR aufgeführten Ausschlussgründen zu. In der deutschen vergaberechtlichen Rechtsprechung hat sich eine differenzierte Bewertung des absoluten Ausschlusses entwickelt – z.T. wird eine Abwägung der Geheimhaltungsinteressen und des wettbewerblichen Ansatzes gefordert.

Öffentlicher Auftraggeber

zu 9. Grundsätzlich halte ich den derzeitigen Ansatz für die Bestimmung der Eigenschaft, öffentlicher Auftraggeber zu sein, für zweckmäßig. Die hierin zum Ausdruck kommende funktionale Sichtweise sichert die Zweckerfüllung des EU-Vergaberechts, unabhängig von den organisatorischen Entscheidungen der klassischen öffentlichen Auftraggeber.

Der Umstand, dass der Begriff der „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ jeweils eine aktuelle Einzelfallanalyse erforderlich macht, ist Folge der notwendigen Vereinbarkeit der Organisationsfreiheit der öffentlichen Hand einerseits und der Durchsetzung des EU-Vergaberechts andererseits.

zu 10. Aus den im Grünbuch angeführten, nach wie vor zutreffenden Gründen sind die Sonderregelungen für einzelne Sektoren m.E. grundsätzlich weiter gerechtfertigt.

Allenfalls bei Postdienstleistungen erscheint es fraglich, wie lange von einer derartigen Sondersituation auszugehen ist. Die Entwicklungen in Deutschland zeigen, dass eine Entwicklung paralleler Verteilungsstrukturen und damit eines echten Wettbewerbsdrucks mittelfristig möglich sind.

Betrachtet man die Gründe für die Sonderbehandlung in den Sektoren, dann könnten andere „netzgebundene“ Leistungen, insbesondere die Abwasserentsorgung, ebenfalls nochmals für eine Übernahme in die SKR geprüft werden. In der Praxis resultieren aus den unterschiedlichen Vergaberegimen für Trinkwasserversorgung einerseits und Abwasserentsorgung andererseits erhebliche Schwierigkeiten, zumal beide Tätigkeitsbereiche in einer Region häufig auch in einer juristischen Person gebündelt sind.

Zu den weiteren Fragen (10.1, 11., 12. und 13.) soll hier keine Stellungnahme abgegeben werden.

zu 14. *Die Fragestellung ist zu allgemein. Die Beanstandungen des Vergaberechts, auf welche die Fragestellung zurückgeht, werden häufig ebenfalls in dieser Allgemeinheit und Undifferenziertheit vorgetragen.*

Vergabearten

zu 15. und 16. Andere, als die bereits geregelten Verfahrenstypen, die geeignet sind, die Kosteneffizienz öffentlicher Vergabeverfahren zu erhöhen, sind mir nicht bekannt.

zu 17. Die geregelten Verfahren sind – sowohl in ihrer Vielfalt als auch in ihrer Rangstellung zueinander – hilfreich; insbesondere die seit 2004 neu geregelten Verfahren haben die Flexibilität der öffentlichen Auftraggeber erheblich erhöht.

Naturgemäß gibt es bei einigen neuen Verfahrensarten, vor allem beim Wettbewerblichen Dialog, erhebliche Unsicherheiten. Diese betreffen den Anwendungsbereich, aber auch die konkrete Gestaltung der Dialogphase.

Die Unsicherheiten bei der Zulässigkeit des Verfahrens könnten durch legislatorische Maßnahmen oder durch die Rechtsprechung beseitigt werden, wobei die zuerst genannte Alternative weiter die Gelegenheit böte, über eine – jedoch allenfalls vorsichtige – Ausweitung des Anwendungsbereiches nachzudenken. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Vergabeart das Potenzial hat, vom Auftraggeber auch dazu missbraucht zu werden, sich von dem an sich notwendigen Aufwand zur Bestimmung des eigenen Beschaffungsbedarfs zu entlasten.

Weitere, detailliertere Regelung zur Gestaltung des Verfahrens sind abzulehnen. Hier sollte den Auftraggebern Flexibilität erhalten bleiben. Der Erfolg der Verfahrensart wird nicht zuletzt von einem sensiblen Umgang miteinander abhängen, vor allem von einem guten Ausgleich zwischen dem Gebot der Vertraulichkeit der Entwurfsinhalte und –erläuterungen einerseits und der Transparenz des Entwicklungsstadiums der Bestimmung des Beschaffungsbedarfs beim öffentlichen Auftraggeber andererseits.

zu 18. Nach meinem Eindruck hat sich der Rückgriff auf das beschleunigte Verfahren insgesamt nicht bewährt und z.T. sogar eher zu Verunsicherungen geführt.

Dem durch die Fristverkürzungen gewonnenen geringfügigen zeitlichen Vorsprung standen häufig wegen damit verbundener Mängel an den Vergabeunterlagen und an der Intensität der Angebotsbearbeitung durch die Bieter erhebliche Nachteile im nachfolgenden Vergabeverfahren und vor allem bei der Durchführung des geschlossenen Vertrages gegenüber. Zumindest ad hoc waren weder Auftraggeber noch Unternehmen auf eine derartige Beschleunigung des Verfahrens eingestellt.

zu 19. (1. Teil) Ich halte die für das Verhandlungsverbot im Offenen und Nicht offenen Verfahren sprechenden und im Grünbuch angedeuteten Erwägungen für schwer wiegender als die zu erwartenden Vorteile.

Allein die Ankündigung weiterer Verhandlungen führt zur Zunahme taktischer Erwägungen bei der Angebotsabgabe und in der Folge zu einer Verlängerung des Vergabeverfahrens. Die Erzielung besserer Ergebnisse ist höchst ungewiss, zumal z.T. die Verhandlungsposition des öffentlichen Auftraggebers strukturell nachteilig ist (notwendiger Beschaffungsbedarf, zeitliche Bindung der Haushaltsmittel) und u.U. auch das Verhandlungsgeschick des öffentlichen Auftraggeber von geringerer Erfahrung und Fertigkeit geprägt ist. Der Regelungsgrundsatz sollte sein, dass dort, wo Verhandlungen unabdingbar nötig sind, das Verhandlungsverfahren auch zulässig sein sollte.

zu 19. (2. Teil) und zu 20. / 21. Die generelle Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Vergabebekanntmachung halte ich für kontraproduktiv. Sie sollte nicht eingeführt werden.

Durch diese Vergabeart wird weniger Wettbewerb organisiert, als durch die Offene bzw. die Nicht offene Ausschreibung. Die Verfahrensart ist per sé weniger transparent.

Die derzeitige Regelung zwingt den öffentlichen Auftraggeber, die Zulässigkeit zu prüfen, und schafft damit häufig zugleich Veranlassung, über die Zweckmäßigkeit eines Verhandlungsverfahrens nachzudenken. Ohne diesen Prüfungsschritt wäre der Anreiz, das – von geringerer Regeldichte geprägte – Verhandlungsverfahren zu wählen, größer, obwohl häufig auch Zweckmäßigkeitserwägungen objektiv gegen ein Verhandlungsverfahren sprechen.

zu 22. Eine vereinfachte Form der Beschaffung von gewerblichen Gütern und Dienstleistungen halte ich nur für den Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte für wünschenswert.

Auswahl der Teilnehmer bzw. der Angebote

zu 23. (Teil 1) Gegen eine flexiblere Regelung der Abfolge der Angebotsprüfung und –bewertung ist nichts einzuwenden, soweit man davon ausgeht, dass diese Abfolge in zeitlicher Hinsicht überhaupt derart geregelt ist, wie im Grünbuch vorausgesetzt.

Maßgeblich ist allein die inhaltliche Trennung zwischen der Auswahlphase, die sich auf die Prüfung bieterbezogener Merkmale – Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit – bezieht, und Zuschlagsphase, die auf eine Prüfung der Angebotsinhalte und –erläuterungen ohne Ansehung der Person des Bieters beschränkt.

Die im Grünbuch angedeuteten Zweifel an der Zweckmäßigkeit solcher Regelungen sind jedoch unter einem Aspekt begründet: Grundsätzlich sollten öffentliche Auftraggeber angehalten werden, ihre jeweiligen Bewerbungsbedingungen auftragsbezogen so schlank zu halten, dass sich nicht nur der Bewerbungsaufwand für die Unternehmen, sondern damit zugleich der Prüfungsaufwand des öffentlichen Auftraggebers in Eignungsfragen in engen Grenzen hält. Folgt der Auftraggeber diesem Grundsatz, dann ist die Eignungsprüfung schnell abzuschließen und führt bei vorrangiger Durchführung – im Gegensatz zur einer detaillierten Prüfung der Angebotsinhalte – zumindest in komplexeren Beschaffungsvorgängen tendenziell eher zu einer Entlastung des öffentlichen Auftraggebers.

zu 23. (2. Teil) Dem gegenüber halte ich die inhaltliche Trennung von bieterbezogener Auswahl nach Eignungskriterien und leistungsbezogener Auswahl nach den bekannt gemachten Zuschlagskriterien grundsätzlich für sehr bedeutsam.

Diese Trennung ist nicht nur historisch begründet (Abkehr vom Haus- und Hoflieferanten), sondern bietet auch die größten wettbewerblichen Anreize für Unternehmen, sich an Vergabeverfahren der öffentlichen Hand zu beteiligen und dort auch ein wettbewerbstypisches Angebot zu legen. Diese Anreize bestehen vor allem dann, wenn der Unternehmer sicher sein kann, dass es für die Zuschlagserteilung auf objektive Merkmale der angebotenen Leistung und nicht auf subjektive, naturgemäß weniger transparente Einschätzungen des öffentlichen Auftraggebers ankommt. Die inhaltliche Trennung von Bieterauswahl und Angebotsauswahl sollte daher aufrecht erhalten bleiben.

Diskutabel sind Ausnahmen oder Durchbrechungen dieses Trennungsprinzips m.E. nur dort, wo die nichtpreislichen Kriterien der Leistung (u.a. Qualität, Funktionalität, Zweckmäßigkeit) vor einer Auftragsausführung schwer festzulegen und zu prüfen sind. Gerade bei Leistungen, die eine hohe Kreativität bzw. Spontanität des Auftragnehmers erfordern, lässt sich ohne einen Rückgriff auf bisherige Erfahrungen, Fähigkeiten und Fertigkeiten der handelnden Personen eine sachgerechte Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots kaum bewerkstelligen. Fraglich, ist ob eine Verstärkung der Objektivität dieser Bewertungen z.

Bsp. durch die Einbeziehung neutraler Dritter in das Entscheidungsgremium erreicht werden kann.

zu 25. Die Prüfung und Bewertung der Eignung von Unternehmen lässt bereits derzeit die Berücksichtigung eigener Erfahrungen mit dem Unternehmen – im Sinne einer selbst ausgestellten Referenz – zu. Einer ausdrücklichen Regelung in der Richtlinie bedarf es m.E. nicht. Als Schutzmaßnahme genügt die Anforderung, dass positive wie negative Erfahrungen, die der Entscheidung zugrunde gelegt werden sollen, ausreichend dokumentiert werden und u.U. dem Bieter Gelegenheit zur Stellungnahme hierzu eingeräumt wird.

zu 26. *Hierzu soll keine Stellungnahme abgegeben werden.*

Aufträge, deren Auftragswerte unterhalb der Schwellenwerte liegen

zu 27., 28. und 29. Spezifische vergaberechtliche Regeln für die Vergabe von Aufträgen, deren Auftragswerte unterhalb der Schwellenwerte liegen, sollten auf EU-Ebene nicht aufgestellt werden.

Hiergegen sprechen u.U. schon kompetenzrechtliche Probleme. Jegliche Sonderregelungen bergen zudem die Gefahr unerklärter Divergenzen und Widersprüche. Die EU sollte sich darauf konzentrieren, die Regelungen für die Vergabe von Aufträgen im Anwendungsbereich der EU-Richtlinien so klar, wie möglich, und so schlank, wie möglich und nötig, zu gestalten. Effektive Maßnahmen im Bereich der Richtlinien hätten ohne Weiteres Auswirkungen auf die nationalen Regelungen für das Auftragswesen außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinien.

Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit

zu 30., 31. und 32. Ich halte es für nicht erforderlich, legislativ tätig zu werden, um die Rahmenbedingungen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit zu definieren.

Für die institutionelle Zusammenarbeit sind die von der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Grundsätze völlig ausreichend, um eine rechtssichere Form der Zusammenarbeit zu finden.

Im Bereich der nichtinstitutionalisierten Zusammenarbeit bestehen noch Unsicherheiten, die aber m.E. der weiteren Klärung durch die Rechtsprechung überlassen bleiben sollten. Eine Leitlinie der Kommission könnte wahrscheinlich kaum zu schnellerer Klarheit beitragen.

Der bisher entschiedene Fall der vertraglichen Zusammenarbeit (Urteil v. 09.06.2009, Rs. C-480/06) weist starke Nähe zur institutionalisierten Form durch gesellschaftsvertragliche Elemente auf. Je nach eigener Interessenlage werden an die mit dieser Entscheidung eröffneten Möglichkeiten der Zusammenarbeit unterschiedliche Erwartungen verknüpft. Die Entscheidungsbegründung selbst lässt Auslegungsspielräume zu. Insoweit wird u.U. auch eine Leitlinie der Kommission keine Beruhigung schaffen können.

Im Hinblick auf den Zuständigkeitstransfer ist in rechtlicher Hinsicht eindeutig, dass er nicht unter den Begriff des öffentlichen Auftrags fällt. Problematisch ist in tatsächlicher Hinsicht, dass gerade bei vertraglichen Gestaltungen des Zuständigkeitstransfers, welche naturgemäß einer einfachen Rückabwicklung unterliegen, eine Umgehung des Vergaberechts in Betracht kommt. In dem vom OLG Naumburg entschiedenen Fall zur delegierenden Zweckvereinbarung (Beschluss v. 03.11.2005, 1 Verg 9/05) erfolgte der Zuständigkeitstransfer für Aufgaben der Abfallentsorgung im Vorgriff auf eine beabsichtigte Fusion des ursprünglichen Auftraggebers mit dem Empfänger der Aufgabendelegation durch einen Vertrag. Der Zuständigkeitstransfer war seinem Charakter nach vorübergehend; bei funktionaler Betrachtung unterschied sich der vorübergehende Zuständigkeitstransfer in keiner Weise von einer Beauftragung eines Unternehmens. Der Empfänger der Aufgabendelegation handelte wie ein Marktteilnehmer. Die Voraussetzungen eines „Entsorgungsverbundes“, wie im Fall C-480/06, lagen nicht vor.

Zentrale Beschaffungsstellen

zu 34. bis 38. *Hierzu soll keine Stellungnahme abgegeben werden.*

Auftragsausführung

zu 39. Eine Richtlinienvorschrift für wesentliche Vertragsänderungen, die der Vergabe eines neuen Auftrags gleich stehen, ist nicht erforderlich.

Die ergangene Rechtsprechung greift Sachverhalte auf, die sich bei funktionaler Betrachtung als eine Umgehung der Neuausschreibung darstellen. Solche Missbrauchsfälle sollten nicht durch eine gesonderte Regelung aufgewertet werden, sondern ihre Beherrschung sollte der Rechtsprechung überlassen bleiben.

zu 40. Ob die Voraussetzungen für eine flexiblere Verfahrensart vorliegen, ist an den generellen Zulässigkeitskriterien für diese Verfahren zu messen. Zum Teil bieten diese Vorschriften Möglichkeiten für ein abgekürztes Neuverfahren. Eine spezifische Sonderregelung für Fälle der Vertragsänderung ist hingegen nicht geboten und könnte eher Anreize dafür setzen, die an sich erforderliche Neuausschreibung weiter zu umgehen.

Falls entgegen der vorstehenden Auffassung über die Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Vergabebekanntmachung unter Einbeziehung aller weiteren Bieter des vorangegangenen, durch Zuschlag beendeten Vergabeverfahrens – mit Ausnahme des ersten Vertragspartners – nachgedacht wird, erscheint es sinnvoll, hierfür eine zeitliche Grenze zu setzen.

zu 41. Das Vergaberecht darf m.E. aus systematischen und kompetenzrechtlichen Gründen keine Regelungen für die Beendigung von Verträgen enthalten, die gemäß den Bestimmungen des Vergaberechts zustande gekommen sind. Soweit z. Bsp. wegen des Verlustes der Eignung des Auftragnehmers ein Handlungsbedarf für den Auftraggeber besteht, sind hierfür die zivilrechtlichen / vertragsrechtlichen Instrumentarien zu nutzen. Aus den o.g. Gründen erscheint auch eine vergaberechtliche Sonderregelung im Bereich der Vergabeverfahrensarten für den Fall der vorzeitigen Beendigung des ursprünglichen Vertrages nicht geboten.

zu 42. Meines Erachtens ist aus den vorgenannten Gründen auch das Problem der Auftragsbeendigung für den Fall der Feststellung einer Verletzung von EU-Vergabevorschriften nach irreversiblen Vertragsabschluss im nationalen Zivil- bzw. Vertragsrecht zu lösen und nicht im Vergaberecht.

zu 43. Auch andere Aspekte der Auftragsausführung, insbesondere Vorgaben für allgemeine oder besondere Vertragsbedingungen, sollten nicht vom EU-Recht vorgegeben werden. Die Festlegung der Vertragsbedingungen in den Vergabeunterlagen ist Sache des öffentlichen Auftraggebers. Für die Organisation eines hinreichenden Wettbewerbs auf dem EU-Binnenmarkt bedarf es einer Regulierung dieser Materien nicht.

zu 44. Nach meiner Auffassung bedarf es keiner Regelung zum Einsatz von Nachunternehmern im Vergaberecht.

Eine hohe Flexibilität des Bieters bei der Angebotserstellung, und zwar auch hinsichtlich der Einbeziehung fremder Kapazitäten, ist grundsätzlich geeignet, den Wettbewerb zu fördern und die Einzelwirtschaftlichkeit der Beschaffung zu erhöhen. Eine frühzeitige Festlegung des Bieters auf bestimmte Selbstausführungsquoten bzw. auf konkrete Nachunternehmer kann im Einzelfall zu für den Bieter unzumutbaren Anforderungen bzw. zu diskriminierenden Bewerbungsbedingungen führen.

Ein dem entgegen stehendes Interesse des öffentlichen Auftraggebers ist dort anzuerkennen, wo es auf bestimmte Eignungsmerkmale besonders ankommt. Diesem Interesse wird dadurch Rechnung getragen, dass der Auftraggeber aus auftrags- und sachbezogenen Gründen auch Informationen und Nachweise zur Eignung der Drittunternehmen, regelmäßig Nachunternehmer, die der Bieter zur Auftragsausführung einschalten möchte, verlangen kann. Jedenfalls im deutschen Recht besteht jetzt schon ein gewisser Widerspruch darin, dass dem Bieter der Austausch eines Nachunternehmers während des laufenden Vergabeverfahrens nach Abgabe seines Angebots regelmäßig nicht mehr erlaubt wird, während er während der Auftragsausführung rechtlich kaum beschränkte Möglichkeiten zum Austausch der Nachunternehmer bzw. zu einem Nachunternehmereinsatz statt einer beabsichtigten Selbstausführung hat (vgl. § 4 Abs. 8 Nr. 1 S. 2 bis 4, Nr. 2 und 3 VOB/B).

Bessere Zugänglichkeit des EU-Beschaffungsmarktes

zu 45. *Hierzu soll keine Stellungnahme abgegeben werden.*

zu 46., 48 und 49. Die Regelungen der EU-Richtlinien zur Auswahlphase lassen genügenden Spielraum für eine KMU-freundliche Ausgestaltung der Bewerbungsbedingungen.

Bei öffentlichen Auftraggebern muss vor allem das Bewusstsein und die Sensibilität für die KMU-Unfreundlichkeit langer Kataloge von Eigenerklärungen und gar Fremdnachweisen zur Eignung gestärkt werden. Zum Teil werden die Aufzählungen zu den zulässigen Eignungsnachweisen als Mindestkatalog missverstanden. Das ist jedoch weniger ein Problem der rechtlichen Regelung, als eines ihres Verständnisses und z.T., wie vorausgeführt, der Auswirkungen der Regelungen der Leistungsausführungsbedingungen in den jeweiligen Branchen (Vorschriften der Produktsicherheit, des Arbeitsschutzes, der Notwendigkeit der Zertifizierung von Geräten, Technologien und Produktwegen etc.).

Unter Umständen könnte allenfalls darüber nachgedacht werden, ausdrücklich vorzusehen, dass öffentliche Auftraggeber zunächst nur minimale inhaltliche und damit einhergehend

minimale formelle Anforderungen an die Bewerber oder Bieter stellen mit dem – von Anfang an bekannt gemachten – Vorbehalt, von den zwei, drei Unternehmen in der engeren Wahl ggf. weitere Nachweise zu fordern und zu prüfen.

zu 47. Auch strengere Vorgaben zur Konzeption der Vergabe, insbesondere allgemeine zwingende Regelungen zur Losaufteilung, sind nicht sachgerecht. Inwieweit die Zersplitterung eines Auftrages wirklich KMU-freundlich ist und wo die Grenzen der Kleinteiligkeit von Losen liegen, bleibt ungewiss. Jedenfalls führt eine zwanghafte Auftragsvergabe in kleinen Losen zur Unwirtschaftlichkeit der Vergabe, ohne die erwünschten Effekte einer mittelfristigen Marktpflege wirklich erreichen zu können. Es muss Sache des sich ernsthaft mit der Entscheidung befassenden, sich an auftragsbezogenen und sachlichen Kriterien orientierenden und das Für und Wider abwägenden Auftraggebers bleiben, ob und falls ja in wie kleine Teilaufträge er den Gesamtauftrag spaltet. Im deutschen Vergaberecht ist der Weg gewählt worden, dem Auftraggeber einen Rechtfertigungszwang für die Gesamtvergabe aufzuerlegen.

zu 50. Eignungsnachweise haben eine dienende Funktion, sie sollen die inhaltliche Prüfung des Vorliegens der ausgewählten Mindesteignungsbedingungen ermöglichen. Eigenerklärungen sind grundsätzlich für den Einstieg in eine inhaltliche Eignungsprüfung geeignet. Der sie ausstellende Bieter ist anlässlich der Erklärungsabgabe veranlasst, für sich zu prüfen, ob die geforderten Eignungsmerkmale vorliegen, so dass auch geforderten Eigenerklärungen die notwendige Warnfunktion gegenüber dem Bieter zukommt. An Hand der Eigenerklärung kann geprüft werden, ob die Eignungskriterien erfüllt sind. Sie bieten regelmäßig auch die Chance, durch eigene Ermittlungen des Auftraggebers – Rückfragen bei früheren Auftraggebern des Bieters, Einholung amtlicher Auskünfte in öffentlichen Registern etc. – ein Bild über die Eignung zu gewinnen. Der Umgang mit Eigenerklärungen erhöht in zeitlicher und personeller Hinsicht den Prüfungsaufwand des Auftraggebers im Vergabeverfahren. Zumindest bei den Bietern der engeren Wahl führt dies regelmäßig zu einer zweistufigen Prüfung – erst an Hand der Eigenerklärungen, sodann (nach entsprechendem Vorlageverlangen) nochmals an Hand der Fremdbelege.

zu 51 Die Forderung nach Angaben zum eigenen Umsatz, nicht nur im Gesamtunternehmen, sondern auch mit einzelnen Leistungen, stellen für Unternehmen mitunter eine erhebliche Belastung dar. Nach meiner Erfahrung werden die vorgelegten Angaben in der Praxis vom Auftraggeber selten inhaltlich bewertet, es sei denn, man sucht nach Ausschlussgründen für einen bestimmten Bieter, um den wahren Ausschlussgrund (z. Bsp. eine negative Eigenerfahrung, die man nicht belegen kann) zu verdecken. Auch ohne ausdrückliche Regelung versteht sich von selbst, dass es der Forderung eines Mindestumsatzes, der ganz erheblich über dem Auftragswert liegt, am notwendigen Auftragsbezug fehlt. Einer ausdrücklichen Regelung bedarf es hierzu nicht.

Das Problem in der deutschen Vergabepaxis besteht darin, dass ein entsprechendes Verlangen des Auftraggebers bereits in einer frühen Phase des Vergabeverfahrens, spätestens bis zum Ablauf der in der Vergabebekanntmachung genannten Angebotsfrist, zu rügen wäre (§ 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB 2009). Zu einem so frühen Zeitpunkt erfolgt oft noch keine vergaberechtliche Rüge; später ist der Bieter mit einer entsprechenden Rüge im Nachprüfungsverfahren ausgeschlossen.

zu 52. *Hierzu soll keine Stellungnahme abgegeben werden.*

Wettbewerbspolitik

zu 53. Ja, Öffentliche Auftraggeber sollten im wohl verstandenen Eigeninteresse die betreffenden Marktstrukturen berücksichtigen und wettbewerbswidrigen Marktstrukturen entgegen wirken. Allerdings kann die sog. intelligente, der mittelfristigen Förderung des Wettbewerbs und der Marktpflege verpflichtete Auftragsvergabe nicht durch Rechtsnormen „verordnet“, sondern allenfalls durch Informationen befördert werden.

zu 54. Die wirksamsten, im Grünbuch auch benannten wettbewerbspolitischen Instrumente im Vergaberecht sind Losaufteilung, ggf. Loslimitierung, u.U. Reduzierung der formellen und inhaltlichen Eignungsanforderungen sowie u.U. auch die Festlegung von Höchstpreisen bzw. der Direktkauf des Produkts des Alleinbieters und seine Beistellung an den Ausschreibungsgewinner zur Auftragserfüllung im Übrigen. Alle diese Instrumente kennt das bisherige Vergaberecht bereits und erlaubt sie. Eine Neuregelung ist nicht geboten.

zu 55. bis 57. Die Förderung der grenzüberschreitenden Teilnahme von Bietern aus anderen Mitgliedsstaaten kann nicht durch den einzelnen öffentlichen Auftraggeber erfolgen. Der Aufwand für eine Erstellung der Vergabebekanntmachung und der Vergabeunterlagen in mindestens einer weiteren Sprache ist erheblich, so dass diese Option allenfalls fakultativ eingeführt werden sollte – dieses Schrittes bedarf es jedoch nicht. Die Schaffung eines EU-weiten Präqualifikationssystems bzw. die Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung von Bescheinigungen erfordert einen hohen Aufwand; der Erfolg solcher Maßnahmen ist m.E. jedoch sehr ungewiss.

zu 58. *Hierzu soll keine Stellungnahme abgegeben werden.*

zu 59. *Hierzu soll keine Stellungnahme abgegeben werden.*

zu 60. und 61. *Hierzu soll keine Stellungnahme abgegeben werden.*

Beitrag der öffentlichen Auftragsvergabe zur Erreichung strategischer Ziele der EU

Leistungsbeschreibung

Das Vergaberecht ist ein Rechtsrahmen zur Organisation von möglichst umfassendem Wettbewerb auf dem EU-Binnenmarkt mit gleichzeitigen Vorteilen für die Einzelwirtschaftlichkeit der Beschaffungen der öffentlichen Hand und für die Entwicklung des EU-Binnenmarktes.

Dem Vergaberecht fremd sollten Eingriffe in das Bestimmungsrecht des Auftraggebers hinsichtlich der Bewerbungsbedingungen und des Beschaffungsgegenstandes sein. Diese inhaltlichen Vorgaben können allen oder bestimmten Kreisen der öffentlichen Auftraggeber in anderen Rechtsmaterien gemacht werden. Jede zwingende Vorgabe führt automatisch zu einer stärkeren Bürokratisierung und Fehleranfälligkeit des Beschaffungsvorgangs. Mehrere, verschiedenen Politikzielen dienende Vorgaben führen regelmäßig zu verstärkter Intransparenz der Vergabeentscheidungen.

zu 62. Die Aufgabe der technischen Spezifikationen besteht darin, dass die hiermit beschriebene Leistung von allen fachkundigen Bietern in gleicher Weise verstanden wird. Ihre primäre Zielsetzung ist damit die Eindeutigkeit der vom Auftraggeber aufgestellten Leistungsanforderungen. Technische Spezifikationen sollen hingegen nicht an Stelle des Auftraggebers Vertragsinhalte vorgeben. Unter dieser Prämisse müssen technische Spezifikationen natürlich stets aktualisiert und weiter entwickelt werden, um jedem öffentlichen Auftraggeber auch für die Beschreibung von z. Bsp. innovativen oder ökologisch nachhaltiger Leistungen das entsprechende sprachliche Instrumentarium zur Verfügung zu stellen.

zu 63. In bestimmten Leistungsbereichen erscheint mir derzeit eine Festlegung von technischen Spezifikationen in Form von Leistungs- bzw. Funktionsanforderungen wesentlich besser geeignet zu sein, um Leistungsinhalte produktneutral beschreiben zu können und eine gewisse Langlebigkeit der technischen Spezifikationen selbst zu sichern, als die Festlegung einzelner Produktmerkmale. Dies gilt namentlich im Bereich der IT-Beschaffungen für Hard- und Software, aber z. Bsp. auch bei Dienstleistungen des Facility Managements.

zu 64. *Hierzu kann keine Stellungnahme abgegeben werden.*

zu 65., 66. und 68. *Hierzu soll keine Stellungnahme abgegeben werden.*

zu 67. Beschränkungen auf lokale und regionale Lieferanten könnten natürlich insbesondere aus umweltpolitischen Gründen (Verkürzung der Transportwege, dadurch Verringerung des CO₂-Ausstoßes während der Auftragsausführung) sachlich gerechtfertigt sein. Eine solche Regelung wiese jedoch ein hohes Diskriminierungspotenzial für ortsferne Unternehmen auf

und griffe erheblich in die Grundfreiheiten ein. Der „Preis“ erscheint mir zu hoch – zumal das Ergebnis ein EU-weiter Wettbewerb auf Stammtisch-Niveau wäre.

Auswahl der Zuschlagskriterien

zu 70.

70.1.1. Nein, dem öffentlichen Auftraggeber sollte die Entscheidungsfreiheit verbleiben, je nach dem konkreten Auftragsgegenstand selbst zu bestimmen, ob er die Angebotsinhalte allein nach dem Kriterium des niedrigsten Preises oder nach der maximalen Einzelwirtschaftlichkeit entsprechend der bekannt gemachten Kriterien und ihrer Gewichtung bewertet.

70.1.2. Nein, dem öffentlichen Auftraggeber muss auch vollkommen frei stehen, das Gewicht der preislichen Zuschlagskriterien auftragsbezogen und willkürfrei selbst zu bestimmen. Eine Höchstquote kann es angesichts der Möglichkeit, auch das alleinige Kriterium des niedrigsten Preises zu bestimmen, nicht geben. Jede Mindestquote liefere Gefahr, im Hinblick auf einen konkreten Auftrag doch unsachlich, willkürlich oder unangemessen zu sein.

70.1.3. Nein. Bei wirtschaftlicher Betrachtung kommen nur die beiden Alternativen in Betracht, entweder eine genau definierte Leistung ohne Abänderungsmöglichkeiten für die Bieter für den niedrigsten Preis zu beschaffen oder aber mit einem mehr oder weniger fest vorgegebenen finanziellen Aufwand die maximale Leistung – gemessen an transparenten Soll-Vorgaben und –Kriterien – zu beschaffen. Jede andere Variante reduziert die wettbewerblichen Anreize für die Unternehmen.

zu 71. Nein. Für leistungsbezogene Zuschlagskriterien preislicher und nicht preislicher Art sollte es keine Regelung zu Mindest- oder Höchstgewichtungen oder –margen geben. Die Gewichtung ist stets vom Auftraggeber selbst auftragsbezogen festzulegen. Bedenken bestehen eher darin, „innovative“ oder „soziale“ Zuschlagskriterien auftragsbezogen zu bestimmen, transparent zu beschreiben und zu werten und insbesondere bei Festlegung mehrerer nicht der Einzelwirtschaftlichkeit verpflichteter Zuschlagskriterien deren Verhältnis zueinander zu definieren, ohne damit willkürliche Entscheidungsfreiräume zu schaffen.

zu 72. Es besteht für mich kein Zweifel, dass die Definition und der Umgang mit ökologisch motivierten Zuschlagskriterien zunehmen wird und sich hierfür schnell Standards und Routinen herausbilden werden. Hinsichtlich sozialer leistungsbezogener Zuschlagskriterien fehlt mir selbst weitgehend die Phantasie. Eine detailliertere Regelung ist in beiden Fällen entbehrlich.

zu 73. Eine zwingende Vorgabe bestimmter Zuschlagskriterien halte ich nicht für geboten. Es sollte bei der Entscheidungsfreiheit und der Eigenverantwortlichkeit des öffentlichen

Auftraggebers bleiben. Dies gilt auch für das Kriterium der Lebenszykluskosten. Nachhaltige Beschaffung ist hinsichtlich der Anfangsinvestition teurer. Es kann einzelfallbezogen gute Gründe dafür geben, einen wettbewerblichen Anreiz für eine möglichst geringe Anfangsinvestition zu geben.

Auftragsausführungsbedingungen

zu 74. bis 76. Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers zur Auftragsausführung sollten sich in ganz engen Grenzen bewegen. Zwingende rechtliche Vorgaben an den öffentlichen Auftraggeber, bestimmte Klauseln für die Auftragsausführung in jedem Auftrag vorzusehen, halte ich für einen falschen Weg.

zu 77. und 78. Die Prüfung der Lieferkette ist, insbesondere dann, wenn ein Teil der Lieferkette in einem Drittland lokalisiert ist, sowohl für den Auftraggeber als auch häufig für das anbietende Unternehmen nur unter hohem Aufwand oder gar nicht möglich. Die Aufstellung von nicht prüfbaren Anforderungen führt zur „Belohnung“ des Bieters mit unseriösen Lippenbekenntnissen und zum Ausschluss des ehrlichen Bieters, der seine Angaben unter den Vorbehalt seiner beschränkten Erkenntnismöglichkeiten stellt. Ich sehe derzeit keinen Weg, die sozialpolitisch, ökologisch und letztlich auch menschenrechtlich wünschenswerten Überprüfungen der Lieferketten durch den einzelnen Bieter bzw. den einzelnen öffentlichen Auftraggeber zu realisieren.

zu 79. bis 82.4. Schon eine Lockerung des Auftragsbezugs der Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers an den Auftragsgegenstand, erst recht jedoch eine Aufgabe dieses Auftragsbezugs ist mit dem Beschaffungscharakter des Auftragswesens und dem Primärziel einer einzelwirtschaftlich günstigen Beschaffung nicht zu vereinbaren. Mit der Lockerung des Auftragsbezugs verliert das Vergaberecht seine Legitimation.

Vorgaben für die Bedarfsbestimmung

zu 83. bis 86.2. Jegliche zwingende Vorgaben für die Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes sollten im Vergaberecht unterbleiben. Es ist ureigene Aufgabe des Auftraggebers, seinen eigenen Bedarf zu ermitteln und zu entscheiden, welche finanziellen Mittel er hierfür einzusetzen bereit oder in der Lage ist.

zu 87. Auch im Hinblick auf die Förderung innovativer Leistungen sollte jede zwingende Vorgabe unterbleiben, zumal nicht in jedem Falle die innovativste Leistung auch wirtschaftlich günstigste darstellt. Unter Umständen gibt es im Einzelfall gute Gründe, für bestimmte Beschaffungsfelder bei bewährten Produkten und Technologien zu verbleiben.

zu 88. *Hierzu soll keine Stellungnahme erfolgen.*

zu 89. Mit zwingenden Vorgaben zum Beschaffungsgegenstand wächst naturgemäß das Risiko der Erhöhung der „Verwaltungslasten“ der Unternehmen für die Angebotsabgabe. Regelmäßig wird die Einhaltung dieser Vorgaben kontrolliert werden müssen, wozu die Vorlage von Zertifikaten u.ä. verlangt werden wird. Gerade bei innovativen Produkten kann die kurzfristige Besorgung von Zertifikaten hohe Belastungen verursachen.

zu 90. Soll die Beschaffung innovativer, ökologisch nachhaltiger oder anderen Politikzielen dienender Leistungen befördert werden, so müssen entsprechende Kompensationen der hierdurch verursachten Mehrkosten oder andere Anreize für die öffentlichen Auftraggeber geschaffen und zur Verfügung gestellt werden. Umweltpolitik etc. ist nicht zum „Nulltarif“ zu erhalten.

Ein weiterer Beitrag können informelle Angebote, insbesondere Leitfäden für eine rechtssichere Anwendung entsprechender Zuschlagskriterien sein.

zu 91. bis 96. *Hierzu soll keine Stellungnahme abgegeben werden.*

zu 97. *Hierzu soll keine weitere Stellungnahme abgegeben werden.*

Interessenkonflikte und Korruption beim öffentlichen Auftraggeber

zu 98. und 99. Eine ausdrückliche Regelung in den EU-Richtlinien wird nicht für notwendig erachtet. Angesichts der höchst unterschiedlichen Strukturen potenzieller öffentlicher Auftraggeber liegt es im Rahmen der Organisationsfreiheit der Mitgliedsstaaten, entsprechende Vorkehrungen zur Beherrschung von Interessenkonflikten zu treffen.

Im Übrigen sei angemerkt, dass die in Deutschland existierende Regelung des § 16 VgV den Anforderungen nicht vollständig gerecht wird, weil sie in zeitlicher Hinsicht den Bereich der erheblichen Einflussmöglichkeiten auf den Verlauf des Vergabeverfahrens vor dessen Beginn und in persönlicher Hinsicht das Konfliktpotenzial im Zusammenhang mit externen Beratern des öffentlichen Auftraggebers nicht erfasst.

zu 100. bis 103. Mit zunehmender Transparenz der Wertungsvorgänge hat sich das Risikofeld unsachlicher Einflussnahme auf den Bereich der Vorbereitung der Ausschreibung verlagert. Gegen Korruption sind nur umfassende Transparenz und die Eröffnung des Primärrechtsschutzes geeignete Abwehrmittel. Dem gegenüber hat die häufig erwogene Rotation des Personals der Vergabestelle eine ambivalente Wirkung. Sie verhindert nicht nur die Entwicklung persönlicher Beziehungen zwischen dem Beschäftigten des Auftraggebers, den Beratern und Unternehmen, sondern auch den Erwerb von Fachkunde in der Vergabepaxis.

Ausschluss unseriöser Bieter

zu 104. bis 108. Der Ausschluss eines Bieters nach Art. 45 VKR ist ein nützliches Instrument zur Sanktionierung unseriöser Geschäftspraktiken. Allein die Existenz des Ausschlussgrundes vermag u.U. präventive Wirkungen zu entfalten. Das Entdeckungsrisiko ist allerdings eher als gering einzuschätzen.

Es ist zweifelhaft, ob die Frage „selbstreinigender Maßnahmen“ einer abstrakten Regelung zugänglich ist. Letztlich kommt es stets auf eine Prognoseentscheidung des öffentlichen Auftraggebers an, ob die ergriffenen Maßnahmen des Bieters künftig dessen Zuverlässigkeit gewährleisten oder nicht.

Die Festlegung strafrechtlicher Sanktionen ist nicht Aufgabe des Vergaberechts und kompetenzrechtlich auch nicht Aufgabe der EU.

zu 109. und 110. Gleiches gilt für die Abschöpfung von Vorteilen aus u.U. kriminellen Handlungen.

Zugang von Lieferanten aus Drittländern zum EU-Markt

zu 111. bis 112. *Hierzu soll keine Stellungnahme abgegeben werden.*

Abschließende Bemerkungen

zu 113. Nein.

zu 114. Für besonders bedeutsam für das Verständnis und die Legitimation der EU-Richtlinien gleichermaßen halte ich die Betonung des Beschaffungscharakters öffentlicher Aufträge und des Auftragsbezugs sowohl bei der Festlegung der Bewerbungsbedingungen als auch des Beschaffungsgegenstandes und der Zuschlagskriterien.

Die Einzelwirtschaftlichkeit der Beschaffungen darf nicht anderen Politikzielen „geopfert“ werden. Die Eigenverantwortlichkeit des öffentlichen Auftraggebers und seine Dispositionsbefugnis müssen erhalten bleiben und dürfen nicht durch zwingende Vorgaben zum Gegenstand der Beschaffung oder zur Ausführung von Leistungen eingeschränkt werden.

Es ist ständig auf eine Vereinfachung und Verschlankung des Vergaberechts hinzuwirken.