



Deutscher**Anwalt**Verein

Berlin, 12. April 2011
Stellungnahme Nr. 19/11

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Ausschuss Vergaberecht

zum

Grünbuch

über die Modernisierung der europäischen Politik

im Bereich des öffentlichen Auftragswesens

Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge

KOM (2011) 15/4

Mitglieder des Vergaberechtsausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting, Frankfurt/Main (Vorsitzender)

Rechtsanwältin Gritt Diercks-Oppler, Hamburg

Rechtsanwalt Prof. Dr. Marius Raabe, Kiel

Rechtsanwalt Hans Christian Schwenker, Hannover

Rechtsanwalt Dr. Thomas Stickler, Leipzig

Rechtsanwältin Dr. Andrea Vetter, Stuttgart

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Bettina Bachmann, DAV-Berlin

Verteiler:

- Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung
- Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA)
- Deutscher Bundestag - Ausschuss für Wirtschaft und Technologie
- Deutscher Bundestag – Rechtsausschuss
- Deutscher Bundestag – Ausschuss für Angelegenheiten der Europäischen Union
- Deutscher Verdingungsausschuss für Leistungen (DVAL)
- Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V.
- Bundesverband der Freien Berufe
- Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.
- Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V.
- Deutsche Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e.V.
- Deutscher Baugerichtstag e.V.
- Deutscher Städte- und Gemeindebund e.V.
- Deutscher Landkreistag
- Deutscher Städtetag
- Bund Deutscher Baumeister, Architekten und Ingenieure e.V.
- Institut für Baurecht Freiburg im Breisgau e.V.
- Forum Vergabe e.V.
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Wirtschaftsprüferkammer
- Deutscher Richterbund e.V.
- Neue Richtervereinigung (NRV)
- Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen (BDVR)
- DAV-Vorstand und Geschäftsführung
- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
- Mitglieder des DAV-Verwaltungsrechtsausschusses
- Mitglieder des DAV-Umweltrechtsausschusses
- NZBau - Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht

- IBR Immobilien- und Baurecht
- Redaktion NVwZ
- Redaktion NJW

Europa:

- Europäische Kommission
 - Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen
- Europäisches Parlament
 - Ausschuss Binnenmarkt und Verbraucherschutz
 - Ausschuss Haushaltskontrolle
 - Ausschuss Beschäftigung und soziale Angelegenheiten
 - Ausschuss Industrie, Forschung und Energie
 - Ausschuss Recht
 - Ausschuss Umweltfragen, Volksgesundheit und Lebensmittelsicherheit
 - Ausschuss Regionale Entwicklung
 - Ausschuss Wirtschaft und Währung
 - Ausschuss Internationaler Handel
- Rat der Europäischen Union
- Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der EU
- Justizreferenten der Landesvertretungen
- Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE)
- Vertreter der Freien Berufe in Brüssel

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit 68.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) teilt die Ansicht der Kommission, dass die Politik auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens die wirtschaftlichste Nutzung öffentlicher Gelder gewährleisten muss und dass die Beschaffungsmärkte EU-weit zugänglich sein müssen (S. 3 des Grünbuchs).

Der DAV unterstützt die Absicht der Kommission, die Regelungen über das öffentliche Auftragswesen zu vereinfachen und zu aktualisieren (S. 4 des Grünbuchs).

Aus Sicht des DAV kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Komplexität der vergaberechtlichen Regelungen dazu beiträgt, dass sich Wirtschaftsteilnehmer nicht an öffentlichen Ausschreibungen in anderen Mitgliedstaaten beteiligen. Hierbei verkennt der DAV nicht, dass die Komplexität des Vergaberechts nur teilweise auf Vorschriften des europäischen Rechts zurückzuführen ist. Gerade die Bundesrepublik Deutschland hat einige nicht unwesentliche zusätzliche vergaberechtliche Regelungen eingeführt ("Goldplating"), die in den europarechtlichen Regelungen keine Grundlage finden. Insgesamt führt dies dazu, dass das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe für Auftraggeber wie für Bieter in vielen Fällen nur schwer zu handhaben ist. Der DAV unterstützt daher eine Vereinfachung der existierenden Regelungen.

Andererseits ist zu beachten, dass erst im Jahr 2004 durch die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG eine grundlegende Revision des Vergaberechts auf europäischer Ebene erfolgt ist. Die Richtlinien waren bis zum 31.01.2006 in nationales Recht umzusetzen. In der Bundesrepublik Deutschland wurden die Richtlinien zum Anlass für eine umfassende Revision des Vergaberechts genommen, die erst im Juni 2010 abgeschlossen wurde. Vor diesem Hintergrund sieht es der DAV mit Sorge, wenn kurzfristig eine erneute grundlegende Überarbeitung des Rechts des öffentlichen Auftragswesens folgen sollte. Sowohl für die öffentlichen Auftraggeber wie für die Wirtschaftsteilnehmer wäre es von Vorteil, wenn eine Konsolidierung des Vergaberechts eintreten würde. Der Umgang mit den rechtlichen Vorschriften wird wesentlich erschwert, wenn sich diese Regelungen jeweils in Abständen von wenigen Jahren grundlegend ändern.

Der DAV plädiert daher dafür, Eingriffe in die existierenden vergaberechtlichen Vorschriften zum gegenwärtigen Zeitpunkt nach Möglichkeit zu beschränken, um auf diesem Weg zur Rechtssicherheit für alle Beteiligten beizutragen.

Frage 1

„Sind Sie der Auffassung, dass der Anwendungsbereich der EU-Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen auf Beschaffungen beschränkt werden sollte? Sollte eine derartige Beschränkung lediglich das vom EuGH festgelegte Kriterium des unmittelbaren wirtschaftlichen Nutzens kodifizieren oder zusätzliche/alternative Bedingungen und Konzepte beinhalten?“

Antwort

Die Beschränkung des Anwendungsbereiches der EU-Richtlinien auf Beschaffungen wird befürwortet.

Das vom Europäischen Gerichtshof zur Abgrenzung entwickelte Kriterium des unmittelbaren wirtschaftlichen Nutzens sollte vom Richtliniengeber konkretisiert werden.

Über die Frage, wann der öffentliche Auftraggeber einen unmittelbaren wirtschaftlichen Nutzen hat, wird gestritten. Auf der einen Seite wird vertreten, dass der Auftraggeber eine rechtliche Verpflichtung zum Handeln haben muss, die ihm von dem Auftragnehmer abgenommen wird, damit ein unmittelbarer wirtschaftlicher Nutzen vorhanden ist. Die andere Seite ist der Auffassung, dass jeder Vorteil, den der Auftraggeber erlangt, ein unmittelbarer wirtschaftlicher Nutzen ist. So steigere z.B. die Auflage einer bestimmten Bebauung und die damit verbundene Verbesserung der städtischen Infrastruktur die Steuereinnahmen des öffentlichen Auftraggebers. Es besteht daher Klärungsbedarf.

Frage Nr. 4

Sollte Ihrer Meinung nach die Unterscheidung zwischen „A“- und „B“-Dienstleistungen überprüft werden?

Frage Nr. 5:

Meinen Sie, dass die Vergaberichtlinien auf alle Dienstleistungen angewandt werden sollten, eventuell auf der Grundlage einer flexibleren Standardregelung? Wenn nicht, geben Sie bitte die Dienstleistung(en) an, die nach wie vor unter die derzeitige Regelung für „B“-Dienstleistungen fallen sollte(n), und nennen Sie die Gründe dafür.

Antwort

Die Unterscheidung zwischen „A“- und „B“-Dienstleistungen sollte nicht grundsätzlich aufgegeben werden. Die Aufgabe der Unterscheidung würde zwar einige Abgrenzungsprobleme entfallen lassen, dies aber um den Preis einer schematischen Anwendung der Richtlinien, welche zu Akzeptanzproblemen und einem unnötigen bürokratischen Aufwand führen würde. Nach wie vor gibt es Arten von Dienstleistungen, die beim gegenwärtigen Stand der Entwicklung des Binnenmarkts für eine volle Anwendung der in den Richtlinien vorgesehenen Verfahren ungeeignet erscheinen, und zwar aus Gründen, die ihre Ursachen außerhalb des Vergaberechts haben.

So sind beispielsweise Leistungen im Bereich des Unterrichtswesens und der Berufsausbildung („B“-Dienstleistungen der Kategorie 24) in der Regel so eng mit der jeweiligen nationalen Gestaltung der Bildungspolitik verknüpft, dass Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten von Hause aus nur äußerst selten über die erforderliche Leistungsfähigkeit verfügen dürften. Eine „Leihe der Eignung“ durch inländische Subunternehmer oder Mitarbeiter trägt zur effektiven Öffnung der Beschaffungsmärkte kaum bei. Demgegenüber erhöht sich durch die Anwendung der formellen Regeln der Richtlinien der Beschaffungsaufwand für die öffentlichen Auftraggeber in einem unverhältnismäßigen Maß. Entsprechendes gilt beispielsweise für die meisten Leistungen des Gesundheits- und Sozialwesens (als „B“-Dienstleistungen enthalten in der Kategorie 24) im Hinblick auf die enge Verknüpfung mit der staatlichen Ausgestaltung des Sozialwesens in den einzelnen Mitgliedstaaten. Es gilt aber auch im Hinblick auf Rechtsberatung (Kategorie 21) wegen des engen Bezugs auf die überwiegend nationale Rechtsordnung. Schließlich sollten auch Leistungen aus dem Bereich der Kultur (enthalten in der Dienstleistungskategorie 26) nicht der vollen Anwendung der Richtlinien unterworfen werden.

Ein sinnvolles Korrektiv für Fälle, in denen Aufträge aus den Bereichen der „B“-Dienstleistungen im Einzelfall Binnenmarktrelevanz aufweisen, bietet der Rückgriff auf die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung nach dem EU-Primärrecht gemäß der dazu herausgebildeten Rechtsprechung des EuGH.

Da nach dieser Rechtsprechung die Binnenmarktrelevanz auch bei Aufträgen unterhalb der jeweiligen Schwellenwerte der Richtlinien bestehen kann, wäre eine Abgrenzung binnenmarktrelevanter von nicht binnenmarktrelevanten Aufträgen ohnehin unumgänglich.

Die Unterscheidung zwischen „A“- und „B“-Dienstleistungen sollte einer regelmäßigen Prüfung im Abstand von etwa 5-8 Jahren im Zusammenhang mit der fortschreitenden Entwicklung des Binnenmarktes unterzogen werden, wie es der ursprünglichen Intention des Richtliniengebers entspricht.

Denkbar wäre es, dass das Regel-/Ausnahme-Verhältnis künftig dahin umgekehrt wird, dass nicht ausdrücklich genannte Dienstleistungen im Zweifel als „A“-Dienstleistungen gelten (also die Kategorie 27 gestrichen bzw. entsprechend verschoben wird).

Frage 14

Sind Sie der Auffassung, dass das derzeitige Detailniveau der EU-Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge zweckmäßig ist? Wenn nicht, sind die Vorschriften zu detailliert oder nicht detailliert genug?

Antwort

Das derzeitige Detailniveau der EU-Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge ist ausreichend. Eine weitere Detaillierung würde das Regelwerk komplexer, ineffektiver und unübersichtlicher machen.

Frage 19

Würden Sie mehr Verhandlungen bei den öffentlichen Auftragsvergabeverfahren und/oder einen generellen Rückgriff auf Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung einer Ausschreibung befürworten?

Frage 20

Im letzteren Fall: Sollte diese Möglichkeit Ihrer Meinung nach für alle Arten von Aufträgen / öffentlichen Auftraggebern oder nur unter bestimmten Umständen bestehen?

Frage 21

Teilen Sie die Auffassung, dass ein genereller Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren bestimmte Risiken des Missbrauchs / der Diskriminierung in sich birgt? Wären Ihrer Meinung nach zusätzlich zu den in den Richtlinien für das Verhandlungsverfahren bereits vorgesehenen Schutzmaßnahmen zusätzliche Vorkehrungen zur Gewährleistung von Transparenz und Nichtdiskriminierung erforderlich, um den größeren Ermessensspielraum zu kompensieren? Wenn ja, wie könnten diese zusätzlichen Schutzmaßnahmen aussehen?

Antwort

Generell würde der DAV es befürworten, wenn in dem Fall, dass es zu einer Überarbeitung der Richtlinien kommt, hiervon eine Initiative zur Flexibilisierung von Vergabeverfahren ausgeht. Dies könnte einen erheblichen Beitrag zur Erhöhung der Akzeptanz auf beiden Marktseiten liefern. Missbrauchsgefahren kann durch bewährte vergaberechtliche Instrumentarien begegnet werden, wie sie bereits nach der jetzigen Fassung der Richtlinien beispielsweise beim wettbewerblichen Dialog und beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung etabliert sind.

Diese Möglichkeiten sollten allen öffentlichen Auftraggebern zur Verfügung stehen. Ihre Zulässigkeit sollte zunächst daran geknüpft sein, dass nicht allein der niedrigste Preis das Zuschlagskriterium bildet (vgl. auch Art. 29 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2004/18/EG). Ferner wäre zu verlangen, dass die auszuschreibenden Leistungen so komplex sind, dass ein Dialog über qualitative Elemente und die Bedingungen der Vergabe angemessen ist (und auch unter privaten Wirtschaftsteilnehmern geführt werden würde) – dabei wäre diese Schwelle niedriger anzusetzen als für den wettbewerblichen Dialog (Art. 29 Abs. 1 UAbs. 1 RL 2004/18/EG) und das Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung gemäß Art. 30 Abs. 1 Buchst. b und Buchst. c RL 2004/18/EG.

Konkret wird vorgeschlagen zu erwägen, den öffentlichen Auftraggebern bei der Anwendung des offenen und des nicht offenen Verfahrens die Anwendung eines Zweirundenverfahrens zu gestatten. In diesem würde nach einer ersten, indikativen Angebotsrunde (ohne öffentliche Verlesung der Angebote in einer Submissionsverhandlung) ein Dialog mit allen Bietern, deren Angebote nach einer Beurteilung auf der Basis der Zuschlagskriterien in eine engere Wahl kommen könnten, geführt, für den die heute schon für den wettbewerblichen Dialog geltenden Randbedingungen insbesondere von Art. 29 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 der Richtlinie 2004/18/EG anzuwenden wären, also das Gebot der Gleichbehandlung und das Verbot der diskriminierenden Weitergabe von Informationen. Im Anschluss würde dann eine definitive Angebotsrunde auf der Basis diskriminierungsfreier Bedingungen, ggf. nach Anpassung der Leistungsbeschreibung und der Vertragsbedingungen, durchgeführt. Der Umfang möglicher Anpassungen der Leistungsbeschreibung und der sonstigen Bedingungen würde dabei durch den Grundsatz mitbestimmt, dass die Änderungen nicht dazu führen dürfen, dass zuvor ausgeschiedene Bieter wieder in die engere Wahl kommen würden.

Alternativ oder kumulativ dazu könnten die Voraussetzungen für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens nach vorheriger öffentlicher Bekanntmachung (Teilnahmewettbewerb) gelockert werden, wenn parallel dazu für dieses Verfahren die von der Rechtsprechung überwiegend bereits herausgearbeiteten Grundsätze für die Wahrung der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit dieses Verfahrens in der Richtlinie ausdrücklich angemahnt würden. Diese Schutzmaßnahmen sollten neben den schon angesprochenen Grundsätzen aus Art. 29 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 RL 2004/18/EG den heute schon in Art. 44 Abs. 4 S. 3 der Richtlinie für bestimmte Fälle enthaltenen Grundsatz verallgemeinern, dass der Wettbewerb bis zum Schluss des Verfahrens aufrecht erhalten werden muss, damit es nicht zu einer voreiligen Auswahl eines präferierten Bieters kommt. Maßstab sollte sein, dass am Ende des Verfahrens ebenfalls zu einer letzten Angebotsrunde aufgrund von für alle Bieter gleichen Bedingungen ohne die Möglichkeit von Nebenangeboten aufgefordert wird bzw. transparent vorgegeben wird, in welchem Umfang noch Raum für individuelle Abweichungen besteht.

Frage 22

Halten Sie es für angemessen, vereinfachte Verfahren für die Beschaffung von gewerblichen Gütern und Dienstleistungen einzuführen? Wenn ja, welche Form der Vereinfachung würden Sie vorschlagen?

Antwort

Bei Einführung vereinfachter Verfahren für die Beschaffung von gewerblichen Gütern oder Dienstleistungen besteht die Gefahr, dass es zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommen wird. Im Ergebnis würde das Recht des öffentlichen Auftragswesens unübersichtlicher als bisher werden. Aus Sicht des DAV sollte daher keine Ausnahme für die Beschaffung von gewerblichen Gütern und Dienstleistungen eingeführt werden.

Frage 23

Würden Sie einen flexibleren Ansatz bei der Organisation und Abfolge der Prüfung anhand von Auswahl- und Zuschlagskriterien im Rahmen des Vergabeverfahrens befürworten? Wenn ja, sollte es Ihrer Auffassung nach möglich sein, die Zuschlagskriterien vor den Auswahlkriterien zu prüfen?

Frage 24

Wäre es Ihrer Auffassung nach in Ausnahmefällen gerechtfertigt, den öffentlichen Auftraggebern in der Zuschlagsphase die Berücksichtigung von Kriterien zu gestatten, die den Bieter selbst betreffen? Wenn ja, in welchen Fällen, und welche zusätzlichen Schutzmaßnahmen wären Ihrer Meinung nach erforderlich, um Fairness und Objektivität der Zuschlagsentscheidung in einem solchen System zu garantieren?

Antwort

Die Eignungsprüfung erfolgt anhand bieterbezogener Auswahlkriterien, die Angebotswertung anhand angebotsbezogener Zuschlagskriterien. Die systematische Trennung dieser Wertungsstufen hat grundsätzlich ihre Berechtigung. Sie garantiert Fairness und Transparenz des Wertungsverfahrens.

Aus der logisch-systematischen Vorrangigkeit der Eignungsprüfung ergibt sich in der Regel auch die Prüfungsreihenfolge. Im nicht offenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren ist die Abfolge im Verfahren selbst angelegt.

Im Teilnahmewettbewerb wird zunächst (nur) die Eignung überprüft; zur Angebotsabgabe werden nur geeignete Bewerber aufgefordert. Auch im offenen Verfahren ist diese Prüfungsreihenfolge zu beachten. Den Verwaltungsaufwand kann der öffentliche Auftraggeber für sich, aber auch für die Bieter reduzieren, indem er – wie in der VOB/A 2009 vorgesehen – bestimmte Eignungsnachweise zunächst nur in Form von Eigenerklärungen anfordert und sich vorbehält, Bestätigungen Dritter nur von den Bietern der engeren Wahl anzufordern (vgl. § 6 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 und 4 VOB/A, § 6a Abs. 10 Satz 2 VOB/A). Diese Möglichkeit sollten auch die Vergaberichtlinien ausdrücklich vorsehen.

Die strikte Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien folgt aus der Systematik der Vergaberichtlinien. Sie ist kein Gebot des Primärrechts. Das ergibt sich sowohl aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, der bei der Prüfung von Vergaben außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinien den Trennungsgrundsatz nicht erwähnt (vgl. zuletzt EuGH, Urt. v. 18.11.2010 – C-226/09 –, *Kommission ./. Irland*), als auch aus der „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. EU v. 01.08.2009, C 179/2), die ebenfalls aus dem Primärrecht diese Anforderung für die Angebotswertung nicht herleitet.

Den grundlegenden primärrechtlichen Anforderungen an Transparenz und Gleichbehandlung kann auch ein Wertungssystem genügen, das ein „Mehr an Eignung“ bei vergleichender Wertung der Angebote berücksichtigt. Ein solches Verfahren ist indessen anfällig für die Bevorzugung eingesessener und bekannter Bewerber. Es sollte daher nur mit Zurückhaltung und nur bei bestimmten Arten von Aufträgen eingesetzt werden. Im Dienstleistungsbereich – im deutschen Vergaberecht bei Vergabeverfahren nach der VOF – besteht indessen ein unverkennbares praktisches Bedürfnis, bei der Bewertung eines Angebotes die personelle Zusammensetzung des Projektteams des künftigen Auftragnehmer, die konkreten Erfahrungen und Referenzen der handelnden Personen in die Bewertung einzubeziehen. Das gilt vor allem in Bereichen, in denen gesetzliches Preisrecht eine preisliche Differenz der Angebote nur in engen Grenzen zulässt oder – ist dies nicht der Fall – wegen der unterschiedlichen Qualifikation des eingesetzten Personals preisliche Unterschiede auf erhebliche Qualitätsdifferenzen bei der Auftragsausführung schließen lassen. Im Dienstleistungsbereich ist zu berücksichtigen, dass die „Qualität der Leistung immer maßgeblich von der Qualität der Leistenden bestimmt wird“ (*Opitz*, BauR 2000, 1564 [1567 f.]).

Bei Dienstleistungsaufträgen, die freiberufliche Dienstleistungen zum Gegenstand haben, deren Inhalt nicht von vornherein eindeutig beschreibbar ist und bei deren Ausführung daher die Erfahrung und Qualifikation des eingesetzten Personals von erheblicher Bedeutung sind, sollte dieser Aspekt bei der vergleichenden Angebotsbewertung Berücksichtigung finden dürfen.

Fairness und Objektivität der Zuschlagsentscheidung kann in einem solchen System durch vorherige Transparenz der Kriterien und deren Gewichtung, ggfs. einschließlich etwaiger Unterkriterien, in gleicher Weise Rechnung getragen werden, wie generell bei der Angebotsbewertung.

Frage 29

Schafft das EuGH-Fallrecht, so wie in der Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen erläutert, Ihrer Meinung nach ausreichende Rechtssicherheit für die Vergabe von Aufträgen unter den Richtlinienschwellenwerten? Oder sind zusätzliche Leitlinien, z. B. Anhaltspunkte für die Bestimmung eines grenzübergreifenden Interesses, bzw. sonstige EU-Initiativen erforderlich? In welchen Punkten würden Sie dies für relevant oder erforderlich halten?

Antwort

Das EuGH-Fallrecht zur Frage, wann ein grenzüberschreitendes Interesse an einer Vergabe besteht, die nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG fällt, ist sowohl zu Unterschwellenvergaben als auch zu nicht-prioritären Dienstleistungen als auch zu Dienstleistungskonzessionen ergangen. Bereits hieraus ergeben sich Unsicherheiten schon bei der Grundfrage, ob die Standards der Grundprinzipien im einzelnen Fall eingehalten werden müssen. Weitere Unsicherheiten bestehen bei der Erfüllung der Grundanforderungen im Einzelfall (z.B. Erforderlichkeit der Bekanntmachung, Wege und Inhalte der Bekanntmachung). Das EuGH-Fallrecht schafft daher nach Auffassung des DAV derzeit keine ausreichende Rechtssicherheit für die Vergabe von Aufträgen unter den Richtlinienschwellenwerten. Zusätzliche Leitlinien, insbesondere zur Ermittlung eines grenzüberschreitenden Interesses am Auftrag (z.B. in Form eines Prüfkatalogs) und zu den Bekanntmachungsanforderungen könnten aus Sicht des DAV einen Beitrag zu größerer Rechtssicherheit leisten.

Frage 30

Halten Sie es im Lichte der vorstehenden Ausführungen für nützlich, auf EU-Ebene legislative Regeln für den Anwendungsbereich und die Kriterien für eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit einzuführen?

Antwort

Eine legislative Regelung für die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit wird befürwortet. Das betrifft sowohl die vertikale als auch die horizontale Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern.

Die gegenwärtige Rechtslage ist unpräzise (EuGH „Stadtreinigung Hamburg“ Rs. C-480/06), kompliziert (EuGH „Carbotermo“ Rs. C-340/04, „Coditel Brabant“ Rs. C-324/07) und weist Lücken auf, beispielsweise bei dem Kooperationswunsch zweier Enkel, die eine gemeinsame Großmutter aber unterschiedliche Mütter haben, was nach der gegenwärtigen Rechtsprechung eine In-House-Vergabe zumindest zweifelhaft erscheinen lässt.

Frage 31

Sind Sie der Meinung, dass ein Konzept mit bestimmten gemeinsamen Kriterien für bislang ausgenommene Formen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit entwickelt werden sollte? Was wären Ihrer Auffassung nach die wesentlichen Bestandteile eines solchen Konzepts?

Frage 32

Oder würden Sie für verschiedene Formen der Zusammenarbeit spezifische Bestimmungen im Sinne des EuGH-Fallrechts bevorzugen (z. B. „In-house“- und horizontale Zusammenarbeit)? Wenn ja, bitte erläutern Sie die Gründe dafür und um welche Bestimmungen es sich handeln sollte?

Antwort

Die Entwicklung eines Konzeptes mit Kriterien für die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit wird befürwortet. Es sollte möglichst spezifische und konkrete Vorgaben für verschiedene Formen öffentlich-öffentlicher Kooperation enthalten und aus der Rechtsprechung des EuGH entwickelt werden.

Frage 33

Sollten die EU-Regeln auch einen Zuständigkeitstransfer abdecken? Bitte erläutern Sie die Gründe.

Antwort

Die Übertragung öffentlich-rechtlicher Zuständigkeiten (z.B. auf einen Zweckverband) sollte dann nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fallen, wenn die Aufgabe von dem Übertragungsempfänger als eigene Aufgabe wahrgenommen wird. Reichweite und Zulässigkeit eines Zuständigkeitstransfers fällt in die Kompetenz des Mitgliedstaats. Eine Klarstellung, dass eine solche Zuständigkeitsübertragung vom Vergaberecht nicht erfasst wird, ist wünschenswert.

Frage 39

Sollten die EU-Richtlinien für das öffentliche Auftragswesen die Frage wesentlicher Änderungen eines Auftrags, der nach wie vor in Kraft ist, regeln? Wenn ja, welche Faktoren würden Sie für eine Klarstellung vorschlagen?

Antwort

Die Entscheidungen „Presstext“ (Rs. C-454/06) und „Wall AG“ (Rs. C-91/08) geben der Praxis hinreichende Hinweise zur vergaberechtlichen Relevanz von Änderungen nach Vertragschluss. Von einer Kodifizierung ist eine weitergehende Klarstellung nicht zu erwarten.

Frage 40

Wenn infolge der Änderung einer oder mehrerer wesentlicher Bedingungen ein neues Vergabeverfahren organisiert werden muss, wäre dann der Rückgriff auf ein flexibleres Verfahren gerechtfertigt? Um welches Verfahren könnte es sich handeln?

Antwort

Die Einführung neuer Verfahrensarten für den Fall wesentlicher Änderungen wird nicht für zweckmäßig gehalten, da damit neue Unsicherheiten und Abgrenzungsfragen einhergingen.

Frage 44

Sollten die öffentlichen Auftraggeber Ihrer Auffassung nach mehr Möglichkeiten für eine Beeinflussung der Vergabe von Unteraufträgen durch den erfolgreichen Bieter haben? Wenn ja, welche alternativen Instrumente würden Sie vorschlagen?

Antwort

Das geltende Recht gibt den Auftraggebern hinreichende Möglichkeiten zur Beeinflussung der Auswahl eines Nachunternehmers.

Frage 57

Was schlagen Sie vor, um Sprachbarrieren zu überwinden? Sollten die öffentlichen Auftraggeber Ihrer Ansicht nach dazu verpflichtet sein, die Leistungsbeschreibung für Aufträge mit hohem Vertragswert in einer zweiten Sprache zu verfassen bzw. in einer Fremdsprache verfasste Angebote zu akzeptieren?

Antwort

Die Überwindung von Sprachbarrieren ist zwar eine wichtige Voraussetzung für eine Verbesserung der Marktöffnung. Eine Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber zur zweisprachigen Abfassung von Leistungsbeschreibungen und dazu, fremdsprachige Angebote zu akzeptieren, sollte gleichwohl nicht eingeführt werden. Dies würde die Transaktionskosten für den Auftraggeber sowohl im Vergabeverfahren als auch nach dem Vertragsschluss ungebührlich erhöhen.

Das Vergabeverfahren ist auf den Abschluss eines Vertrages ausgerichtet, der in aller Regel am Sitz des Auftraggebers oder jedenfalls im Mitgliedstaat seines Sitzes zu erfüllen ist (z.B. bei Bauaufträgen, Lieferungen, häufig aber auch bei Dienstleistungen). Als Kunde kann der Auftraggeber erwarten, dass sich der Auftragnehmer der Sprache dieses Mitgliedstaates als Arbeits- und Vertragssprache bedient. Dies hat dann auch in der dem Vertragsschluss vorangehenden Phase des Vergabeverfahrens zu gelten.

Falls ausnahmsweise die Markteinschätzung des Auftraggebers dahin geht, dass er in seiner Muttersprache keine Angebote erhalten wird, bleibt es ihm unbenommen, von sich aus die Unterlagen mehrsprachig herauszugeben und entsprechende Angebote zu akzeptieren.

Frage 62

Sind Sie der Auffassung, dass die Vorschriften für technische Spezifikationen es ermöglichen, Überlegungen zu anderen politischen Zielsetzungen in ausreichendem Maße zu berücksichtigen?

Antwort

Die gegenwärtigen Vorschriften für technische Spezifikationen sind ausreichend. Eine zusätzliche oder weitergehende Berücksichtigung politischer Zielsetzungen im Rahmen der technischen Spezifikationen führt zu einer Verkomplizierung des Rechts des öffentlichen Auftragswesens und zu einer Verteuerung der öffentlichen Beschaffung.

Frage 63

Glauben Sie, dass die Möglichkeit zur Festlegung technischer Spezifikationen in Form von Leistungs- bzw. Funktionsanforderungen die öffentlichen Auftraggeber in die Lage versetzen könnte, ihren strategischen Bedürfnissen besser Rechnung zu tragen als durch die Festlegung strenger detaillierter technischer Anforderungen? Falls ja, würden Sie es befürworten, Leistungs- bzw. Funktionsanforderungen unter bestimmten Bedingungen verbindlich vorzuschreiben?

Antwort

Die Möglichkeit zur Festlegung technischer Spezifikationen in Form von Leistungs- bzw. Funktionsanforderungen versetzt die öffentlichen Auftraggeber in die Lage, ihren strategischen Bedürfnissen besser Rechnung zu tragen. Unter der Voraussetzung, dass die Beschreibung diskriminierungsfrei erfolgt, führt sie dazu, dass die öffentliche Beschaffung effizienter wird.

Frage 64

Glauben Sie, dass die öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeiten nach Artikel 23 der Richtlinie 2004/18 hinsichtlich der Barrierefreiheit für Behinderte oder der Konzeption für alle Benutzer hinreichend nutzen? Falls nein, was ist zu tun?

Antwort

Die Möglichkeiten nach Art. 23 der Richtlinie 2004/18/EG hinsichtlich der Barrierefreiheit für Behinderte sind ausreichend.

Frage 66

Welche Änderungen würden Sie an den in den derzeitigen Richtlinien vorgesehenen Verfahren vorschlagen, um die oben genannten politischen Ziele weitestmöglich zu berücksichtigen und gleichzeitig die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Transparenz zu wahren, damit gleiche Wettbewerbsbedingungen für europäische Unternehmen gegeben sind? Könnte die Nutzung innovativer Informations- und Kommunikationstechnologien den Auftraggebern dabei helfen, die Europa 2020- Ziele zu erreichen?

Antwort

In dem Grünbuch wird auf Seite 5 zu Recht angesprochen, dass zwischen dem Ziel, das Vergaberecht zu vereinfachen und die öffentliche Auftragsvergabe effektiver zu gestalten einerseits und der Berücksichtigung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele andererseits ein Zielkonflikt besteht. Aus Sicht des DAV sollte der wirtschaftlichen Nutzung öffentlicher Gelder und der Vereinfachung der existierenden Regelungen Vorrang vor der Umsetzung anderer Ziele eingeräumt werden.

Eine Änderung der in den derzeitigen Richtlinien vorgesehenen Verfahren, um politische Ziele weitergehend berücksichtigen zu können, lehnt der DAV daher ab.

Frage 70

Das Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots scheint am besten geeignet, um auch andere politische Ziele zu verfolgen. Wäre es im Hinblick auf eine bestmögliche Berücksichtigung dieser politischen Ziele Ihrer Auffassung nach nützlich, die bestehenden Vorschriften (für bestimmte Vertragsarten/bestimmte Sektoren/unter bestimmten Umständen) zu ändern, um

70.1.1 das ausschließliche Kriterium des niedrigsten Preises zu eliminieren?

70.1.2 die Zugrundelegung des Preiskriteriums bzw. des Gewichts, das öffentliche Auftraggeber dem Preis verleihen können, zu beschränken?

70.1.3. *zusätzlich zum Kriterium des niedrigsten Preises und des wirtschaftlich günstigsten Angebots eine dritte Kategorie von Zuschlagskriterien einzuführen? Falls ja, welches alternative Kriterium würden Sie vorschlagen, das es sowohl ermöglicht, andere politische Zielsetzungen wirksamer zu verfolgen, als auch gewährleistet, dass gleiche Wettbewerbsbedingungen und ein fairer Wettbewerb zwischen den europäischen Unternehmen gegeben sind?*

Antwort

Eine Änderung der bestehenden Vorschriften über die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots ist aus Sicht des DAV nicht erforderlich. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs ermöglicht es hinreichend, politischen Zielen im Rahmen des öffentlichen Auftragswesens Rechnung zu tragen.

Frage 72

Glauben Sie, dass die Möglichkeit, ökologische oder soziale Kriterien in der Zuschlagsphase anzulegen, verstanden und genutzt wird? Sollte die Richtlinie Ihrer Meinung nach diesbezüglich expliziter sein?

Antwort

Die Möglichkeit, ökologische und soziale Kriterien in der Zuschlagsphase anzulegen, ist in den Richtlinien hinreichend dargelegt. Eine Neufassung ist nicht erforderlich.

Frage 73

Sollte Ihrer Meinung nach – insbesondere bei größeren Projekten – verbindlich vorgeschrieben werden, bei der Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots die Lebenszykluskosten zu berücksichtigen? Falls ja, halten Sie es für erforderlich/angebracht, dass die Kommissionsdienststellen eine Methodik für die Lebenszykluskosten entwickelt?

Antwort

Es ist nicht erforderlich, verbindlich vorzuschreiben, dass bei der Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots die Lebenszykluskosten zu berücksichtigen sind. Hier sollte den öffentlichen Auftraggebern die Flexibilität verbleiben, ihre

Zielsetzungen selbst zu bestimmen. Weitere Vorschriften führen zur Ineffektivität und Unflexibilität.

Frage 98

Befürworten Sie die Einführung einer EU-Definition des „Interessenkonflikts“ im Beschaffungswesen? Welche Tätigkeiten/Situationen mit Konfliktpotenzial sollten dabei abgedeckt werden (persönliche Beziehungen, Unternehmensinteressen wie Beteiligungen, Unvereinbarkeit mit externen Tätigkeiten usw.)?

Frage 99

Besteht Ihrer Ansicht nach ein Bedarf an Sicherheitsvorkehrungen zur wirksamen Vermeidung, Feststellung und Lösung von Interessenkonflikten auf EU-Ebene? Falls ja, welche Sicherheitsvorkehrungen halten Sie für sinnvoll?

Antwort

Aus Sicht der Vergaberechts Praxis in Deutschland ist die Einführung einer EU-Definition des Interessenkonflikts im Beschaffungswesen nicht angezeigt, ebenso wenig die Einführung von Sicherungsvorkehrungen zur Vermeidung, Feststellung und Lösung von Interessenkonflikten. Aus primärrechtlichen und auch in den Richtlinien verankerten Grundsätzen folgt bereits, dass die Transparenz und Diskriminierungsfreiheit von Vergabeverfahren nicht durch Interessenkonflikte beeinträchtigt werden darf. Die Einzelheiten können und sollten zur Wahrung des Subsidiaritätsgrundsatzes den Mitgliedstaaten überlassen bleiben.