



Herrn Ministerialdirigent  
Christian Dobler  
Bundesministerium für Wirtschaft  
und Technologie  
Scharnhorststr. 34-37  
10115 Berlin

01.02.2012

Bearbeitet von

Norbert Portz / Bernd Düsterdiek / DStGB  
Telefon 0228/95962-20  
[norbert.portz@dstgb.de](mailto:norbert.portz@dstgb.de)  
[bernd.duesterdiek@dstgb.de](mailto:bernd.duesterdiek@dstgb.de)

Barbara Meißner/DST  
Telefon: 0221 3771-276  
[barbara.meissner@staedtetag.de](mailto:barbara.meissner@staedtetag.de)

Tanja Struve, DLT  
Telefon: +32 2 7401630  
[tanja.struve@landkreistag.de](mailto:tanja.struve@landkreistag.de)

Christian Sudbrock, VKU  
Telefon: 030 58580 136  
[sudbrock@vku.de](mailto:sudbrock@vku.de)

Aktenzeichen  
74.08.63 E

## **Bewertung der EU-Vergaberechtsreform aus kommunaler Sicht**

### **I. Grundsätzliche Einschätzung**

Die EU-Kommission hat am 20. Dezember 2011 ihre Vorschläge zur Vergaberechtsreform und Konzessionsvergabe vorgelegt. Vorangegangen war auf der Basis eines am 27. Januar 2011 von der Kommission veröffentlichten „Grünbuchs über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens“ ein umfangreiches Konsultationsverfahren interessierter Kreise, insbesondere von Vertretern öffentlicher Auftraggeber (u. a. Kommunale Spitzenverbände und VKU in Deutschland) und von Auftragnehmern.

Das EU-Grünbuch hat ebenso wie die jetzigen Reformvorschläge als ambitionierte Leitlinie vorgegeben, „die Effizienz des Einsatzes öffentlicher Gelder zu erhöhen“. Dies bedeutet insbesondere, dass „bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die bestmöglichen Ergebnisse anzustreben sind“ (optimales Preis-Leistungs-Verhältnis).

Städte, Landkreise und Gemeinden stellen gemeinsam mit den kommunalen Unternehmen in Deutschland bei einem jährlichen bundesweiten Auftragsvolumen von ca. 250 Mrd. Euro die mit Abstand größten öffentlichen Auftraggeber dar. Gerade die Kommunen und ihre Unternehmen unterstützen daher das Ziel der EU-Kommission, das Vergaberecht zu vereinfachen und zu flexibilisieren, nachdrücklich. Insofern bestehen große Hoffnungen an die eingeleitete Reform des Vergaberechts. Die Erwartungen beinhalteten dabei insbesondere eine stärkere Ausrichtung des Vergaberechts nach folgenden Grundsätzen:

- Kosten-Nutzen-Prinzip („best value for taxpayers money“)
- Effizientere, wirtschaftlichere und kostengünstigere Vergabe

- Mittelstands- und innovationsfreundliche Vergabe
- Verschlankung und Reduzierung der (formalen) Regelungen
- Stärkung und Erweiterung der Handlungsspielräume sowohl von Auftraggebern als auch von Unternehmen und damit verbunden eine Stärkung des kooperativen Vergabeverfahrens.

Vor diesem Hintergrund beinhalten die aktuellen EU-Reformvorschläge sowohl Licht als auch Schatten. Im Einzelnen:

## **II. Aufteilung des Pakets auf drei Richtlinienvorschläge / Zusätzliche Regeln**

Die EU-Kommission hat erstmalig eine Aufteilung des EU-Reformpakets auf drei Richtlinienvorschläge und damit auf eine mehr („Konzessionen“) als bisher vorgenommen. Im Einzelnen handelt es sich jeweils um eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates

- über die (allgemeine) Auftragsvergabe, Kom(2011) 896/2 (258 Seiten)
- über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, Kom(2011) 895 endgültig (182 Seiten) und
- über die Konzessionsvergabe, Kom(2011) 897 endgültig (98 Seiten).

Diese drei Richtlinienvorschläge sind sowohl vom Umfang, als auch vom Inhalt her, sehr komplex und als solche kein Beitrag zur Entbürokratisierung. Hinzu kommen die zusätzlich aufgenommenen und aus kommunaler Sicht nicht erforderlichen Regelungen, insbesondere im Bereich der interkommunalen Kooperationen sowie der (Dienstleistungs-)Konzessionen. Diese zusätzlichen Regeln stellen keinen Beitrag zur Verschlankung und Entbürokratisierung des Vergaberechts dar, sondern bewirken das Gegenteil. Sie sind daher in der Tendenz zu dem ausdrücklichen EU-Ziel, einer Vereinfachung und Flexibilisierung von Vergabeverfahren, kontraproduktiv und unverhältnismäßig. Sie gehen durch die Dichte der Detailregelungen weit über die Richtlinie als Instrument einer Rahmenregelung hinaus. Hinzu kommt, dass sowohl die Richtlinienvorschläge zum Vergaberecht als auch zur Vergabe von Konzessionen Regelungen enthalten, die in die Organisationshoheit der Mitgliedstaaten fallen. Dieses gilt insbesondere für die Regelungen zur interkommunalen Zusammenarbeit und Inhouse-Geschäfte.

### **III. Kurzbewertung des Vorschlags über die EU-Richtlinie für die (allgemeine) öffentliche Auftragsvergabe**

#### **1. Vereinfachung und Flexibilisierung der Vergabeverfahren**

- **Präzisierung des Anwendungsbereichs**

Die in den Art. 1, 2 und 3 vorgenommene Präzisierung des Anwendungsbereichs, der Begriffsbestimmungen und der Abgrenzung bei gemischten öffentlichen Aufträgen dient der Rechtssicherheit und wird daher begrüßt.

- **Neuregelung von sozialen und anderen Dienstleistungen**

Für soziale oder andere besondere Dienstleistungen, worunter z. B. Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialwesen sowie administrative Dienstleistungen im Bildungs-, Gesundheits- und kulturellen Bereich, Dienstleistungen der gesetzlichen Sozialversicherung, Beihilfen, Unterstützungsleistungen und Zuwendungen fallen, sollen besondere Regelungen eingeführt werden, Art. 74 ff.. Diese Dienstleistungen fallen nach aktuellem Recht unter die sog. „B-Dienstleistungen“. Der Unterschied zwischen den aktuell geltenden „A-Dienstleistungen“ und den sog. „B-Dienstleistungen“ besteht darin, dass für die „B-Dienstleistungen“ lediglich die Verpflichtung zur nachträglichen europaweiten Bekanntmachung der Aufträge besteht. Der Kommissionsvorschlag sieht nun vor, die Vergabe dieser Leistungen ab einem Schwellenwert von 500.000 Euro europaweit bekannt zu machen. Dabei bezieht sich die Bekanntmachungspflicht sowohl auf die Absicht der Auftragsvergabe als auch auf die Bekanntmachung der Ergebnisse des Vergabeverfahrens. Insofern gehen die geplanten Regelungen im Hinblick auf die Veröffentlichung der Vergabeabsicht über die geltende Rechtslage hinaus. Zudem sollen abweichend von der aktuellen Rechtslage die Schwellenwerte von 200.000 Euro auf 500.000 Euro angehoben werden.

Mit dieser Neuregelung soll der Besonderheit der sozialen Dienstleistungen, die in der Regel geringe Binnenmarktrelevanz besitzen, Rechnung getragen werden. Die kommunalen Spitzenverbände hatten sich im o. g. Grünbuch für eine Beibehaltung der Trennung zwischen den sog. „A-“, und „B“-Dienstleistungen ausgesprochen und darüber hinaus gefordert, Rettungsdienstleistungen ebenfalls in den Katalog der sog. „B“-Leistungen aufzunehmen. Mit den geplanten Neuregelungen erkennt die EU-Kommission im Vorschlag zwar die Besonderheiten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Sozial-, Gesundheits- und Bildungswesen förmlich an. Deren materielle Auswirkungen schätzt sie aber unzutreffend ein.

Mit der geplanten ersatzlosen Aufhebung der Unterscheidung zwischen den sog. „A“- und „B“-Dienstleistungen wird den Realitäten der Mitgliedsstaaten keineswegs Genüge getan. Die von der EU-Kommission immer wieder ausdrücklich hervorgehobenen „administrativen, organisatorischen und kulturellen Rahmenbedingungen“, die von „einem Mitgliedstaat zum anderen höchst unterschiedlich ausfallen“, werden damit nicht berücksichtigt. Die Einführung eines eigenen Vergaberegimes in diesem Bereich wird zur Aushöhlung des Systems sozialer Dienstleistungen in den Mitgliedstaaten führen. Zudem sind die geplanten Schwellenwerte willkürlich gewählt, empirisch nicht begründet und gerade mit Blick auf Rettungsdienstleistungen nicht ausreichend hoch. Diese könnten mit der geplanten Anhebung der de-minimis-Schwellenwerte für Leistungen der Daseinsvorsorge im Bereich der Beihilfen einhergehen. Hinzukommt, dass die von der EU-Kommission angeführte Begründung zur „Sonderbehandlung“

von Sozial-, Gesundheits- und Bildungsdienstleistungen nicht unbedingt zu gesonderten Vorschriften führen muss.

Angesichts der nur sehr begrenzten grenzüberschreitenden Bedeutung ist es sinnvoll, diese Leistungen vollständig vom Vergaberegime auszunehmen. Auf jeden Fall aber sollte es bei der aktuellen Rechtslage unter Anhebung der Schwellenwerte auf mindestens 500.000 € –unter Berücksichtigung der Überführung der Rettungsdienstleistungen in die „B“-Dienstleistungen - bleiben

- **Grundsätzliche Beibehaltung der EU-Schwellenwerte**

Die grundsätzliche Beibehaltung der EU-Schwellenwerte (s. Art. 4) in Anknüpfung an das WTO-Abkommen ist angesichts einer von der EU-Kommission festgestellten und nur zu 1,5 % stattfindenden tatsächlichen Auftragsvergabe an Bieter mit Sitz im EU-Ausland in der Sache zu kritisieren. Eine Heraufsetzung der EU-Schwellenwerte, insbesondere im Liefer- und Dienstleistungsbereich, würde berücksichtigen, dass die Beschaffungsmärkte im Wesentlichen regional bestimmt sind. Auch würde durch eine Erhöhung der Schwellenwerte einer in den letzten zehn Jahren stattgefundenen Wert- und Kaufpreisentwicklung bei den Bau-, Liefer- und Dienstleistungen Rechnung getragen.

- **Aufnahme kommunaler Kredite in den Ausnahmetatbestand**

Art. 10 des Richtlinienentwurfs regelt Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Richtlinie für bestimmte öffentliche Dienstleistungsaufträge. Bislang sind gemäß Art. 16d der Vergaberichtlinie „Geschäfte, die der Geld- oder Kapitalbeschaffung der öffentlichen Auftraggeber dienen“, von der Anwendung des EU-Vergaberechts ausgenommen. In dem neuen Art. 10d des Richtlinienvorschlags fällt dieser Zusatz nunmehr weg. Davon betroffen ist auch die Kreditaufnahme der Kommunen, die damit zukünftig in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen soll. Begründet wird die Streichung damit, dass die Kommission vermeiden möchte, dass in „Zeiten der Krise leichtfertig kommunale Kredite aufgenommen werden“.

Diese Begründung entbehrt jeder Grundlage, weil weder die Unterstellung einer leichtfertigen Inanspruchnahme von Krediten durch Kommunen gerechtfertigt ist, noch ein Regelungsbedarf seitens der EU für Vergabeverfahren bei Kommunalkrediten besteht. Das kommunale Haushaltsrecht in Deutschland enthält klare Vorgaben zur Zulässigkeit von Kreditneuaufnahmen. Diese sind nur im Rahmen der Haushaltssatzungen und der Kreditermächtigung durch die Aufsichtsbehörden möglich. Es besteht ein allgemeines Verbot, Kredite aufzunehmen, wenn andere Finanzierungsquellen zur Verfügung stehen.

Bereits im Rahmen der letzten Novelle der Vergaberichtlinien hatten sich die kommunalen Spitzenverbände aus gutem Grund für eine Herausnahme der kommunalen Kredite aus dem EU-Vergaberegime ausgesprochen. Gleichwohl hat sich in der kommunalen Praxis ein den Märkten entsprechendes Vergabeverfahren entwickelt. Die dabei zu beachtenden Regelungen sind von den kommunalen Spitzenverbänden veröffentlicht und in der kommunalen Praxis verankert. Für die dabei zum Zuge kommenden Verfahren sind die für Geld- und Kapitalmarktgeschäfte erforderlichen kurzen Fristen unverzichtbar zu berücksichtigen. Angesichts der laufenden Änderungen am Kapitalmarkt können die Anbieter Kreditkonditionen nur für einen sehr kurzen

Zeitraum garantieren. Europaweite Ausschreibungen mit entsprechenden Fristen würden bedingen, dass Kreditbedarfe ausgeschrieben werden, lange bevor die Liquidität tatsächlich benötigt wird. Wenn die kommunalen Einnahmen sich innerhalb dieser Frist erhöhen, besteht kein Bedarf mehr für den Kredit. Eine Ausschreibung müsste dann aufgehoben werden. In Folge müssten Zinsen für einen Kredit gezahlt werden, den man nicht oder noch nicht benötigt.

Wird ein Kredit mit Valuta nach den Ausschreibungsfristen ausgeschrieben, berechnen die Banken ihre Konditionen auf Forward-Basis, also in aller Regel zu Konditionen, die von den Tageskonditionen am Abschlusstag abweichen. Forwardsätze liegen in der Regel über den Marktkonditionen des Tages. Die Kommunen würden sich also zu Lasten der Steuerzahler teurer refinanzieren.

Aus diesen Gründen schreiben die Kommunen in einer Art Auktionsverfahren aus. Banken und Finanzinstitute werden gebeten, ihre Konditionen zu einem klar und abschließend definierten Kredit an einem bestimmten Tag und zu einer bestimmten Uhrzeit (per Fax oder per mail) bei der auktionierenden Kommune einzureichen.

Entscheidende Prämisse bei der Vergabe ist damit der Haushaltsgrundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit. So gehört zu den Grundsätzen der Vergabe in diesem Bereich, dass zur Realisierung des Haushaltsgrundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit sowie zur Erzielung von Transparenz und Wettbewerbsneutralität Kreditneuaufnahmen bzw. Umschuldungen durch eine revisionssichere Angebotseinholung bei Finanzdienstleistern erfolgen. Dazu sind schriftliche (in der Regel per Fax) oder fernmündliche (ggf. mit entsprechender Tonaufzeichnung verbundene) Angebotseinholungen üblich. Entsprechende Nachweise werden als Bestandteil der verpflichtenden Dokumentation aufbewahrt. Die Vergabe erfolgt an den wirtschaftlichsten Bieter (Bestbieter). Dieser kann z.B. anhand des Effektivzinssatzes, der Kapitalbeschaffungskosten, der laufenden Verwaltungskosten, Regelungen über die Zahlung der Zins- und Tilgungsleistungen sowie der Gesamtkosten der Kreditaufnahme ermittelt werden. Verspätet eingegangene Angebote werden nicht berücksichtigt. Bei der Auswahl des Bestbieters bleiben wettbewerbsfremde Argumente außer Betracht. Sofern es mehrere Bestbieter gibt, muss die Entscheidung nach objektiv nachvollziehbaren Kriterien erfolgen (Beispiele: Portfoliostruktur, Qualität der Abwicklung, Altgläubiger bei Zinsanpassungen, Bonität des Gläubigers, ggf. Teilung in Tranchen unter den Bestbietern).

#### - „Toolbox“-Konzept

Dieses Konzept (s. Art. 24 ff.) mit zwei grundlegenden Verfahrensformen (Offenes/Nichtoffenes Verfahren auf der einen sowie Verhandlungsverfahren, Wettbewerblicher Dialog und Innovationspartnerschaft auf der anderen Seite) unter Zurverfügungstellung von sechs spezifischen Vergabemethoden ist als „Instrumentenkasten“ grundsätzlich zu begrüßen.

Allerdings wird die Anwendung des Verhandlungsverfahrens und des Wettbewerblichen Dialogs nach Art. 24 der Richtlinie nicht in ausreichendem Maße in ein erweitertes Ermessen des Auftraggebers gestellt, sondern nach wie vor an konkrete und einengende Voraussetzungen geknüpft. Allenfalls der Buchstabe e (spezifische Umstände, Wesensart oder Komplexität der Beschaffung, Risiken) beinhaltet eine Ausweitung der aktuellen Anwendungsfälle des Verhandlungsverfahrens und des Wettbewerblichen Dialogs und ist daher zu begrüßen.

Abzulehnen ist die in Art. 24 angesprochene Option für die Mitgliedstaaten, das Verhandlungsverfahren, den Wettbewerblichen Dialog und die Innovationspartnerschaften nicht in ihr einzelstaatliches Recht umzusetzen. Damit wird die Gefahr einer Einengung von Handlungsspielräumen für die Auftraggeber und Unternehmen geschaffen.

Ausdrücklich zu begrüßen ist im Sinne eines kooperativen Instruments die Einführung der neuen Verfahrensnorm für innovative Beschaffungen, der Innovationspartnerschaft.

#### - **Lockerung der Regelungen für subzentrale Vergabebehörden**

Die Lockerung der Regelungen für subzentrale Vergabebehörden (s. etwa Art. 26 Nr. 4) bringt mehr Freiheiten insbesondere für kommunale Beschaffung und ist daher ausdrücklich zu begrüßen. Wenn eine lokale Behörde als Aufruf zum Wettbewerb Vorinformationen veröffentlicht hat, braucht diese nach dem EU-Vorschlag vor Einleitung des Vergabeverfahrens keine separate Auftragsbekanntmachung mehr zu veröffentlichen (s. Nr. 5 der Begründung zum Vorschlag). Dies erweitert im Sinne einer größeren Flexibilität und eines größeren Handlungsermessens gerade kommunale Spielräume. Auch die vorgeschlagene größere Flexibilität in Bezug auf die Festlegung bestimmter Fristen findet die Unterstützung der Kommunen. Dies trifft auch auf die Reduzierung der Dokumentationslast für Bieter zu.

#### - **Förderung der elektronischen Auftragsvergabe**

Die vorgeschlagene Ausweitung der elektronischen Auftragsvergabe (s. Art. 32 ff.) ist von ihrer Zielrichtung eines Weniger an Verwaltungsaufwand, einer größeren Rechtssicherheit sowie auch einer Kosteneinsparung zu begrüßen. Allerdings wird die vorgeschlagene Verpflichtung zur Einführung der e-Vergabe für die Mitgliedsstaaten innerhalb einer Frist von zwei Jahren kritisch gesehen. Der hiermit verbundene Aufwand ist – wie die Vergangenheit gezeigt hat – immens und kann im Zweifel auch nicht durch einseitig zeitlich vorgegebene Verpflichtungen umgesetzt werden. Die Kommunen in Deutschland haben überwiegend die Anforderungen an die e-Vergabe noch nicht eingerichtet. Insbesondere wäre eine Umstellung ohne externe Beratungsleistungen und damit verbundenen finanziellen Mehrkosten für die Vergabestellen nicht zu gewährleisten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch die Anbieterseite, insbesondere kleine und mittlere Unternehmen, technisch und organisatorisch nicht für eine ausschließlich elektronische Vergabe ausgestattet ist. Die Umsetzungsfristen müssten jedenfalls erheblich verlängert werden.

#### - **Modernisierung der Verfahren**

Eine Flexibilisierung bei der Überprüfung der Auswahl der Bieter einerseits und der Erteilung des Zuschlags andererseits (Auswahl- und Zuschlagskriterien) ist zu begrüßen (s. Art. 54 Nr. 3). Jedoch sind hier weitere Erleichterungen sinnvoll: Insbesondere die mit Ausschlussfolgen bei der Wertung der Angebote verbundene Vermengung zwischen den Auswahl- und den Zuschlagskriterien durch die Auftraggeber haben oftmals zu einer unwirtschaftlichen Vergabe geführt.

Zudem ist eine Unterscheidung zwischen Auswahl- und Zuschlagskriterien (Bsp.: Schulung des Personals) nicht immer strikt vollziehbar. Nach dem Vorschlag der

Kommission sollen die Vergabebehörden nunmehr die Möglichkeit haben, selbst zu entscheiden, welche Prüfungsreihenfolge bei den Auswahl- und Zuschlagskriterien am sinnvollsten ist. Mit dieser Regelung würden im Sinne einer Flexibilisierung zwar Fehlerquellen vermieden und die Rechtssicherheit von Vergabeverfahren erhöht. Ziel sollte jedoch insgesamt ein noch flexiblerer Umgang mit der Prüfung von Auswahl- und Zuschlagskriterien und eine mögliche Vermeidung der strengen Rechtsfolge bei einer Vermengung dieser Kriterien (fehlerhaftes Vergabeverfahren) sein.

## **2. Strategische Vergabe öffentlicher Aufträge / Einbeziehung von Umwelt- und Sozialaspekten:**

### **- Innovationspartnerschaft**

Das neue Verfahren der Innovationspartnerschaft (s. Art. 29), mit dem über die Auftragsvergabe ein intelligentes, nachhaltiges und auch integratives Wachstum erfolgen soll, ist zu begrüßen. Mit diesem neuen Verfahren können mit Hilfe eines frühen und kooperativen Zusammenwirkens zwischen Auftraggebern und Unternehmen innovative Produkte sowie Bau- oder Dienstleistungen beschafft und damit ein gutes Leistungs- und Kostenverhältnis erzielt werden. Zudem wird das innovative Verfahren des Wettbewerblichen Dialoges hiermit sinnvoll erweitert.

### **- Lebenszykluskosten, Produktionsprozess, Gütezeichen**

Unter den strategischen Zielen von „Europa 2020“, insbesondere umwelt- und soziale Aspekte verstärkt in das Vergaberecht einzubeziehen, können zukünftig vermehrt Lebenszykluskosten (s. Art. 67) berücksichtigt werden. Zudem können Auftraggeber spezielle Gütezeichen (s. Art. 41) bei ihren Beschaffungen verlangen. Speziell das Abverlangen von qualifizierten Gütezeichen erleichtert Auftraggebern die rechtliche und tatsächliche Umsetzung einer umweltfreundlichen Vergabe und ist daher zu begrüßen.

Die Einbeziehung von Lebenszykluskosten könnte in der Praxis möglicherweise auf Schwierigkeiten stoßen. Zum einen ist hiermit eine Ausweitung des grundsätzlich für Beschaffungen vorausgesetzten Auftragsbezuges verbunden; zum anderen ist den Auftraggebern die Einbeziehung, etwa von Entstehungskosten eines Produkts oder dessen Entsorgungskosten, also von Kosten, die über die tatsächliche Nutzung eines Produkts weit hinausgehen, kaum möglich. Hier müssen unabhängige Institute bzw. die Bieterseite konkrete Hilfestellungen und Grundlagen zur Berechnung der Lebenszykluskosten liefern. Der Auftraggeber ist hiermit überfordert, so dass der „Lebenszyklusansatz“ zurzeit ins Leere läuft. Deshalb ist die Methode grundsätzlich abzulehnen, da sie zu einer Überregulierung führt. Für die Berechnung kann auf nationale Standards zurückgegriffen werden. Eine Standardisierung auf Ebene der EU ist abzulehnen.

Zu begrüßen ist jedenfalls, dass die EU-Vorschläge die Einbeziehung von umwelt- und sozialen Aspekten den Auftraggebern nur optional einräumen, diesen aber nicht verpflichtend vorgeben. Auch muss der vorgeschlagene Auftragsbezug für die Einbeziehung von Umwelt- und Sozialkriterien in die Auftragsvergabe zwingend beibehalten werden.

- **Ungewöhnlich niedrige Angebote**

Die Regelung in Art. 69 über die Erläuterung ungewöhnlich niedriger Angebote in Koppelung an bestimmte Preisabstände (50 Prozent oder 20 Prozent) gehört nicht in das Vergaberecht, sondern allenfalls in Handlungsanleitungen und Empfehlungen. Diese strikten Prozentvorgaben werden der Vielgestaltigkeit der Angebotskalkulation von Bietern, insbesondere in „innovativen oder neuen Märkten“, in denen sich noch keine Preise „gesetzt“ haben und daher erhebliche Preisspannen durchaus üblich sind, nicht gerecht. Die eingrenzenden Regelungen über die Prozentvorgaben sollten daher gänzlich entfallen.

- **Auftragsänderungen während der Laufzeit**

Die in Art. 72 vorgenommene Abgrenzung zwischen einer ausschreibungspflichtigen Neuvergabe bei wesentlicher Änderung der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags einerseits und einer nicht erforderlichen Neuvergabe bei nicht wesentlichen Änderungen andererseits ist sinnvoll. Sie führt auf der Grundlage der EuGH-Rechtsprechung und der vorgeschlagenen Begriffsdefinitionen zu einem Mehr an Rechtsklarheit für Auftraggeber und Unternehmen.

### **3. Besserer Marktzugang für KMU**

- **Reduzierung der Informationspflichten und Einführung eines europäischen Passes für die Auftragsvergabe**

Der Vorschlag, künftig insbesondere bei der Prüfung der Unternehmenseignung verstärkt auf Eigenerklärungen zu setzen (s. Art. 57), ist im Sinne einer Reduzierung des Verwaltungsaufwands und in Übereinstimmung insbesondere mit den deutschen VOL/A-Vorgaben zu begrüßen. Auch der Vorschlag von den Unternehmen, dann keine erneute Vorlage einer Bescheinigung etc. zu verlangen, wenn dem öffentlichen Auftraggeber in den vergangenen vier Jahren für ein früheres Verfahren eine solche übermittelt wurde und diese nach wie vor gültig ist (Art. 57), ist aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung zu unterstützen.

Demgegenüber ist der zusätzliche Vorschlag in Art. 57, wonach die Auftraggeber vor der Auftragsvergabe von dem Bieter, an den er den Auftrag vergeben will, Unterlagen abfordern müssen, in dieser umfassenden Form zu einengend. Hier sollte im Sinne der deutschen VOL/A-Regelung ein Vertrauen auf die Eigenerklärung auch bei der Zuschlagserteilung ohne zusätzliche Abforderung von Unterlagen möglich sein.

Der „Europäische Pass für die Auftragsvergabe“ (Art. 59) ist als Ersatz für die Beibringung ansonsten erforderlicher konkreter Nachweise im Sinne einer Präqualifikation gerade von kleineren und mittleren Unternehmen zu begrüßen. Mit dem „Europäischen Pass für die Auftragsvergabe“ darf jedoch kein zusätzlicher Verwaltungsaufwand (Aufbau einer „Pass-Bürokratie“) verbunden werden.

- **Unterteilung in Lose und Beschränkung der Anforderungen an die Teilnahme**

Die vorgeschlagene Unterteilung von Aufträgen in Losen (s. Art. 44) entspricht dem Grundsatz der bestehenden deutschen Rechtslage und ist aus Gründen der Mit-

telstandsförderung zu begrüßen. Die Beschränkung der Anforderungen an die Teilnahme ist von ihrem Ziel her, möglichst viele kleine und mittlere Unternehmen zum Vergabeverfahren zuzulassen, zu unterstützen. Allerdings erscheint die explizite Vorgabe in Art. 56, wonach grundsätzlich die Umsatzanforderungen auf das Dreifache des geschätzten Auftragswerts beschränkt sein sollen, als frei gegriffene Größe. Sie sollte daher flexibler ausgestaltet werden.

#### - **Direkte Bezahlung von Unterauftragnehmern**

Die vorgeschlagene Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, wonach Unterauftragnehmer vom Auftraggeber eine direkte Zahlung verlangen können (s. Art. 71 Nr. 2), entspricht nicht der rechtlichen Vorgabe in Deutschland, wonach der Auftraggeber ein unmittelbares Vertragsverhältnis nur mit seinem Hauptauftragnehmer hat.

### **4. Governance**

#### - **Nationale Aufsichtsstelle**

Die in Art. 84 für einen Mitgliedstaat vorgeschlagene und von diesem zu benennende „einzige unabhängige Stelle, die für die Beaufsichtigung und Koordinierung der Durchführungstätigkeiten verantwortlich ist („Aufsichtsstelle“) entspricht nicht dem föderalen deutschen Staatsaufbau und greift damit in staatsrechtliche Organisationsstrukturen ein. Zudem ist schwer vorstellbar, dass eine einzige „Superaufsichtsinstanz“ in Deutschland die Vergaben der Städte, Landkreise und Gemeinden im Rahmen des dreigliedrigen deutschen Staatsaufbaus beaufsichtigen können soll. Zudem begründet eine solche Stelle im Zusammenhang mit den Informationsansprüchen erneut zusätzliche bürokratische Pflichten für öffentliche Auftraggeber, was der beabsichtigten Vereinfachung entgegenläuft.

- **Wissenszentren, gemeinsame Beschaffungen und Verwaltungszusammenarbeit:** Eine fachliche Unterstützung von Auftraggebern durch Wissenszentren, eine gemeinsame Beschaffung sowie eine Verwaltungszusammenarbeit (s. Art. 87 und 88) können in dem komplexen Vergaberecht zu einer verbesserten und rechtssicheren Auftragsvergabe beitragen sowie Kosten senken helfen. Diese Ansätze sind daher zu begrüßen.

### **5. Regelungen der Beziehungen zwischen öffentlichen Stellen**

Die vorgeschlagene Regelung in Art. 11 über die Abgrenzung zur Anwendung bzw. Nichtanwendung des Vergaberechts bei „Beziehungen zwischen öffentlichen Stellen“ betrifft sowohl die vertikale In-House-Vergabe als auch die horizontale Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern. Der hier unternommene Versuch, durch eine abschließende Aufzählung die Voraussetzungen einer ausschreibungsfreien (vertikalen) In-House-Vergabe sowie eine ausschreibungsfreie horizontale Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern zu regeln, wird abgelehnt.

Gleichwohl möchten wir hilfsweise zu einzelnen Regelungen Stellung nehmen:

Der Vorschlag wird der Vielgestaltigkeit der Beziehungen zwischen öffentlichen Stellen und den - bisher mit gutem Grund nicht kodifizierten - Voraussetzungen einer Vergaberechtsfreiheit nicht gerecht. Es ist zu kurz gegriffen, wenn die Kommission auf der Grundlage der bisherigen, aber gleichwohl nicht abschließenden EuGH-Rechtsprechung, den Versuch unter-

nimmt, die vom EuGH getroffenen Einzelfallentscheidungen in generalisierender Form in das allgemeine Vergaberecht zu übernehmen. Zudem sind die Regelungen unverhältnismäßig. Die EU-Kommission unterwirft die der Bundesrepublik Deutschland obliegende Organisationshoheit zur Erbringung von Dienstleistungen Wettbewerbsregeln und legt damit fest, in welcher Art und Weise diese zu erbringen sind. Den Mitgliedstaaten obliegt es hingegen in eigener Verantwortung, die Erbringung ihrer Leistungen zu organisieren und durchzuführen.

Dies betrifft u. a. sowohl die Mindestfestsetzung von 90 % für das Wesentlichkeitsmerkmal in Art. 11 Nr. 1b und Nr. 3b des Richtlinienvorschlags als insbesondere auch die vorgeschlagene Einengung des Kontrolltatbestandes in Art. 11 Nr. 3 Unterabsatz 2 Buchstabe c und d. Wenn dort als Voraussetzung für das Kontrollkriterium bestimmt ist, dass „die kontrollierte juristische Person keine Interessen verfolgen darf, die sich von mit ihr zusammenarbeitenden öffentlichen Behörden unterscheiden“ (Buchstabe c), findet sich dieses Kriterium in dieser Form nicht in der EuGH-Rechtsprechung.

Auch wenn im Weiteren die kontrollierte juristische Person „keine anderen Einnahmen als diejenigen erzielen darf, die sich aus der Rückzahlung der tatsächlich entstandenen Kosten in Zusammenhang mit den von den öffentlichen Auftraggebern vergebenen Aufträgen ergeben“, finden diese Vorgaben ebenfalls weder eine zwingende Voraussetzung in der Rechtsprechung des EuGH, noch sind diese rechtlich und tatsächlich sachgerecht. Vielmehr beschneiden die vorgeschlagenen Vorgaben der EU-Kommission über das bisherige Recht hinaus die den Kommunen bisher mögliche vergaberechtsfreie In-House-Vergabe. Sie schränken damit kommunale Handlungsspielräume über Gebühr ein und sind daher abzulehnen.

Das Gleiche gilt für die horizontale Vergaberechtsfreiheit und deren Voraussetzungen in Art. 11 Nr. 4 a bis e des Vorschlags und hier insbesondere der Buchstaben b, c und d. Die Kommission verlangt für die Vergaberechtsfreiheit einer horizontalen (vertraglichen) Kooperation zwischen öffentlichen Auftraggebern insbesondere eine „echte Zusammenarbeit“, also ein arbeitsteiliges Handeln im Sinne wechselseitiger Leistungserbringung der beteiligten Gebietskörperschaften (Buchstabe a). Dies würde bedeuten, dass die Aufgabenerbringung einer Kommune für eine andere gegen Entgeltzahlung (der typische und häufigste Fall) künftig europaweit ausgeschlossen werden müsste. Beispielsweise würde die gemeinsame Ausübung des Winterstreudienstes zwischen zwei Kommunen in Form der Übertragung auf eine der Nachbarkommunen und eines an diese in der Folge entrichteten Entgelts vergaberechtspflichtig. Die ist rechtlich nicht nachvollziehbar und daher abzulehnen. Gerade derartige Fälle der Zusammenarbeit gewährleisten Synergie-Effekte und erforderliche Kosteneinsparungen und sind daher zur Sicherstellung der kommunalen Daseinsvorsorgeleistungen vor Ort unabdingbar. Der Gerichtshof hatte in seinem Urteil in der Rechtssache „Stadtreinigung Hamburg“ zudem gerade für diese Zusammenarbeit der Gebietskörperschaften die Freiheit der Form festgelegt, die die Kommission mit dem Kriterium der „echten Zusammenarbeit“ wieder zurücknimmt.

Weiter dürfen die beteiligten öffentlichen Auftraggeber, gemessen am Umsatz, „nicht mehr als 10 % ihrer Tätigkeiten, die in Zusammenhang mit der Vereinbarung relevant sind, auf dem offenen Markt ausüben“ (Buchstabe c). Schließlich darf „die Vereinbarung keine anderen Finanztransfers zwischen den Beteiligten öffentlichen Auftraggebern als jene, die die Rückzahlung der tatsächlichen Kosten der Leistungen betreffen“ beinhalten (Buchstabe d). All diese Voraussetzungen sind aus kommunaler Sicht zu eng und rechtlich nicht begründbar.

Diese einengenden und gerade nicht durch die kommunalfreundliche EuGH-Rechtsprechung des Großen Senats (EuGH, Stadtreinigung Hamburg vom 09. Juni 2009) gerechtfertigten

Vorgaben stellen nicht in Rechnung, dass die interkommunale Zusammenarbeit eine reine Verlagerung von Organisationszuständigkeiten innerhalb von Kommunen ist. Dabei hat gerade der EuGH betont, dass die Wahl der Rechtsform der Zusammenarbeit den Kommunen obliegt. Für die Befreiung vom Vergaberecht muss es daher ausreichen, dass eine im öffentlichen Interesse erbrachte Leistung ohne die Beteiligung von Privaten erbracht wird.

Die Vorschläge der EU-Kommission berücksichtigen schließlich auch nicht, dass interkommunale Vereinbarungen zwischen öffentlichen Stellen bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben keine vergaberechtsrelevante sowie externe Beschaffung auf dem Wettbewerbsmarkt darstellen. Insofern sind die Regelungen zugunsten der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen rechtssystematisch nicht in Artikel 11 der Richtlinie unter dem Abschnitt 3 (Ausschlüsse), sondern im Abschnitt 1 (Gegenstand und Begriffsbestimmungen) einzuordnen.

#### **IV. Anmerkung zum Vorschlag für die EU-Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Sektorenrichtlinie)**

Für die Sektorenrichtlinie sind im Wesentlichen die gleichen Änderungsvorschläge unterbreitet worden wie für die Richtlinie über die klassische Auftragsvergabe. Die vorstehende Bewertung dieser Änderungsvorschläge gilt daher auch für die Sektorenrichtlinie.

Richtig und notwendig ist es, für die Vergabe von Aufträgen in den Sektoren weiterhin eine eigenständige Richtlinie vorzuhalten, die flexiblere Beschaffungsvorgänge ermöglicht. Gerade für kommunale Unternehmen, die mit ihren Dienstleistungen im Wettbewerb mit rein privaten Unternehmen stehen, insbesondere im Bereich der Energieversorgung, ist es wichtig, dass trotz Anwendbarkeit des Vergaberechts belastende Vorgaben im Beschaffungswesen möglichst vermieden werden.

#### **V. Eigenständige Richtlinie über Konzessionen**

Die EU-Kommission hat eine eigenständige Richtlinie über die bisher vom förmlichen Vergaberecht nicht erfassten (Dienstleistungs-)Konzessionen vorgelegt. Die kommunalen Spitzenverbände lehnen bereits seit langem eine Gesetzesinitiative zur Vergabe von Konzessionen ab und haben dieses bereits in zahlreichen Gesprächen und Stellungnahmen sowohl gegenüber der EU-Kommission als auch gegenüber dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie deutlich zum Ausdruck gebracht. Auch der Bundesrat hat sich in seiner 866. Sitzung am 12.02.2010 eindeutig gegen eine derartige EU-Initiative positioniert (Bundesratsdrucksache 846/09-Beschluss). Diese Position hat der Bundesrat in seiner 879. Sitzung am 11.02.2011 in seiner Stellungnahme zum "single market act" wiederholt.

Die kommunalen Spitzenverbände sehen im Bereich der Dienstleistungskonzession keine Notwendigkeit für eine Gesetzgebung auf europäischer Ebene. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in mehreren Entscheidungen zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen auf die Beachtung der zentralen Grundsätze des EU-Primärrechts, insbesondere der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismäßigkeit hingewiesen. Der EuGH hat somit für alle öffentlichen Auftraggeber die wesentlichen Grundsätze für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen definiert. Insbesondere die Kommunen orientieren sich in der Vergabepaxis an diesem Rechtsrahmen. Weitergehende EU-rechtliche Vorgaben würden

demgegenüber nicht zu einem Mehr an Rechtssicherheit, sondern allenfalls zu einer weiteren Verrechtlichung der Dienstleistungskonzession führen gefolgt von zusätzlichem Verwaltungsaufwand, kostenintensivem Rechtsberatungsbedarf und zeitlichen Verzögerungen für alle Beteiligten. Folge wäre eine unangemessene Einschränkung kommunaler Handlungsspielräume. Zudem sind viele Regelungen der geplanten Richtlinie unverhältnismäßig und zeugen von einer hohen Detailtiefe. Nach den Äußerungen der Kommission sollte aber ein sehr schlanker Entwurf vorgelegt werden.

Dienstleistungskonzessionen berühren viele Bereiche der Leistungen von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse (Daseinsvorsorgeleistungen) wie z. B. Wasserversorgung, Abwasserentsorgung, Rettungs- und Gesundheitsdienstleistungen den öffentlichen Personenverkehr; Parkraumbewirtschaftung usw. Gerade für diese Dienstleistungen würde eine europäische Konzessionsregelung keinen Mehrwert bringen, da sie nach ihrer Art und aufgrund ihres Umfangs zum großen Teil gar nicht grenzüberschreitend erbracht werden. Allerdings soll die geplante Richtlinie nicht bei öffentlichen Personenverkehrsdiensten im Sinne der Verordnung (VO) 1370/2007 gelten. Daher hätten nach dem derzeitigen Stand des Richtlinienentwurfs bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen die Spezialregelungen der VO 1370/2007 Vorrang vor den Regelungen der allgemeinen Richtlinien.

Speziell im Bereich der Wasserversorgung droht aber die Gefahr, dass durch vergaberechtliche Wettbewerbsregeln eine Liberalisierung durch die „vergaberechtliche“ Hintertür eintritt. Dies ist nachdrücklich abzulehnen.

Der Vertrag von Lissabon gibt den Kommunen mit dem Protokoll zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse einen "weiten Ermessensspielraum". Diesen gilt es, auch in Zukunft zu erhalten.

Deshalb muss den Kommunen die Entscheidung darüber vorbehalten bleiben, ob sie die Leistungen der Daseinsvorsorge in eigener Regie erbringen, durch eigene Unternehmen oder durch Dritte erbringen lassen.

Die kommunalen Spitzenverbände sehen sich in ihrer Position auch durch die Aussagen des Europäischen Parlaments im Bericht der Abgeordneten Heide Rühle vom 18. Mai 2010 zu den "Neuen Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen" sowie in ihrem jüngsten Bericht vom 24. Oktober 2011, in dem das Parlament diese Aussagen wiederholt hat, bestätigt. Dieser Bericht unterstreicht, dass "Dienstleistungskonzessionen von den Richtlinien über öffentliche Aufträge ausgenommen wurden, um Auftraggebern und Auftragnehmern mehr Flexibilität zu ermöglichen". Gerade diese Flexibilität ist bei der Vertragsgestaltung wie auch bei der Vergabe von Konzessionen äußerst relevant und grenzt sie zum öffentlichen Auftrag ab.

Wie bereits erwähnt, hat die EuGH-Rechtsprechung ausreichende Leitlinien für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen aufgestellt.

Diese ergeben sich insbesondere daraus, dass

- die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nach dem EU-Primärrecht und damit in einem transparenten und nicht diskriminierenden Verfahren, das immer einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherstellen muss, stattzufinden hat (s. u. a. EuGH „Parking Brixen“);

- die Kriterien der In-House-Vergabe auch auf Dienstleistungskonzessionen mit der Folge anzuwenden sind, dass bei ihrem Vorliegen auch das EU-Primärrecht nicht zur Anwendung kommt (EuGH „Parking Brixen“ sowie „Coditel“);
- an das wirtschaftliche Risiko, das der Konzessionär zu tragen hat, keine allzu großen Anforderungen zu stellen sind. Dies bedingt, dass von dem Vorliegen einer Dienstleistungskonzession selbst bei einem Anschluss- und Benutzungszwang, etwa im Bereich der Wasserversorgung, ausgegangen werden kann (EuGH Rs. C-206/08 vom 10. September 2009 „Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha“).

Insbesondere mit der EuGH-Rechtsprechung „Gotha“, wonach selbst bei einem Anschluss- und Benutzungszwang und einer dadurch bedingten erheblichen Reduzierung des Risikos für den Konzessionär eine - bis dato - vergaberechtsfreie Dienstleistungskonzession und gerade kein ausschreibungspflichtiger Dienstleistungsauftrag vorliegt, ist der Erwägungsgrund Nr. 7 in der Begründung zum EU-Richtlinienvorschlag über die Konzessionsvergabe nicht vereinbar.

Darin heißt es, dass zur Definition des Begriffs „Konzession“ insbesondere auf das „wesentliche Betriebsrisiko“ des Konzessionärs zu verweisen ist. Dieses wesentliche Betriebsrisiko ist aber von der EuGH-Rechtsprechung gerade nicht als Voraussetzung für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession angesehen worden. Der EU-Kommissionsvorschlag grenzt daher den weiten und durch den EuGH in seiner Rechtsprechung gesetzten Rechtsrahmen für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession ein. Er beschränkt die Flexibilität und kommunale Handlungsspielräume. Der Vorschlag ist daher abzulehnen.

Mit freundlichen Grüßen  
In Vertretung



Detlef Raphael  
Beigeordneter  
des Deutschen Städtetages



Dr. Kay Ruge  
Beigeordneter  
des Deutschen Landkreistages



Norbert Portz  
Beigeordneter  
des Deutschen Städte- und Gemeindebundes



RA Dr. Andreas Zuber  
Geschäftsführer  
Abteilung Recht, Finanzen und Steuern  
des Verbandes kommunaler Unternehmen