forum vergabe

Schriftenreihe des forum vergabe e.V.

Sechzehnte forum vergabe Gespräche 2013

Dokumentation der Veranstaltung vom 18. bis 20. September 2013

Band 47

Bundesanzeiger Verlag

Herausgeber:

forum vergabe e.V.
Spichernstr. 15
10777 Berlin

Telefon (030) 23 60 80 60
Telefax (030) 23 60 80 621

www.forum-vergabe.de
E-Mail: info@forum-vergabe.de

Alle Rechte vorbehalten. Auch die fotomechanische Vervielfältigung des Werkes (Fotokopie/Mikrokopie/Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen) oder von Teilen daraus bedarf der vorherigen Zustimmung.

www.bundesanzeiger-verlag.de
E-Mail: vertrieb@bundesanzeiger.de
Telefon (0221) 9 76 68-200
Telefax (0221) 9 76 68-115

Fotos: Grazyna Fait
Herstellung: Günther Fabritius, Andreas Gundlach
Druck und buchbinderische Verarbeitung: Medienhaus Plump GmbH, Rheinbreitbach

Printed in Germany

Vorwort

Die forum vergabe Gespräche 2013 standen ganz im Zeichen der Modernisierung des EU-Vergaberechts und der daraus abzuleitenden Folgerungen für den nationalen Rechtsrahmen. Es gab kaum einen Beitrag, in dem nicht auf die zukünftige Rechtsausgestaltung und die dadurch eröffneten Handlungsmöglichkeiten eingegangen wurde.

Der Zeitpunkt der Gespräche war deshalb buchstäblich glücklich gewählt, denn sie fanden kurz nach erfolgreicher Beendigung des Brüsseler Trilog-Verfahrens statt. So konnte das forum vergabe seinem Selbstverständnis entsprechend die erste größere Veranstaltung zu dem neuen Richtlinienpaket anbieten.

Ein besonderer Höhepunkt der Tagung war die Podiumsdiskussion des neugegründeten Wissenschaftlichen Beirates des forum vergabe, der in Fulda seine erste Sitzung öffentlich durchgeführt hat. Wir freuen uns nach diesem gelungenen Auftakt besonders auf die weitere Zusammenarbeit.

Die Teilnehmerzahl, die Diskussionen während der offiziellen Programmpunkte und die Gespräche danach zeigen, dass Fulda als Veranstaltungsort sehr gut angenommen wurde und einen guten Rahmen für die forum vergabe Gespräche bietet.

Wir hoffen, mit diesem Tagungsband und den darin abgedruckten Redebeiträgen und Zusammenfassungen der Diskussionen einen Eindruck von der besonderen Stimmung der forum vergabe Gespräche 2013 vermitteln zu können.

Mai 2014

Martin Zeil Vorsitzender	Niels Lau Geschäftsführendes Vorstandsmitglied	Dr. Mark von Wietersheim Geschäftsführer

Inhaltsübersicht

Vorwort 5

Inhalt 9

Perspektiven des Vergaberechts

Dr. Klemens Werner
ehem. Geschäftsführer des Fachverlags der Verlagsgruppe Handelsblatt 13

Begrüßung

Gerhard Möller
Oberbürgermeister der Stadt Fulda 21

Podiumsdiskussion: Die neuen Vergaberichtlinien der EU

Moderation und Einführung

Dr. Olaf Otting
Allen & Overy LLP 23

Statements

Joaquim Nunes de Almeida
Direktor der Abteilung Vergabewesen der GD Markt 25

Ministerialdirigent Christian Dobler
Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie 31

Jochem Gröning
Richter am Bundesgerichtshof 37

Niels Lau
Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. 43

Zusammenfassung der Aussprache 51

Die neuen Vergaberichtlinien der Europäischen Union – Die Sicht der Rechtswissenschaft – Tagung des Wissenschaftlichen Beirats des forum vergabe e.V.

Moderation und Einführung

Prof. Dr. Meinrad Dreher, LL.M.
Johannes Gutenberg-Universität, Mainz 61

Statements

Prof. Dr. Martin Burgi
Ludwig-Maximilians-Universität, München 63

Prof. Dr. Elke Gurlit
Johannes Gutenberg-Universität, Mainz 69

Prof. Martin Trybus, LL.M., Ph.D
Universität Birmingham 75

Zusammenfassung der Aussprache 79

Workshops

1. Vergaberecht und Kartellrecht / Bietergemeinschaften / Probleme der Selbstreinigung

Moderation und Einführung

Marianne Motherby
Leiterin Recht, Deutsche Bahn AG 85

Einführung

- *Michael Elzer*
  Hessisches Ministerium für Wirtschaft,
  Verkehr und Landesentwicklung, Wiesbaden 87

- *Heinz-Peter Dicks*
  Richter am OLG Düsseldorf 95

Zusammenfassung der Aussprache 107

2. Nachhaltige Beschaffung als Aufgabe öffentlicher Beschaffer?

Moderation und Einführung

Norbert Portz
Deutsche Städte- und Gemeindebund 111

Einführung

- *Michael Arenz*
  Projektgruppe „Umsetzung nachhaltige Beschaffung" (PG NB)
  beim Bundesministerium des Innern 113
- *Hans-Martin Fischer*
  Zentralverband Elektrotechnik und Elektronikindustrie 117
- *Dr. Lutz Horn*
  GÖRG 119

Zusammenfassung der Aussprache 123

Übergabe der Festschrift "Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung – 15 Jahre GWB-Vergaberecht"

Niels Lau
Bundesverband der Deutschen Industrie 125

Verleihung des International Public Procurement Award 2013

Laudatio

Prof. David Capitant
Universität Paris 1 Panthéon-Sorbonne 127

Darstellung der wesentlichen Ergebnisse durch den Preisträger

Dr. Frauke Koch 129

Podiumsdiskussion: Zugangsbeschränkungen für Waren oder Unternehmen aus Drittstaaten

Moderation und Einführung

Dr. Christian Pitschas
BERNZEN SONNTAG 133

Statements

Ulrich Paetzold
Verband der Europäischen Bauwirtschaft 143

Marc Steiner
Richter am Schweizerischen Bundesverwaltungsgericht 151

Zusammenfassung der Aussprache 157

Podiumsdiskussion: Vergabe- und Tariftreuegesetze – sieht so die Zukunft des Vergaberechts aus?

Moderation und Einführung

Hans-Werner Behrens
Vorsitzender der 1. Vergabekammer des Bundes 163

Statements

Dr. Kay-Uwe Rhein
Stadtrechtsdirektor der Stadt Mönchengladbach 165

Nils Böhlke
WSI in der Hans-Böckler-Stiftung 171

Thomas Echterhoff
Echterhoff-Gruppe 175

Zusammenfassung der Aussprache 185

Resümee 189

Pressestimmen 191

Schnappschüsse 193

Verzeichnis der Teilnehmer 197

Sponsoren 211

Media is the message – wie neue Medien die Weitergabe von Wissen und Informationen im Vergaberecht beeinflussen werden

Dr. Klemens Werner

ehem. Geschäftsführer des Fachverlags der Verlagsgruppe Handelsblatt

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich war überrascht, als ich gefragt wurde, ob ich zu Ihnen zu sprechen würde. Angenommen habe ich auch aus sentimentalen Gründen, bin ich doch als Verlagsleiter des Bundesanzeigers mehrfach in Badenweiler gewesen. Ich habe damals mit Herrn Meyer die enge Zusammenarbeit von Bundesanzeiger und forum vergabe initiiert. Einige Anwesende kenne ich noch persönlich, auch wenn ich seit 2008 nicht mehr für den Bundesanzeiger arbeite.

Erinnerlich sind mir nächtliche Aufenthalte an der Bar in Badenweiler, die nicht nur erklärungsbedürftige Spesenabrechnungen zur Folge hatten, sondern auch mit erheblichen Kopfschmerzen am Folgetag einhergingen.

Am Anfang steht für Sie eine gute Nachricht: Ich werde mich nicht wie meine Vorredner in den Vorjahren mit „Perspektiven des Vergaberechts" oder dem „Vergaberecht heute und morgen" oder „Rechtsschutzfragen in Frankreich" beschäftigen. Vielmehr will ich darüber sprechen, wie neue Medien die Weitergabe von Wissen und Information im Vergaberecht beeinflussen. Das Thema dürfte für Sie als Autoren ebenso interessant sein, wie für Sie als Leser.

Vermutlich sind heute zahlreiche Autoren vergaberechtlicher Medien anwesend. Gäbe es im Vergaberecht einen PEN-Club, könnten wir hier heute vermutlich eine außerordentliche Mitgliederversammlung abhalten.

Ich stelle mir vor, dass Sie die „Monatsinfo" des forum vergabe oder die Schriftenreihe mit ähnlichem Interesse lesen, wie ich montags den Sportteil der Bild-Zeitung.

Welche Auswirkungen hat es auf das Vergaberecht, wenn sich das Medium ändert, mit dem Informationen und Wissen ausgetauscht werden? „Media is the message" ist eine Aussage des kanadischen Philosophen Marshall McLuhan. Der Satz klingt einfacher als er ist. Er bedeutet nicht, dass die inhaltliche Aussage vom Medium bestimmt wird. Vielmehr bedeutet er, dass jedem Medium eine bestimmte Botschaft innewohnt, die Auswirkungen auf die Gesellschaft und damit auch auf das Recht hat. Und diese gesellschaftsverändernde „Botschaft" des Mediums ist viel stärker als der eigentliche Inhalt. Das bedeutet letztlich, dass die Nutzung des Internets zur Weitergabe vergaberechtlicher Informationen Auswirkungen auf das Vergaberecht hat.

Zunächst erläutere ich, in welcher Situation sich die Verlage derzeit befinden. Warum ist es für Verlage so schwer, sich auf diese neue Situation einzustellen? Schließen werde ich mit einem Ausblick für Autoren und Leser.

1. Standortbestimmung Verlage

Es hat einiges Aufsehen erregt, als im Sommer bekannt wurde, dass der Axel Springer Verlag bis auf „Bild" und „Welt" alle Printpublikationen an die Funke Gruppe verkauft hat, der Kaufpreis betrug nahezu 1 Mrd. Euro. Die Frankfurter Rundschau ist insolvent, obgleich DuMont vermutlich mehr als 100 Mio. Euro in die Sanierung investiert hat. Gruner & Jahr hat die Financial Times Deutschland (FTD) nach 11 Jahren eingestellt, nachdem mehr als 250 Mio. Euro investiert wurden. Bastei Lübbe bereitet seinen Börsengang vor, Reed Elsevier hat sich nach mehr als 10 Jahren aus dem deutschen Markt zurückgezogen.

Die Verlagsbranche verändert sich erheblich. Verleger und Manager fragen sich, ob es in 10 oder 15 Jahren noch Verlage geben wird. Es gibt eine ganze Bandbreite von Meinungen: Die einen vertreten die Ansicht, dass die Branche ihre besten Zeiten noch vor sich und das Papier Zukunft habe. Die anderen trennen sich von ihrem Printportfolio oder sie verteilen das Risiko durch einen Börsengang.

Ob die Verlage mit ihrem bisherigen Print Geschäftsmodell zukunftsfähig sind, lässt sich beantworten, wenn man auf Geschichte und Funktion der Verlage blickt.

Der Buchdruck war eine der wichtigsten Erfindungen der Menschheit. Die rasanten Veränderungen der letzten 500 Jahre wären ohne ihn nicht möglich gewesen. Bücher sind das Trägermedium der Industrialisierung und der Wissensgesellschaft. Weder Reformation noch Renaissance sind ohne Buchdruck vorstellbar.

Steven Pinker, ein amerikanischer Psychologe, vertritt gar in „The Better Angels of Nature. Why Violence has Declined" die Ansicht, dass die heutige emotionale Konstitution der Menschen durch die industrielle Produktion von Büchern positiv beeinflusst wurde. Um es vereinfacht auszudrücken: Ohne gefühlvolle Romane keine Empathie. Damit wissen wir nun auch, warum Frauen mehr Gefühl haben, sind sie doch die deutlich besseren Leserinnen.

Elizabeth Eisenstein, eine heute leider weitgehend vergessene Historikerin aus den Vereinigten Staaten, konnte in ihrem Buch „The Printing Press as an Agent of Change" zeigen, dass die Kosten eines Buchs aufgrund der Erfindung des Buchdrucks mit beweglichen Lettern etwa 200 mal geringer waren als die Produktion eines Manuskripts zuvor. Das ist die ökonomische Erklärung für den Erfolg gedruckter Bücher.

Die Funktion der Verlage besteht darin, Bücher, Zeitschriften und Zeitungen zu produzieren und für deren Verbreitung zu sorgen. Später – und zwar mit dem aufkommenden Urheberschutz – sorgten die Verlage auch dafür, dass die Autoren Honorare erhielten.

Mit der Erfindung des Internets durch Tim Berners-Lee, übrigens wie auch Marshall McLuhan ein fanatischer Buchliebhaber, wird diese Funktion vom Internet übernommen. Autoren benötigen heute keine Verlage mehr, um ihre Inhalte zu publizieren. Wir befinden uns in einer Übergangszeit und am Ende dieser Übergangszeit werden Informationen und Wissen elektronisch verfügbar sein. Als Gutenberg 1452 den Buchdruck erfand, dauerte es immerhin noch rund 50 Jahre, bis der Buchdruck das Abschreiben von Manuskripten abgelöst hatte. Sanken nach Einführung des Buchdrucks die Kosten für die Produktion eines Buches um das Zweihundertfache, können Wissen und Information heute ohne Herstellungs- und Transportkosten ausgetauscht werden, was zu faszinierenden ökonomischen Fragestellungen führt, die Chris Anderson in „The Long Tail" detailliert beschrieben hat.

An dieser Stelle komme ich auf Marshall McLuhan zurück, der sinngemäß die Ansicht vertrat: Dringt in eine bestehende Medienwelt ein neues effizienteres Medium ein, kommt es zu einer Trennung: Die funktionalen Inhalte verlagern sich auf das neue Medium, die alten, tradierten Medien dagegen werde ästhetisiert. Um es an einem Beispiel zu illustrieren: Mit der Erfindung der CD wurde das Abspielen von Musik von der CD übernommen, die LP gibt es weiter, aber sie wird nur noch von denen genutzt, die Wert auf die Gestaltung der Plattenhüllen oder die analoge Technologie legen. Ähnliches gilt etwa auch für die Ablösung der Malerei durch die Fotografie. Bei Büchern und Zeitschriften bin ich mir sicher, dass die Funktion weit überwiegend vom Internet und entsprechenden Lesegeräten übernommen wird.

Ich nehme es bei mir selber wahr. Ich schätze, dass ich pro Jahr etwa 100 Bücher kaufe, inzwischen allerdings keine gedruckten Bücher mehr, sondern ausschließlich elektronische. Bei literarischen Büchern kann ich mir vorstellen, dass eine Ästhetisierung durch eine besondere Ausstattung eines Buches möglich ist. Für mich ist eine solche Ästhetisierung bei Fachbüchern indes nicht vorstellbar. Ihre Funktion wird mehr oder weniger vollständig vom Internet übernommen. Die meisten Fachverlage werden sich adaptieren und ihr Geschäftsmodell verändern müssen. Ist ein Verlag zu dieser Adaption nicht in der Lage, wird er früher oder später als Marktteilnehmer verschwinden.

Lassen Sie hier einen kurzen Exkurs zu: Eckhard Höffner, hat in seinem zweibändigen Werk „Geschichte und Wesen des Urheberrechts" eine ziemlich interessante Hypothese entwickelt: Mit Beginn des 19. Jahrhunderts gab es in Großbritannien ein gut funktionierendes Urheberrecht, in Deutschland dauerte es rund 100 Jahre länger. Höffner ist der Ansicht, dass sich aufgrund des entwickelten Verlagswesens und zugleich des fehlenden Urheberrechts Deutschland so schnell zu einer führenden Industrie- und Wissenschaftsnation entwickeln konnte. Demgegenüber verlor Großbritannien, das Mutterland der Industrialisierung, den Anschluss. Wenn diese Hypothese zutrifft, bekommt das Leistungsschutzrecht für Verlage eine Dimension, die m.E. nicht ausreichend diskutiert wurde. Können wir es uns als Gesellschaft leisten, dass eine überkommene Industrie durch das Leistungsschutzrecht subventioniert wird und dadurch vielleicht zugleich die Innovationskraft der Gesellschaft so stark behindert wird, dass wir den Anschluss verlieren?

2. Die Schwierigkeit der Verlage mit der Adaption

Mit der Einführung elektronischer Medien kamen auf Verlage drei Hauptprobleme zu: Kunden, User interface und die Frage nach dem Geschäftsmodell.

a) Kunden

Verlage kennen oft ihre Kunden nicht oder nur unzureichend, weil die meisten Verlagsprodukte über Buchhändler oder Amazon verkauft werden. Viele Verlage produzieren ein Medium, ohne dass sie die Bedürfnisse ihrer Kunden kennen.

Im Zeitalter des Internet müssen Medienprodukte anders als bisher segmentiert werden: Nicht mehr soziodemografisch, sondern nach keywords. Mit Marktsegmentierung ist die Aufteilung eines Gesamtmarktes in Untergruppen und deren Bearbeitung gemeint. Ging ein Kunde bislang in eine Buchhandlung und verlangte etwas zum Vergaberecht, so wird er heute regelmäßig ein oder mehrere „keywords" bei Google eingeben und schauen, welches Ergebnis er erhält. Haben Verlage früher für „Vergaberechtler" produziert, müssen sie heute entscheiden, ob sie etwas für denjenigen produzieren, der in Google als keyword „Bietergemeinschaft" (290.000 Treffer) eingibt oder „Nachprüfungsverfahren" (337.000 Treffer) oder „Ausschreibungen" (7,5 Mio. Treffer). Und sie sollten auch wissen, wie oft diese Begriffe bei Google überhaupt aufgerufen werden. Bei „Bietergemeinschaft" haben Sie monatlich nur etwa 300 bis 400 Suchabfragen, bei „Nachprüfungsverfahren" sind es gar nur etwa 80 pro Monat und bei „Ausschreibungen" immerhin ca. 7.000.

Werden diese Zusammenhänge zwischen keywords und Produkten nicht erkannt, wird an den Bedürfnissen des Marktes vorbei produziert.

b) Gestaltung der Nutzeroberfläche

Ein weiteres Problem ist die Gestaltung des User interface, also der Nutzerschnittstelle. Was meine ich damit? Und warum ist es so problematisch für Verlage?

Jeder von Ihnen kennt das User interface eines Buches. Wenn sie beispielsweise den Praxiskommentar zum Kartellvergaberecht von Hattig/Maibaum in die Hand nehmen, weiß jeder von Ihnen ohne viel Nachdenken, wie er oder sie Informationen findet. Entweder suchen Sie durch Blättern nach der zutreffenden Norm und lesen den dazu gehörigen Kommentarteil oder Sie nutzen das Inhaltsverzeichnis oder das Register. Diese Art der Recherche ist gelernt und wird von Menschen in der westlichen Welt seit rund 500 Jahren praktiziert.

Wenn Sie Informationen beispielsweise in einem beliebigen Internetauftritt suchen, gibt es bislang wenige Konventionen, wie Fachinformationen dargestellt werden müssen. Inzwischen ist klar, dass es eine seitliche Navigation gibt und oft auch Suchfunktionen. In den meisten Internetauftritten finden Sie ein Impressum etc. Anders als bei Büchern weiß der User aber etwa nicht, wo genau das Suchfeld auf der Bildschirmoberfläche zu finden ist oder der „Drucken" button. Links oder rechts oder mittig?

Diese Probleme mit dem User interface sind m.E. noch nicht gelöst und bedürfen weiterer Erforschung und wohl auch Standardisierung.

c) Geschäftsmodell

Welche Geschäftsmodelle gibt es zukünftig für die Verlage? Wie können die Verlage zukünftig überhaupt Geld verdienen? Geschäftsmodell ist die Art und Weise wie ein Unternehmen Werte für seine Kunden schafft. Etwas vereinfacht kann man sagen, dass Fachverlage dadurch Werte schaffen, dass sie etwa Gerichtsentscheidungen, Normen oder Fachartikel in Büchern und Zeitschriften abdrucken und ihren Kunden zu einem bestimmten Preis zur Verfügung stellen. Noch heute gibt es in Deutschland hunderte juristischer Fachzeitschriften.

Geht man wie ich davon aus, dass gedruckte Bücher und Zeitschriften keine Zukunft haben, könnte man auf die Idee kommen, dass man die entsprechenden Inhalte einfach über das Internet zur Verfügung stellt. Das haben viele Fachverlage auch getan. Die medienneutrale Aufbereitung der Inhalte, die Gestaltung der grafischen Benutzeroberfläche und auch die Analyse der Kundenbedürfnisse kosten aber zusätzliches Geld. Die Abohaltbarkeiten von Datenbanken sind anders und z.T. müssen Sie als Verlag neue Vertriebswege aufbauen. Zugleich schwinden die Printauflagen, die allerdings oft durch Preiserhöhungen ausgeglichen werden. Ich schätze, dass in den vergangenen 10 Jahren die Auflagen von Büchern und Zeitschriften um die Hälfte gesunken sind und zugleich die Preise verdoppelt wurden. Und im Regelfall erzielen die Fachverlage im Internet auch die Anzeigenumsätze nicht mehr, die sie mit Print erzielt haben. Das führt zu sinkenden Gewinnen.

Der Ausweg wäre ein strategisches, d.h. ein langfristiges Innovationsmanagement, das mit einer ausgemachten Fehlerkultur einhergeht. Das ist aber ziemlich schwierig in einer Branche, die sich seit rund 500 Jahren an das Medium gewöhnt hat und wenig Erfahrung mit Strategie und Innovation hat. Die Fachverlage müssten sich beispielsweise

überlegen, welche weiteren Produkte und Dienstleistungen sie ihren Zielgruppen anbieten können oder wie sie das Nutzungsverhalten verwenden können, um die eigenen Produkte noch besser den Bedürfnisse der Kunden anzupassen. Medien müssten mehr dialogisch entstehen und weniger monologisch. Amazon hat beispielsweise bei den Sachbüchern, die auf dem Kindle gelesen werden herausgefunden, dass im Regelfall nur das erste Drittel gelesen wird.

Ich bin eher skeptisch, was die langfristige Zukunft der Fachverlage angeht. Vielen gelingt es nicht, ein strategisches Innovationsmanagement aufzubauen und Produkte für ihre Zielgruppen zu schaffen, die ein Kundenbedürfnis in einzigartiger Weise erfüllen. Selbst Verlage wie Axel Springer geben zu, dass ihre Transformation von Print zu Digital ausschließlich auf Zukäufen und nicht auf generischer Innovation beruht.

3. Ausblick für Leser und Autoren:

Wenn die Verlage ihre Geschäftsmodelle nicht adaptieren, was bedeutet das für Leser und Autoren? Natürlich werden Wissen und Information weiter ausgetauscht, aber eben nicht über gedruckte Medien.

a) Kosten von Fachinformationen

Für Leser heißt es, dass die für sie erforderlichen primären und sekundären Fachinformationen nach und nach immer besser über das Internet verfügbar gemacht werden. In kostenpflichtigen Datenbanken ebenso wie kostenfrei. Diskutiert wird, wie viele Datenbanken nebeneinander existieren können. Ich glaube nicht, dass mehr als 2 oder 3 kostenpflichtige juristische Datenbanken langfristig überleben werden. In Nischen mag etwas anderes gelten, solange das Angebot die Bedürfnisse der Kunden besser befriedigt.

Gerade größere Kanzleien sollten die Kosten für den Bezug von Fachinformationen und deren tatsächliche Nutzung analysieren. Ich bin immer wieder erstaunt, wie wenig darauf geachtet wird, welche Medien tatsächlich wie intensiv genutzt werden. Bei der Nutzung von Datenbanken hat sich etwa herausgestellt, dass etwa 10 % niemals genutzt werden. Mindestens 50 % der Bücher werden nicht gelesen. Und wenn Sie zuhause den „Ulysses" von James Joyce stehen haben, würde ich mit Ihnen sofort wetten, dass Sie ihn noch nie gelesen haben. Experten gehen davon aus, dass es sich um das ungelesenste Buch überhaupt handelt.

b) Medienkompetenz

Wenn Sie vergleichen, wie 25-jährige und wie 45-jährige kommunizieren, werden Sie erhebliche Unterschiede feststellen. Ich will nicht bewerten, welche Form der Kommunikation besser ist. Sicher bin ich mir allerdings, dass es für Sie als Leser immer wichtiger wird, dass Sie Medienkompetenz aufbauen und noch besser als heute lernen, die Antwort auf Ihre Fragen elektronisch zu finden. Wenn Sie in nicht kosten-

pflichtigen Datenbanken recherchieren, sollten Sie lernen einzuschätzen, welchen Quellen Sie im Internet vertrauen und welchen eher nicht.

c) Strategie

Als Autor sollten Sie sich mit der Frage auseinandersetzen, was Sie mit einem Beitrag erreichen wollen. Welchen Aufwand investieren Sie und welches Ergebnis wollen Sie erzielen? Renommee bei Ihren Anwaltskollegen erfordert möglicherweise eine andere Strategie als wenn es Ihnen um die Akquisition vergaberechtlicher Mandate geht. Wenn Sie Ausschreibungen begleiten, könnte wiederum eine andere Strategie erfolgversprechend sein.

Es gilt der Grundsatz aus der Strategiearbeit: „Think it and ink it".

Mir ist bewusst, dass gerade die größeren Kanzleien versuchen, mit eigenen Presseabteilungen Artikel und Berichte in Medien wie FAZ, Süddeutscher Zeitung oder Handelsblatt zu publizieren. Stellen Sie sich die Frage, ob Sie wirklich einen Verlag als Intermediär benötigen? Oder können Sie relevante Informationen auf Ihren eigenen Seiten oder in sozialen Netzwerken publizieren und damit insbesondere die jüngere Generation ansprechen? Das notwendige Handwerkszeug ist nicht schwer zu erlernen. Beherrscht der Verlag das entsprechende Handwerkszeug tatsächlich gut?

d) Testen

Wenn Sie als Autor eine Strategie festgelegt haben, sollten Sie regelmäßig überprüfen, ob Ihre Annahmen wirklich zutreffen. Manchmal ist das so. Oft stellt sich heraus, dass die eigenen Annahmen nicht zutreffen. Nehmen Sie etwa die Mandanteninformationen, die fast jede Kanzlei publiziert. Könnten Sie sagen, ob der Mandantenbrief gelesen wird und welches Thema am meisten interessiert? Wenn Sie also Informationen auf Ihren eigenen Seiten publizieren, weil Sie Ihre Mandanten direkt ansprechen und für sich gewinnen wollen, werten Sie regelmäßig aus, ob sie damit Erfolg haben. Fragen Sie Ihre Mandanten und versuchen Sie Gefälligkeitsaussagen zu vermeiden. Versuchen Sie herauszufinden, was die 5 wichtigsten Probleme Ihrer Mandanten sind.

Allen die mit meinen vielleicht etwas überspitzen Thesen nichts anfangen können, möchte ich noch ein Zitat von Karl Lagerfeld mitgeben: „Wenn Du anfängst, die Zeit in der Du lebst, zu kritisieren, ist Deine Zeit vorbei." Meine Zeit ist jetzt auch vorbei.

Ich danke Ihnen für Ihre Bereitschaft mir zuzuhören. Gerne stehe ich für Fragen zur Verfügung und bin auch gerne im Anschluss ansprechbar.

Begrüßung

Gerhard Möller

Oberbürgermeister der Stadt Fulda

Sehr geehrter Herr Professor Dreher, meine sehr verehrten Damen und Herren, ich möchte Sie zum wiederholten Male herzlich begrüßen.

Ich freue mich sehr, dass diese wichtige Fachveranstaltung des forum vergabe wieder in Fulda stattfindet.

Das ist für uns auch ein Signal dafür, dass Sie sich mit unseren Tagungsmöglichkeiten, der Gastronomie und dem fuldischen Ambiente hier im Barockviertel wohl gefühlt haben und es dadurch bestätigen, dass Sie wiederkommen. Wir wollen uns auch sehr anstrengen, dass Sie diesen Rhythmus beibehalten.

Also herzlich Willkommen noch einmal hier in Fulda, hier im Stadtsaal in der Orangerie.

Die Möglichkeiten, die wir als Tagungsstadt bieten, sind sehr vielfältig. Zwischendurch lädt Sie die nahe Innenstadt mit ihren Möglichkeiten zum Einkauf und mit ihrer Gastronomie herzlich ein. Aber ich weiß sehr wohl, dass Sie zum Arbeiten hier sind mit wichtigen Themenfeldern, die auch für eine Stadt in der Größe von Fulda, als Mittelstadt im Oberzentrum, sehr aktuell sind. Wenn ich sage, dass wir momentan keinen aktuell größeren Fall haben, dann ist das richtig.

Aber wir wissen, dass das Tagesgeschäft der Entscheidungsfindung, der Vorbereitung von Vergaben natürlich auch immer wieder mit sehr vielen Einzelthemen und zum Teil mit schwierigen Rechtsfragen gespickt ist.

Insofern ist das, was Sie im Austausch hier miteinander diskutieren, wichtig und wegweisend. Auf der einen Seite geht es um die Rezeption und Interpretation dessen, was unaufhörlich an neuen Vorgaben in Brüssel, Berlin und hier bei uns in Wiesbaden mit gedacht und mit auf den Weg gebracht wird. Dies bietet immer wieder Anlass, sich damit intensiver auseinanderzusetzen. Manches fürchten wir, manches erwarten wir, ob wir manches erhoffen, weiß ich nicht.

Aber insofern ist das, was Sie hier miteinander hochrangig und sehr kompetent besprechen, außerordentlich wichtig.

Für diejenigen, die schon mal hier waren, ist es vielleicht eine Wiederholung und für diejenigen, die erstmalig heute hier in Fulda sind, hier noch einmal einige wenige Kennzahlen zu unserer Stadt.

Wir sind eine Mittelstadt mit 65.000 Einwohnern. Von der Stadtregion wären wir eine kleine Großstadt. Wenn wir die Eingemeindungen hätten durchführen dürfen, die wir müssten, wären wir eine Stadtregion mit 100.000 Einwohnern. Aber wichtig ist, dass wir Oberzentrum sind für eine Größenordnung in Hessen im Umkreis von 350.000 – 400.000 Einwohnern. Die nächsten Oberzentren sind alle 100 km entfernt, was eine hohe Zentralität ausmacht, die wir bewusst auch pflegen und weiterentwickeln.

Wir sind ein wirtschaftliches Zentrum mit einer Arbeitslosenquote zwischen 3,5 und 4 % im Kreisgebiet, die damit seit Jahr und Tag die günstigste in Hessen ist. Das traut man uns üblicherweise nicht zu, weil wir natürlich eher die Zahlen des Rhein-Main-Gebietes mit einbeziehen, aber wir haben eine gute mittelständische Wirtschaftsstruktur, in der es sicherlich auch einige große Unternehmen gibt, mit einem starken Handwerk, dass natürlich sein Geld häufig im Rhein-Main-Gebiet verdient.

Wichtig für uns sind die Anbindungen. Sie haben vielleicht schon die ICE-Fahrt genossen und wir hoffen, dass wir in sehr überschaubarer Zeit vollständig mit der A 66 an Frankfurt angeschlossen sind. Die letzten Bauarbeiten sind jetzt im Gange. Dann bleibt für uns noch als weiteres verkehrspolitisches Thema der Ausbau der Schienenverbindung nach Frankfurt oder, was jetzt wieder in weitere Ferne gerückt ist, die Verbindung nach Südthüringen, von Fulda in Richtung Meiningen.

Aber wir wollen nicht verhehlen, dass wir mit unseren Möglichkeiten gerade als Tagungsstandort auch immer wieder sehr aktiv und agil umgehen, einschließlich eines sehr reichhaltigen kulturellen Angebots.

Jetzt will ich Sie nicht weiter mit einem Werbeblock für Fulda behelligen, Sie haben viele Themen zu beackern. Ich wünsche Ihnen einen erfolgreichen fachlichen Austausch, der Sie weiterbringt. Ich wünsche Ihnen einen guten Aufenthalt in unserer Stadt hier in der Orangerie und ich würde mich freuen, wenn ich Sie wieder einmal begrüßen könnte.

Herzlichen Dank.

Podiumsdiskussion: Die neuen Vergaberichtlinien der Europäischen Union

Stand des Gesetzgebungsvorhabens Inhalt und Bewertung der Richtlinien

Moderation und Einführung

Dr. Olaf Otting

Allen & Overy LLP

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Zeitpunkt der diesjährigen Gespräche des forum vergabe hätte kaum günstiger gewählt werden können:

Der im Trilog zustande gekommene Kompromiss der drei neuen Vergaberichtlinien liegt seit nun exakt zwei Monaten auf dem Tisch – ein Zeitraum, der so kurz ist, dass das Ergebnis noch äußerst frisch und aktuell ist, auf der anderen Seite aber doch so viel Zeit gibt, dass jeder sich zumindest oberflächlich mit deren Inhalt vertraut machen konnte. Jetzt wird die Zeit der intensiven rechtspolitischen Diskussion um den Inhalt der neuen EU-Richtlinien abgelöst werden durch die – in Deutschland vielleicht mindestens ebenso spannende und intensive – Diskussion um den richtigen Umsetzungsweg. Dabei geht es nicht nur um die Umsetzungstechnik – Stichwort Kaskadenprinzip oder Bundesvergabegesetz –, sondern auch um die Frage, ob und wie weit überschießende Regelungen getroffen und Regelungsspielräume, die die Richtlinien lassen, ausgeschöpft werden sollen. Zu Beginn dieser 16. Gespräche des forum vergabe 2013 soll aber zunächst Gelegenheit bestehen, inhaltlich Bilanz zu ziehen:

- Welche aus der Sicht des bekannten Vergaberechts wichtigsten Neuerungen bringen die neuen Richtlinien? Ich nenne nur die Stichworte: Öffentlich-öffentliche

Zusammenarbeit, Erweiterung der zulässigen Zuschlagskriterien, Abschaffung des Katalogs nicht prioritärer Dienstleistungen, strategische Beschaffung.

- Führen die Richtlinien zu einem Paradigmenwechsel, zur Entbürokratisierung und Vereinfachung des Vergaberechts oder zu neuen Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung? Sind sie großer Wurf oder eher Stückwerk?

Ich freue mich, dass wir ein äußerst kompetentes Podium haben gewinnen können, dass diese Fragen aus verschiedenen Blickwinkeln wird beantworten können. An allererster Stelle darf ich nennen Herrn Joaquim Nunes de Almeida, der als Direktor der Abteilung Vergabewesen der GD Markt zunächst einen Überblick über Inhalt und Konzeption der neuen Vergaberichtlinien geben wird. Es ist, soweit ich weiß, das erste Mal, dass Herr Nunes de Almeida in Deutschland vor einem solchen Forum auftritt und wir freuen uns außerordentlich, dass Sie aus Brüssel den Weg in das beschauliche, durch die Jahrestagung des forum vergabe in der deutschen Vergabewelt aber prominente Städtchen Fulda gefunden haben. Als Diskussionspartner stehen uns weiter zur Verfügung Herr Christian Dobler, Abteilungsleiter im Bundeswirtschaftsministerium, der in den nächsten Wochen und Monaten die erfreuliche Aufgabe haben wird, nach der endgültigen Verabschiedung der Richtlinien deren Umsetzung in das deutsche Recht an vorderster Front zu organisieren. Aus der Perspektive der Richterschaft, bei der letztlich alle Streitigkeiten um die etwaigen Unklarheiten und neuen Begriffsbildungen landen werden, wird Herr Richter am BGH Jochem Gröning sozusagen als Vertreter der „letzten Instanz" im deutschen Vergaberecht seine Sicht der Dinge präsentieren. Schließlich wird Herr Rechtsanwalt Niels Lau als Vertreter der Unternehmenspraxis aus der Sicht der Wirtschaft das neue Regelwerk bewerten und mit Kritik dabei sicher auch nicht, wo sie berechtigt ist, hinter dem Berg halten.

Ich freue mich auf eine spannende Diskussion und darf jetzt zuerst Herrn Nunes de Almeida bitten, seinen mit Spannung und Aufmerksamkeit erwarteten Überblick vorzutragen. Herr Nunes de Almeida noch einmal herzlich Willkommen. Ich freue mich, dass Sie hier sind und Sie haben das Wort.

Podiumsdiskussion: Die neuen Vergaberichtlinien der Europäischen Union

Stand des Gesetzgebungsvorhabens Inhalt und Bewertung der Richtlinien

Statement

Joaquim Nunes de Almeida

Direktor der Abteilung Vergabewesen der GD Markt[1]

Good Morning, it is a pleasure for me to be here in Fulda and I would like to first thank the forum vergabe for having invited me for this occasion. It is an excellent occasion to have a good discussion and a frank exchange of points of view with all the German interested parties on public procurement.

You asked me to present the new legislative package which is not yet formally adopted, although everything indicates that will indeed be in the law books until the end of this year. It was unanimously approved by the committee of representatives of the member states in Bruxelles. It was nearly unanimously adopted by the internal market committee of the European Parliament so I would say that there would have to be a catastrophe for this package not to come into force within the next two months. But there still has to be the plenary vote at the European parliament followed by a formal approval by the council which should be a bit of a rubber stamping act at this stage.

There has also already been ample discussion about all aspects. So I would say that from here to Christmas we will have this package. But it's important to clarify the

[1] Eine nicht autorisierte Übersetzung des Vortrages ist auf www.forum-vergabe.de unter „Durchgeführte Veranstaltungen" zu finden.

situation of where we are right now. So a few words about the context. It is good to know where we are. EU public procurement rules and concessions aim at what? They aim at insuring fair competition in the internal market to obtain best value for public money, eliminating favoritism and backhand deals where citizens stand to lose out because the goods produced are more expensive and of lower quality then would be available with an open and competitive European market.

The figures are impressive. It's always important to know how important the subject that unites us is. The total EU-procurement market amounted to 2,3 trillion Euro, 19 % of the GDP of the European Union, of which contracts above the thresholds amount to 420 billion, 3,6 % of the European Union GDP. The revision and modernization of the public procurement directives and the new directive on concessions is one of the levers of what is called the Single Market Act I, a package of measures put forward by the commission with the attention of relaunching the single market. The objective of this revision and modernization is to underpin a balanced policy which fosters demand for environmentally sustainable, socially responsible and innovative goods, services and works. Possibly one of the common threads of the Single Market Act is the Agenda 2020 which puts forward the commission's economic policy. To put in place simpler and more flexible procurement procedures for contracting authorities and provide easier access for companies especially SMEs. There clearly is a thread of de-bureaucratization and simplification. To provide greater legal certainty on the award of concession contracts which are estimated to stand for 60 % of all public private partnerships. It is important also to signal that it's the first time that the European Union has legislation on concessions. Many member states up to now had no legislation on concession so this is the first whereas on public procurement we are reforming a regime that has been there since the 70s. On concessions, it's the first time we have a piece of legislation that goes beyond the treaty principles. The commission's proposals were adopted on 20/12/2011, so I think we're all a bit to be congratulated because possibly for a reform of this amplitude it's not a bad result to have achieved a good result after 2 years. And they were proceeded by consultation of stakeholders and an economic evaluation of the current directives which was published on the 24/06/2011 and a large scale conference on the modernization of procurement held in June 2011. The expected impacts of the reform: for contracting authorities more effective procedures, guaranteeing purchases at the best price, tailored to the needs of contracting authorities with reduced administrative burden in particular in the light of tight public budgets. I think the financial situation in much of the EU has also been an important background to all this discussion. For EU companies we think we have increased the possibilities of cross-border procurement open and easy access for all European companies in particular SMEs, thereby providing effective support to the European industrial base. Commissioner Barnier is very keen on keeping a strong industrial base in Europe, and avoiding the de-industrialization of Europe is a point that he often makes in his public presentations.

And for citizens and society as a whole we think that we ensure a responsible and high quality public service taking into account the environmental and social impact contributing to the promotion of innovation to meet the societal challenges of Agenda 2020 which I referred to earlier on.

The main objectives of this reform, now I get into a bit more detail. More simple and flexible procedures: we think we have more simple and flexible procedures. We allow more negotiation in procurement procedures. I worked in public procurement 20 years ago as a young official at the European Commission, I remember that at the time negotiation was practically a bad word in public procurement, it was seen as a bad thing. Now we broadly allow negotiation in public procurement. And a good balance needs to be struck between the flexibility of member states contracting authorities in the necessary transparency, equal treatment and non-discrimination guaranteed to economic operators. The new directives broaden the existing negotiation possibilities. We are putting in place the safeguards needed to protect against their abuse. The important breakthrough here is the use of the competitive procedure where negotiation will be possible in defined cases. I'm sure that all this will amuse lawyers enormously: justified in particular by the specific circumstances related to the nature, the complexity or the legal and financial make up or because of the risks attached to them or by the fact that the needs of the contracting authority cannot be met without adaptation of readily available solutions. But I think that behind the hermetic legal language you sense that there is a broad opening of the competitive procedure with negotiation. I tend to think it will be relatively easy to fit in that provision. There is a reduction of the documentation required from bidders, in particular the acceptance of bidder's self-declaration, so de-bureaucratization, less chance for corrupttion. Minimum time limits for the receipt of tenders have been shortened for open procedures from 52 to 35 days, for restricted procedures from 40 to 30 days. There is greater flexibility for regional and local contracting authorities, an important point for Germany who may with no limitation as to the estimated contract value advertise their contracts via less burdensome prior information notices and agree with preselected bidders on the deadlines in their procedures. Then there is also an important breakthrough on electronic procurement, extension and in the medium term generalization of electronic communication in public procurement. Increased accessibility to procurement thereby allowing EU companies, especially SMEs, to exploit the full benefits of the digital single market, with efficiency gains estimated of up to 100 billion euro. There are also important modifications as far as strategic procurement is concerned. Improvement to the legal framework in favor of societal objectives, environment, social exclusion, innovation through what we call an enabling approach, where contracting authorities will consider the full life cycle cost including the CO^2-footprint of the products they attend to purchase and they may also take into account the production process of the specific works, services or supplies purchased. Such is the inclusion of vulnerable and disadvantaged people or

the use of non-toxic substance in their award decisions. These are possibilities which are been given to the contracting authorities - we don't force them to do so - and it's clear that we don't think that we are establishing “what to buy” obligations. Nor, and it is also clear, that the link with the subject matter of the contract is being maintained. Innovation is fostered through the innovation partnership procedure and legislative measures facilitating cross-border joint procurement. The current contracts reservation in favor of sheltered workshops is extended to economic corporators whose main aim is a social and professional integration of disabled and disadvantaged workers. The minimum required percentage of disabled or disadvantaged employees is reduced from 50 % to 30 %.

We think we have also further improved SME access through the following specific measures: by encouraging the division of contracts into lots according to the “apply or explain”-principle, you have to justify why don't you use lots. And as for the prove of the financial capacity the limitation of the turnover required to participate and to attend procedure, in principal twice the estimated contract value.

There is also important movement on services for social and some other services. A transparent flexible scheme with a specifically higher threshold of 750.000 Euros will apply to all services expressly identified in the annex to the directives. This new scheme will give even more flexibility to member states, only specific ex-ante and exposed publicity is being required from now and of course the respect of the European principals of non-discrimination and equal treatment. For the rest national rules will apply. The new regime replaces the former simplified regime applicable to the so-called B- or non-priority services, clarifies the legal framework by identifying all the services now falling under the new simplified regime.

We also emphasize the sound public procurement procedures and the notion of conflicts of interests is clarified. It shall at least cover any situation where staff members of the contracting authority who are involved in the conduct of the procedure or may influence its outcome have “directly or indirectly, financial, economic, political or other personal interests which might be perceived to compromise the impartiality and independence in the context of the procedure”. Member states have to take measures to effectively prevent, identify and remedy conflicts of interests arising in the conduct of the procedure.

Exclusion grounds are strengthened and extended to cases of unduly influence on the decision process or serious misrepresentation in providing information on the absence of grounds of exclusion. And the directives will now provide for the compulsory exclusion in cases of abnormally low tender, and due to noncompliance in the field of social and labor law and environmental law, and international, social and environmental law.

The rules on governing the modifications of contracts have been simplified and the jurisprudence of the Court of Justice has been given recognition in a piece of legislation. The same for inter public sector relations, the inhouse rules or the relations between the public sector, they are now also object of specific treatment and exceptions. There are rules on governance to improve enforcement and implementation of rules to increase monitoring at national level.

The transposition deadline as from the adoption date, member states will have 2 years to implement the directives and four and a half for the implementation of electronic tendering.

I'd like to make a specific German point. While implementing this reform, commission also thinks that Germany should reflect on how to respond to the country-specific recommendation for Germany in the context of the European semester which is the cycle where the commission influences the economic governance of the EU. "Germany should take urgent action to significantly increase the value of public procurement contracts open to procurement." The value of public contracts, published by Germany in the official journal of the EU has been, I'm afraid I have to say this, consistently the lowest within the EU. In 2011 it amounted to 1,3 % of GDP, while the EU average was 3,4 % of GDP. In total value the procurement published by Germany in the official journal was 33 billion Euros, compared to 94 billion by the UK or 80 billion by France. The contracts of Germany published in the official journal are equivalent to those of Poland at this stage. Transparency of public procurement procedures is crucial for ensuring best value for money and fair competition and to take advantage of all the possibilities the revision of public procurement rules just outlined to you will bring. We have been talking to your ministry of economy to try and see why this is so, and we will have to continue try to find out what the reason for this situation is.

Finally a word also about the directive on concessions, the directive on concessions aims at having better value for money for both contracting authorities and users, create more business opportunities for EU companies and to foster innovation through increased competition for the award of concessions and to facilitate investments in particular on infrastructure projects and on the provision of quality strategic services to the public.

Now I'll be here for all the session this morning, thank you very much for having heard what could have been a rather long introductory speech for which I apologize, thank you very much for your attention, I'm here until 1 o'clock. I'm very glad to be here again and thank you very much.

Podiumsdiskussion: Die neuen Vergaberichtlinien der Europäischen Union

Stand des Gesetzgebungsvorhabens Inhalt und Bewertung der Richtlinien

Statement

Ministerialdirigent Christian Dobler

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Berlin

Ich bedanke mich zunächst sehr herzlich für die Einladung zu diesem Gipfeltreffen der Vergaberechts-„natives", zumal ich ein „Immigrant" bin und obendrein auch noch Ökonom, wahrscheinlich einer der wenigen im Saal. Wir haben im Vorfeld dieser Veranstaltung viel darüber diskutiert, ob der Zeitpunkt ein guter sei, weil bekanntermaßen Wahl ist und wir in den Ministerien eigentlich noch nicht sehr viel dazu sagen können, wo es denn langgehen soll. Wir sind aber doch zu der Auffassung gelangt, dass wir heute die Chance haben, das Ganze ergebnisoffen zu diskutieren. Die Kommission, EP und Rat sind mit ihrer Arbeit fast fertig, unsere Arbeit steht bevor und ich finde es sehr wichtig, von Ihnen Input zu bekommen, den wir auch gerne mitnehmen. Demzufolge ist natürlich das, was ich hier vortrage, zunächst Meinung der Fachebene im Bundeswirtschaftsministerium. Wir stehen im dauernden Dialog auch mit den Kollegen aus dem BMVBS. Ich betone das deshalb, weil natürlich politisch zu entscheiden sein wird, wie es bei den größeren Fragen der Umsetzung weitergehen wird.

Mein Statement gliedert sich in drei Teile. Ich will zuerst eine kurze Bewertung des Richtlinienpakets aus unserer Sicht geben. Dann möchte ich auf ein Sonderproblem kommen, das ich beschreiben möchte mit den Begriffen „Ausnahmebereiche" und „Rechtssicherheit". Und der dritte Punkt sind dann die zentralen Fragen der Umsetzung.

Wir sind uns sicher einig, dass mit dieser Neufassung der europäischen Regeln erstmals eine Art Single-Rule-Book für das Vergaberecht vorliegt. Wir haben ein umfassendes Regelungswerk, das den gesamten Vergabeprozess in relativ großer Detailliertheit regelt. Darin sind einige Urteile des EuGH kodifiziert. Wir haben zudem für die Dienstleistungskonzessionen ein Vergaberechtsregime, was auch Rechtssicherheit schafft, bei dem – das „leider", sage ich jetzt nur mal in Klammern – ein großer Bereich ausgeschnitten worden ist. Wir kommen darauf noch.

Wir müssen uns sicher vor Augen halten, dass dieser ganze Rechtssetzungsprozess auch von vielen Kompromissen geprägt worden ist. Das ist nun einmal so, wir sind heute bei der Rechtssetzung in einem Prozess der Rat, Kommission und das Parlament gleichermaßen involviert. Was da herauskommt, kann aus Sicht keines der Beteiligten die perfekte Lösung sein. Es sind einfach viele Kompromisse, denen wir aus deutscher Sicht am Ende zugestimmt haben. Das Ergebnis ist einstimmig verabschiedet. Ich möchte deshalb jetzt weniger Zeit auf eine Art Geschichtsstunde verwenden, was sich wer wie gewünscht hätte. Das, was jetzt vorliegt, ist der Kompromiss, mit dem wir zu arbeiten haben. Deshalb aus meiner Sicht der Blick nach vorne.

Lassen Sie mich eine kurze Bewertung geben. Die großen Ziele der Modernisierung sind genannt, es waren Vereinfachung, Entbürokratisierung, mehr Rechtssicherheit, stärkere Berücksichtigung strategischer Ziele. Ich glaube, es ist selbsterklärend, dass schon in diesem Zielkanon gewisse Widersprüche verankert sind, die dann irgendwie gelöst werden müssen. Lassen Sie mich zunächst aus meiner Sicht die Pluspunkte nennen. Wir haben ein umfassendes Vergaberecht, das sicherlich in einigen Bereichen mehr Rechtssicherheit bietet. Wir haben auch an einigen Stellen mehr Flexibilität. Die Rechtssicherheit haben wir zum Beispiel durch Kodifizierung der EuGH-Rechtsprechung zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit – ein schwieriges Feld, das uns auch bei der Umsetzung sicherlich sehr beschäftigen wird. Wir haben beispielsweise flexiblere Regelungen für die Auftraggeber zur nachträglichen Vertragsänderung. Auch dies ist ein gutes Ergebnis. Ein sehr wichtiger Punkt ist, wie ich denke, dass wir bei allen zusätzlichen Eignungs- und Zuschlagskriterien immer den Bezug zum Auftragsgegenstand haben. Das ist ein großer Diskussionspunkt gewesen. Ich glaube, da haben wir eine Lösung gefunden, mit der man am Ende des Tages leben kann. Was ich sehr begrüße ist, dass es nicht zu dem Toolbox-Approach gekommen ist, den die Kommission vorgeschlagen hat. Das heißt, dass wir jetzt alle Verfahrensarten umzusetzen haben. Wenn man auf europäischer Ebene das Vereinheitlichungsziel noch im Auge hat, war das sicherlich ein richtiger Schritt.

Auch zu begrüßen ist, bei allem Respekt, dass sich nicht alle Wünsche des europäischen Parlaments durchgesetzt haben. Das gilt beispielsweise für die Vorgaben zur stärkeren Kontrolle der Unterauftragnehmer oder für noch weitreichendere Vorgaben zum Art. 15 Abs. 2 der sog. Konformitätsklausel. Deren praktische Anwendung hätte

sicher große Schwierigkeiten gemacht. Dann hatte das EP auch weitere Ausnahmebereiche gefordert. Auch insoweit sind wir froh, dass das nicht alles zum Tragen gekommen ist. Bei der Konzessionsrichtlinie ist, wie ich schon sagte, sicherlich zu begrüßen, dass wir mehr Rechtssicherheit haben, auch, dass der Marktzugang verbessert wird. Dass große Bereiche (Wasser) nach einer intensiven Diskussion ausgenommen wurden, bedaure ich persönlich; dies mag damit zu tun haben, dass ich auch für den Bereich des Kartellrechts im Ministerium zuständig bin, da hätte man sich andere Lösungen wünschen können.

So, dieses waren die Pluspunkte, lassen Sie mich schlagwortartig ein paar Minuspunkte nennen. Ich denke, dass das Ziel der Vereinfachung und Bürokratisierung doch wohl nur bedingt erreicht worden ist. Einfacher wird es nur an manchen Stellen werden, insgesamt ist es auch etwas dichter geregelt als bisher. Der zweite Punkt: das Vergaberecht ist stärker politisiert. Nehmen Sie mir diese Pointierung nicht übel, aber ich komme noch aus den Zeiten, als wir das Schlagwort „vergabefremde Kriterien" kannten. Das heißt heute „strategische Ziele". Es bleibt bei der schwierigen Gratwanderung, die wir machen müssen, wenn wir mit dem Vergaberecht Ziele erreichen wollen, die sicherlich erreichenswert sind, die man vielleicht aber auf anderem Wege regeln könnte. Das ist eine sehr grundsätzliche Frage, deshalb nur diese Randbemerkung. Ich sagte schon, der Bezug zum Auftragsgegenstand ist geblieben.

Ich gehe davon aus, dass die Probleme, die aus diesen Punkten resultieren, vor allen Dingen in der Vergaberechtspraxis zu lösen sein werden. Dazu werden wir sicherlich in der Diskussion noch vieles hören.

Lassen Sie mich jetzt zu dem einen Sonderproblem kommen, das ich benennen wollte. Wir haben in den Richtlinien jetzt eine Reihe von Ausnahmebereichen. Und wenn man sich das auch als Nichtjurist genauer anschaut, dann erschließt sich, dass es sehr unterschiedliche „Ausnahmebereiche" sind. Es sind, ich benenne es einmal so, deklaratorische und konstitutive Ausnahmebereiche. Es sind zum einen Sachverhalte beschrieben, die eigentlich nicht ausgenommen sind, sondern die gar nicht in die Richtlinie gehören und zum anderen sind Bereiche benannt, die dann wirklich Ausnahmen sind. Ich erspare uns jetzt die Überlegungen, was eigentlich die Regeln zu Inhouse-Zusammenarbeit sind. Das ist wahrscheinlich eine Definition des Anwendungsbereichs. Sie steht formal aber auch im Kapitel über Ausnahmen. Soweit es um wirkliche Ausnahmen geht, bleibt es dabei, dass das Primärrecht anwendbar ist. Und es stellt sich die ganz praktische Frage, wie sich ein Auftraggeber verhalten muss, um in diesen Bereichen ein Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission wegen Verstoß gegen das Primärrecht zu vermeiden. Wir haben für die sozialen Dienstleistungen in Art. 74 ff. ein ganz einfaches Verfahren. Ist dies das richtige Verfahren? Kommen wir zurück auf die Unterschwellenmitteilung von 2006 oder brauchen wir gar eine aktualisierte Unterschwellenmitteilung, die uns sagt, was wir in diesem Bereich brauchen? Denn es ist eine Tatsache, dass es Vergaben geben wird in diesem Bereich. Da muss

irgendetwas geschehen. Ich erlaube mir auch für die Diskussion die Frage, ob man unter diesem Gesichtspunkt nicht vielleicht die gesamte Herausnahme des Bereichs Wasser aus der Konzessionsrichtlinie einen Pyrrhussieg nennen könnte. Ich bin gespannt auf die Diskussion zu diesem Punkt.

Ich will unsere zentralen Fragen bei der Umsetzung vorstellen. Erste Frage ist, was setzen wir um, welche Inhalte setzen wir um, welche Spielräume nutzen wir? Die zweite sehr spannende Frage ist, in welcher Struktur setzen wir das um? Und die letzte Frage ist, welche zusätzlichen Regelungen brauchen wir? Dazu nenne ich einmal das Schlagwort Korruptionsregistergesetz. Ich greife gern den Punkt Statistik auf und kann an dieser Stelle schon sagen, dass wir gerade dabei sind, ein Gutachten zu vergeben, um eine geeignete Statistikmethode inklusive praktischer Umsetzung für die Bereiche oberhalb und unterhalb der Schwellen zu erarbeiten. Die soll dann auch verschiedene Vergabeformen und auch die Berücksichtigung bestimmter strategischer Ziele wie Nachhaltigkeit bei der Vergabe erfassen. Ich bin als Ökonom immer nur erstaunt und quäle meine Mitarbeiter seit vier Jahren mit dem Thema, dass wir in Deutschland kein belastbares Zahlenmaterial haben. Und insbesondere wenn wir strategische Ziele mit der Vergabe verfolgen wollen, brauchen wir eigentlich belastbare quantitative Aussagen, was wir eigentlich zu welchem Ziel wie beitragen wollen. Auch dies ein sehr schönes Thema für die Diskussion.

Noch kurz ein paar Schlagworte, noch keine Positionierung, wo wir bei der Umsetzung Spielräume haben: Der Vorrang des offenen Verfahrens ist ein Thema, Flexibilität für subzentrale Auftraggeber, die Vorgaben zur Losvergabe sind zwar jetzt verschärft, aber sie sind nicht wie im deutschen Recht zwingend. Wir haben die Änderung der Prüfungsreihenfolge bei den Zuschlags- und Eignungskriterien oder genauer die Möglichkeit der Änderung. Und wir haben Regelungen zu den Ausschlussgründen und zur Compliance, insbesondere zur Selbstreinigung. Das sind sehr wichtige Felder. Die zwingend umzusetzenden Vorgaben sind Ihnen bekannt, öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit, elektronische Vergabe, bestimmte Details der Zuschlagskriterien. Zu den neuen bzw. zusätzlichen Regelungen: Das Thema Korruptionsregistergesetz werden wir mit Sicherheit aufgreifen, da gab es in dieser Legislaturperiode einen Vorstoß der aus der Opposition kam, inhaltlich eigentlich von allen Parteien geteilt wurde, aber ungeachtet dessen abgelehnt wurde.

So, jetzt komme ich sicherlich zu einer sehr spannenden Frage. In welcher Form setzen wir um? Ich sage einmal sehr vereinfacht, es gibt drei Möglichkeiten. Die eine ist die Beibehaltung des Status quo in Form der Kaskade mit einigen Durchbrechungen. Es gäbe weiterhin die Möglichkeit einer Umsetzung, jedenfalls im Oberschwellenbereich, in Gesetz und Verordnung und dann könnte man sich auch noch weniger schöne Hybridlösungen überlegen, wie wir sie bei der von mir respektlos so bezeichneten „Rüstungsrichtlinie“ verwendet haben.

Ich nenne im Folgenden einige Argumente, die man für die verschiedenen Optionen anführen kann. Für die Beibehaltung spricht natürlich zunächst, dass man an bewährten Strukturen festhält. Dagegen lassen sich aus meiner Sicht vier Punkte anführen. Der erste ist die Frage der Anwenderfreundlichkeit. Klare und übersichtliche Regelungen könnten das Leben von Auftraggebern und Auftragnehmern erleichtern. Der zweite ist, dass wir eine enge Umsetzungsfrist haben. Ich erinnere daran, dass wir sehr schwierige Mehrheitsfindungsprozesse haben werden und die politische Verantwortung für die rechtzeitige Umsetzung letztlich vom federführenden Wirtschaftsministerium zu tragen ist. Wenn wir die Richtlinien nicht rechtzeitig umsetzen, gelten sie teilweise unmittelbar. Dann haben wir die Frage, ob wir nicht ohnehin bei dem großen Kanon zwingend umzusetzender Regelungen einen erheblichen Teil ins Gesetz oder in Verordnungen transportieren müssen und ob nicht auch das Parlament ein großes Interesse haben müsste, über diese Regelung unmittelbar zu beschließen. Als letzten Punkt möchte ich zur Diskussion stellen, dass zu erwarten ist – und Herr Almeida hat das erwähnt – dass viele Mitgliedstaaten diese Regelungen komplett übernehmen werden, weil sie bisher nichts Vergleichbares haben. Aus Sicht eines exportorientierten Landes sollte man doch überlegen, ob es für die deutsche Wirtschaft nicht auch gut wäre, dann in Europa in allen Ländern ein vergleichbares Vergaberechtsregime zu haben. Mit diesen Anregungen zur Diskussion möchte ich enden.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Podiumsdiskussion: Die neuen Vergaberichtlinien der Europäischen Union

Stand des Gesetzgebungsvorhabens Inhalt und Bewertung der Richtlinien

Statement

Jochem Gröning

Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe

Herr Otting, Sie haben eingangs gefragt, ist es ein großer Wurf, ist es Stückwerk, haben wir es mit einem Paradigmenwechsel tun? Wir haben sicherlich einen Paradigmenwechsel insoweit, als wir eine Konzessionsrichtlinie bekommen werden. Das ist das Gegenteil von dem Zustand, den wir vorher hatten. Bei der Vergabekoordinierungsrichtlinie ist es vielleicht nicht angemessen zu fragen, ob sie ein Paradigmenwechsel im Ganzen oder ein großer Wurf im Ganzen ist, sondern vielleicht besser und fairer zu fragen, ob sie im Einzelnen Teile enthält, die einen Paradigmenwechsel darstellen oder einen großen Wurf. Deshalb habe ich meinen Beitrag so strukturiert, dass ich einmal die Richtlinie ganz einfach von vorne bis hinten durchgehe und schaue, was ist da spektakulär, was hat das Zeug zum Paradigmenwechsel? Dann würde ich mich anschließend kurz mit dem Aspekt der Vereinfachung und Entbürokratisierung befassen und die Gelegenheit nutzen, ein paar mir kritisch erscheinende einzelne Regelungen aufzugreifen und ich schließe mit einem kleinen Ausblick oder meinem kleinen bescheidenen Wunschzettel für die Umsetzung.

Ich komme zuerst zu den neuen Regelungen. Das erste was ins Auge fällt, ist ganz vorne der Schwellenwert von 750.000 Euro für bestimmte besondere Dienstleistungen, vornehmlich im sozialen Bereich, Rettungsdienste eingeschlossen und dazu korrespondierend ein vereinfachtes Verfahren in Art. 74. Das geht schon in Richtung Paradigmenwechsel, hier wird mal etwas Freiraum gelassen, der vorher nicht war.

Natürlich ist die Kehrseite der Medaille, dass man die Dienstleistungen ansonsten – soweit sie nicht Ausnahmen darstellen – einheitlich regelt, was mir allerdings auch durchaus vorzugswürdig erscheint. Der nächste Punkt der auffällt und auch schon genannt wurde, ist die Möglichkeit von Verhandlungsverfahren und wettbewerblichem Dialog bei besonderen Verträgen mit speziellen Anforderungen; das ist ein größerer Katalog im Art. 24 und da ist vielleicht als ein markantes Beispiel zu nennen, dass diese Verfahren erlaubt sein sollen bei Verträgen, die konzeptionelle oder innovative Lösungen erfordern. Das ist auch ein Schritt hin zur Flexibilität, der mir begrüßenswert erscheint. Dann – da geht es mir so wie bei Erfindungen, es ist doch eigentlich ganz einfach, warum ist man da nicht schon lange drauf gekommen – Art. 38, die Mitgliedstaaten übergreifenden Kooperationsmöglichkeiten, sozusagen die Vollendung des Binnenmarktes auf Nachfrageseite. Ich bin ganz froh, dass Sie, Herr Dobler, bei der Umsetzung zuständig sind, denn Sie kommen ja vom Kartellrecht, da kann man vielleicht auch einmal über das Problem der Nachfragemacht nachdenken.

Der nächste Punkt der sicherlich ins Auge fällt, ist salopp gesagt, dass die Kommission ihr Herz für die kleinen und mittleren Unternehmen entdeckt hat, Art. 44 mit der Losvergabe. Die Regelung begünstigt, ich sehe es genauso wie Herr Nunes de Almeida es vorgestellt hat, die kleinen und mittleren Unternehmen. Diese werden auch bei der Eignung begünstigt bei Nachweispflichten hinsichtlich ihrer Umsätze. Diesbezüglich war nach dem Kompromisstext vom November 2012 vorgesehen, dass sie das Dreifache des Auftragswertes an Umsatz vorzuweisen haben sollten. Da ist man nochmal runtergegangen und verlangt nur das Doppelte. Das ist vielleicht schon ein Risikogeschäft, was da auf die Auftraggeberseite zukommen könnte.

Ganz spektakulär ist sicherlich die Modifikation bei den Zuschlagskriterien. Wir haben es jetzt zu tun mit der Wirtschaftlichkeit, und zwar auf Basis des Preises oder der Kosten unter Verwendung eines Kosten-/Nutzenansatzes, so müsste das in der Übersetzung lauten. Ich sage das absichtlich etwas gespreizt, weil ich schade finde, dass der Kompromissvorschlag vom 30. November in diesem Punkt wie mir scheint etwas verwässert oder vielleicht sogar vernebelt worden ist. Da hat es klipp und klar geheißen, der Zuschlag wird erteilt nach dem Kriterium der Wirtschaftlichkeit – so wie wir das bisher verstanden haben, mit einer Auswahl aus dem bekannten Strauß von Wirtschaftlichkeitskriterien, die der Ausschreibung zugrunde gelegt werden sollten. Oder aber die günstigsten Kosten sind maßgeblich, und die wiederum hätten ermittelt werden können nach dem niedrigsten Preis oder aber nach einem Kosten-/Nutzenansatz. Und jetzt wird alles so ein bisschen zusammengerührt, es kommt noch hinzu das Preis-/Leistungsverhältnis („price-quality-ratio"), das soll auch noch einfließen können, wenn auch nicht zwingend. Und da bin ich ein bisschen enttäuscht, dass das am Ende so nivelliert wurde, bei recht gutem und begrüßenswertem Ansatz. Auch in der Folge scheint mir das ein bisschen bürokratielastig zu sein, wenn man zum Beispiel bei dem

Kosten-/Nutzenansatz an die vorgesehene Lebenszykluskostenberechnung denkt. Das ist ja eine Möglichkeit, diese Berechnung auszufüllen; es scheint unausgesprochen auch die Möglichkeit zu geben, andere Kriterien und Parameter zugrunde zu legen, aber mir scheint da wieder eine gewisse Gefahr der Überbürokratisierung in den einzelnen Vergabeverfahren zu drohen. Die Auftraggeberseite soll die Daten nennen, die die Bieterseite bereitstellen soll und dann – dahinter steht sicherlich der Transparenzgedanke – die Methoden offenlegen, nach denen sie die Lebenszykluskosten berechnen will. Sicherlich ist dies unter dem Gesichtspunkt der Transparenz begrüßenswert, aber meines Erachtens erkauft durch hohen bürokratischen Aufwand.

Bei der Wertung ist dann noch aber ein – wie ich finde – Highlight zu finden, das auch schon angesprochen worden ist. Es können berücksichtigt werden „die Organisation, die Qualifikation und die Erfahrung des für die Vertragsabwicklung vorgesehenen Personals, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Qualität der Erfüllung signifikant durch die Qualität des Personals beeinflusst werden kann". Das ist das Spiel mit dem Feuer, sozusagen zwischen Eignung und Wirtschaftlichkeit. Wir haben eine seit langen Jahren eindeutige Auslegung der Vergabe- und Vertragsordnung durch den Bundesgerichtshof. Die basiert auf der Annahme, dass das Modell der VOB/A gewollt ist, so wie es in den Entscheidungen von 1998 schon zum Ausdruck kommt, dass also bessere Eignung nicht bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung berücksichtigt werden darf. Aber das Ergebnis ist nicht zwingend. Der Umstand, dass die Diskussion, ob es sachgerecht ist, nie abgerissen ist, zeigt, dass da irgendwo ein Spannungsverhältnis ist und ich würde mich freuen, wenn da etwas Bewegung auch bei der Umsetzung in die Regelungsmaterie käme. Das lässt sich ja auch enger oder weiter auslegen. Bis zu welchem Punkt ist es möglich, die Qualität des Personals für die Vertragsabwicklung zu berücksichtigen? Das scheint mir eine Position zu sein, in der nicht unbeträchtliche Umsetzungsspielräume bestehen könnten.

Ich komme zum Thema Vereinfachung und Entbürokratisierung. Das ist auch schon zur Sprache gekommen in Zusammenhang mit der Losvergabe. Es ist im Ausgangspunkt so vorgesehen, dass die Auftraggeber im Einzelfall erklären, warum sie nicht in Losen vergeben wollen. Das bereits ist eine Steuerungsmaßnahme, der sanfte Druck, durch Lose zu vergeben, wenn nicht, soll es erläutert werden oder aber – und das haben wir ja im Ansatz schon im GWB, wie ich finde vielleicht in Vollendung – man regelt es gesetzlich und hat dann eine allgemeine Grundlage, anhand der man das Vorgehen der Auftraggeber dann im einzelnen Vergabeverfahren überprüfen kann. Ein weiterer Punkt, der sicherlich der Vereinfachung und Entbürokratisierung dient, ist, dass die Auftraggeber in den offenen Verfahren die Wirtschaftlichkeit der Angebote überprüfen können, bevor sie die Eignung und das Vorliegen von Ausschlussgründen prüfen. Das machen wir aber in Deutschland, wenn ich das richtig sehe, auch schon seit langem. Aber es geht ja auch um die Umsetzung in Europa. Das ist möglicherweise nicht in allen Ländern so. Das Gleiche gilt für etwas, was wir ja auch schon

kennen, die – ich nenne es mal so – vorläufige Nachweismöglichkeit durch Eigenerklärungen.

Kritikwürdige Einzelregelungen sind in letzter Minute hineingekommen im Zusammenhang mit den Inhouse-Geschäften. Da ist ja doch gestattet worden, wenn auch unter gewissen Auflagen, die Beteiligung privaten Kapitals am kontrollierten Unternehmen. Ich möchte das mal als Sündenfall gegenüber dem Kompromisstext bezeichnen, der das eben nicht vorgesehen hat und zwar deshalb, weil ich einfach nicht mehr glauben kann, dass es für den Staat und das Gemeinwesen besser wird, wenn man die öffentlichen Leistungen durch Unternehmen ausführen lässt, die ihrer Bestimmung gemäß damit Gewinn erwirtschaften wollen und müssen.

Ein älteres Anliegen, das nicht jetzt erstmalig durch diese neue Richtlinie ausgelöst worden ist, ist das Konzept der Mindestanforderungen und in dem Zusammenhang die Zuschlagskriterien bei Varianten. Es müssen ja, wenn Varianten vorgesehen sind, bestimmte Mindestanforderungen erfüllt werden, die eben dementsprechend auch definiert werden müssen. Ich finde diesen Ansatz einerseits zu weit, also zu unverbindlich gegenüber dem Kriterium, das wir in Deutschland, wenn auch eher unausgesprochen, anwenden würden, nämlich dem Kriterium der qualitativen Gleichwertigkeit. Also demgegenüber sind die Richtlinienentwürfe etwas unverbindlicher, auf der anderen Seite dann aber einengender, weil ja Mindestbedingungen festgelegt werden müssen, was meines Erachtens das ausgesprochene Anliegen der Richtlinie konterkariert, die Innovationskraft der beteiligten Unternehmen voll auszuschöpfen. Da hätte ich mir gewünscht, dass das ganze Konzept geändert worden wäre. Natürlich ist es nicht neu entstanden durch diese Richtlinie, aber man hätte es ja, wenn ich das jetzt mal etwas polemisch sagen darf, besser machen können. Es hat sich dann auch in unserer Praxis anhand eines Falles gezeigt, dass man vielleicht nicht allzu unflexibel sein sollte bei der Ausgestaltung der Zuschlagskriterien, gerade im Zusammenhang mit Varianten. Es hat sich in einem Fall der Postdienstleistungen gezeigt, dass es außerordentlich sachgerecht sein kann, Hauptangebote nur nach dem Preis zu werten. Der Fall zeigt aber auch, dass es sehr wohl sinnvoll sein kann, trotzdem Nebenangebote zuzulassen. Und Sie kennen das Dilemma was dann dadurch heraufbeschworen wird. Wie kann man bewirken, dass trotzdem eine transparente Entscheidung dabei herauskommt? Das ist außerordentlich schwierig. Es ist ja in dem betreffenden Fall durch Zeitablauf nicht dazu gekommen, dass der EuGH dieses Problem hätte für uns verbindlich lösen können. Da könnte ich mir zumindest mal für die Zukunft vorstellen, dass man vielleicht ein bisschen versucht, die Zügel etwas lockerer zu lassen und ein gewisses Maß an Flexibilität in die Vergabevergaben hereinzubringen. Manchmal wird, wenn man alles regeln will und dabei vermeiden will, dass Auftraggeber willkürlich handeln, unverhältnismäßig, was am Ende dabei herauskommt.

Dann komme ich schon zu meinen Wünschen für die Umsetzung. Es fällt ja doch auf, dass die neue Vergabekoordinierungsrichtlinie jetzt schon die zweite ist, die den ge-

samten Bereich der Bauliefer- und Dienstleistungen einheitlich erfasst und ich frage mich natürlich auch, ob das nicht ein sinnvolles Vorbild für die Umsetzung ist. Die Diskussion führen wir ja auch nicht zum ersten Mal und die unterschiedlichen Auffassungen sind bekannt und ich meine, dass es auch unter dem Gesichtspunkt des Demokratieverständnisses vielleicht angezeigt wäre, wenn der Staat direkteren Einfluss nehmen könnte auf die Ausgestaltung der Regelungen über das Vergabeverfahren, als es jetzt der Fall ist. Was ich mir dann noch wünsche ist, was ich angedeutet habe bei meinen Problemen mit den Zuschlagskriterien bei Varianten insgesamt, dass Flexibilitätsmöglichkeiten, die die Richtlinie bietet, in größtmöglichen Umfang ausgeschöpft werden.

Podiumsdiskussion: Die neuen Vergaberichtlinien der Europäischen Union

Stand des Gesetzgebungsvorhabens Inhalt und Bewertung der Richtlinien

Statement

Niels Lau

Bundesverband der Deutschen Industrie e. V., Berlin

1. Grundsätzliches

Vor dem Hintergrund der ökonomischen Bedeutung des öffentlichen Auftragswesens im europäischen Binnenmarkt und in der Bundesrepublik Deutschland mutet es zunächst seltsam an, dass nach den Reformen der Jahre 2004 und 2009 nun erneut eine Revision des Vergabewesens auf Brüsseler Ebene angestoßen worden ist.

Von Anfang an waren ganz offensichtlich divergierende Triebkräfte und Zielsetzungen der nun anstehenden Reform auszumachen: einerseits das Ziel der Stärkung des Binnenmarktes, insbesondere vor allem ein Mehr an Transparenz, andererseits Forderungen nach Reduzierung des Geltungsbereichs der Richtlinien, zum Beispiel für die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit und Soziale Dienste; weiter das Ziel der Vereinfachung des Vergaberechtsrahmens gegenüber Forderungen nach weitergehender Kodifizierung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und damit ein Zuwachs an Rechtsvorschriften, insbesondere bei Konzessionen; und letztlich das Ziel der Erleichterung der Teilnahme an Ausschreibungen für kleine und mittlere Unternehmen gegenüber erweiterter Zulassung vielfältiger politischer, insbesondere sozialrechtlicher Vorgaben.

Forderungen nach diversen Änderungen standen dem Bedürfnis vieler Anwender nach Kontinuität des Rechtsrahmens gegenüber, und trotz großer Komplexität der

Sachthemen wurden extrem enge Zeitvorgaben für die Reform seitens der Spitze der Kommission vorgegeben.

Deshalb ist es wichtig, noch einmal die eigentlichen Reformeckpunkte aufzuzeigen.

2. Einzelheiten

2.1. Richtlinien für die Vergabe öffentlicher Aufträge und Sektorenaufträge

Positiv zu beurteilen sind die grundsätzliche Beibehaltung des Geltungsbereichs und der Schwellenwerte der Richtlinien (Art. 4 ff.) – wobei allerdings die Erhöhung der Schwellenwerte für Soziale Dienste nicht angemessen ist –, die Aufhebung der Unterschiede in A- und B-Dienstleistungen – wobei die weitgehende Ausnahme für einzelne Bereiche (hier ebenfalls die Sozialen Dienste) nicht ohne Weiteres nachvollziehbar ist –, die Erleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen insbesondere hinsichtlich der Nachweise zur Eignung und Leistungsfähigkeit (Art. 56) – vor allem im Hinblick auf das Gebot der Angemessenheit der geforderten Nachweise im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit –, das Gebot der Verhältnismäßigkeit der geforderten Nachweise mit Blick auf den Gegenstand und die Beschränkung geforderter Nachweise über den Mindestjahresumsatz des Bieters auf das Zweifache des Auftragswertes.

Ebenfalls begrüßenswert ist die Selbstreinigungsmöglichkeit von Unternehmen bei ernsthafter und nachvollziehbarer Überwindung fehlerhaften Verhaltens (Art. 54 Abs. 4). Denn die Einführung einer europaweit geltenden Legislativvorschrift für Fälle der Selbstreinigung ist zu begrüßen, da die Rechtslage in den Mitgliedstaaten bislang stark divergierte und insoweit europaweit Rechtsunsicherheiten herrschten. Wettbewerbsförderndes Verhalten wird zudem nun ausdrücklich belohnt.

Ebenfalls – vorsichtig – zu begrüßen sind die Formulierungen grundsätzlicher Prinzipien für die Zuschlagserteilung, also die Stärkung des Prinzips der Erteilung nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot (Art. 66). Allerdings sind die neuen Vorschriften sehr kompliziert formuliert, und eine Vorgehensweise nach dem günstigsten Preis ist letztlich damit nicht ausgeschlossen.

Positiv ist zu verzeichnen, dass nun auf die Lebenszykluskosten deutlicher abgestellt werden kann (Art. 67). Allerdings war eine Berücksichtigung dieser Betrachtung auch bereits nach der geltenden Rechtslage möglich.

Gut aus Sicht der Industrie ist ebenfalls die Abschwächung der geplanten Vorschriften zur nationalen Aufsicht („Governance", Art. 83). Denn die nun gefundenen Fassungen der Vorschriften sind gegenüber dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag stark reduziert worden und es wird kein absoluter Zwang zur Einrichtung neuer umfassender Aufsichtsstellen vorgesehen. Damit werden der Aufbau unnötiger neuer Bürokratie und ein drohender neuerlicher Rechtswegewirrwarr vermieden. Letztlich ist der letztgenannte Punkt allerdings kein Fortschritt gegenüber dem status quo der geltenden

Richtlinien, sondern schwächt nur den ursprünglichen Reformvorschlag in den Entwürfen ab.

Negativ zu beurteilen sind dagegen die folgenden Punkte:

Die erhöhten Schwellenwerte und Sonderregeln für Soziale Dienste sowie die Zulassung vollständiger Ausnahmeregelungen für karitative Organisationen auf Basis der nationalen Ausnahmevorschriften gestalten sich aus Sicht der anbietenden Wirtschaft als binnenmarkt- und transparenzfeindlich. Das bedeutet nicht, die Bedeutung Sozialer Dienste in Abrede zu stellen; gleichwohl ist eine Ausnahme von den Vergabe- und Transparenzvorschriften aber sachlich nicht angemessen. Denn auch hier geht es um Verwendung von Steuergeldern, die fairen Wettbewerb und Transparenz erfordern. Im Übrigen ist das oft vorgetragene Argument, diese Dienste seien nicht „beschreibbar", unzutreffend.

Aus Sicht der Industrie besonders negativ zu beurteilen, ist jedoch der Umstand, dass erneut die Fälle öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit von der Ausschreibungspflicht ausgenommen werden sollen (Art. 11), denn direkte Vergaben ohne Ausschreibung sollen künftig zulässig sein, wenn die Stelle, an die der Auftrag vergeben werden soll, mindestens 80 % für die beauftragende oder andere öffentliche Stellen tätig ist und wenn bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit an der Stelle, an die der Auftrag vergeben werden soll, eine nicht direkte private Beteiligung besteht. In ersten Äußerungen zu den Ergebnissen des Trilogs hat die EU-Kommission betont, die Neuregelung orientiere sich an den diesbezüglichen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs in den Fällen „Stadt(reinigung) Hamburg" und „Lecce". Das ist jedoch nur teilweise richtig und darüber hinaus irreführend. Denn die neue Regelung weicht nun gravierend von der bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ab, die ursprünglich den Maßstab für die Kodifizierung bilden sollte, und negiert ebenso die bisher wohl ganz herrschende Meinung im Vergaberecht. Sie läuft zugleich zentralen Zielsetzungen der „Binnenmarktakte I" der EU-Kommission entgegen, in deren Kontext die Vergaberechtsreform steht, und lässt sich nur als Rückschritt für Binnenmarktprinzipien und Transparenz werten.

Ebenfalls besonders negativ, ist die ausgedehnte Regelung zur „strategischen Vergabe" bzw. zur Zulässigkeit politischer Vorgaben bei der Auftragsvergabe und damit die Lockerung des strikten Auftragsbezugs bei den Zuschlagskriterien zu werten (Art. 66 Abs. 3). Es bleibt zwar prinzipiell bei dem Grundsatz, dass allgemeine politische – also umweltbezogene oder soziale – Aspekte bei der Vergabe nur dann gefordert werden können, wenn sie in unmittelbarem Zusammenhang zum Auftragsgegenstand stehen („direct link to the matter of contract"). Zu kritisieren ist aber, dass dieses wichtige Prinzip nun durch Ausnahmen relativiert wird, die im Rahmen der Zuschlagskriterien und der Vorgabe von politischen Aspekten auf den sogenannten „spezifischen Produktionsprozess" zurückgreifen. Hier wird ein unbestimmter Rechtsbegriff eingeführt, der keinesfalls zur Vereinfachung der Materie beitragen wird.

Die Pauschalverpflichtung zur Einhaltung umwelt- und sozialrechtlicher Vorgaben auch jenseits des national und europäisch gesetzten Rechts bei der Ausführung öffentlicher Aufträge (Art. 15 Abs. 2), also Tarifrecht und internationale Abkommen, müssen unter dem Gesichtspunkt der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit ebenfalls sehr kritisch bewertet werden. Dieses gilt sowohl bezüglich der geforderten Verpflichtung der Mitgliedstaaten, entsprechende Maßnahmen zu treffen, als auch im Hinblick auf die Pflichtenerweiterung für vor allem kleine und mittlere Unternehmen, denen nun wohl ein erheblicher Zusatzaufwand abverlangt wird. Die Vorschrift ist im Übrigen ein Paradebeispiel für eine angesichts des übertriebenen Zeitdrucks nicht hinreichend ausdiskutierte, schlecht geschriebene Kompromissvorschrift in einer höchst unstreitigen Materie, die auch und vor allem durch politische Vorgaben beeinflusst wurde.

Kritisch zu bewerten ist ebenso die zwingende Einführung der elektronischen Vergabe (Art. 19 und Art. 92 Abs. 2). Die mit der Reform von Anfang an beabsichtigte zwingende Einführung der elektronischen Vergabe einschließlich der elektronischen Angebotsabgabe wird im Ergebnis beibehalten, allerdings mit etlichen Ausnahmetatbeständen für besondere Fälle, zudem mit der Möglichkeit einer um bis zu 54 Monate nach Inkrafttreten verzögerten Einführung in den Mitgliedstaaten, wobei diese Ausnahme nicht per se für elektronische Verfahren wie Auktionen gilt.

Einer zwingenden Einführung der elektronischen Vergabe ohne Rücksicht darauf, ob zum maßgeblichen Zeitpunkt die unabdingbare Interoperabilität in der EU tatsächlich erreicht ist, steht die deutsche Industrie eher zurückhaltend bis ablehnend gegenüber. Denn solange mannigfache und unterschiedliche technische Anforderungen an die elektronische Angebotsabgabe fortbestehen, führt die elektronische Vergabe für die zumeist gesamteuropäisch anbietende Wirtschaft nicht zu Einsparungen, sondern zu bürokratischem Mehraufwand. Auch zuletzt angeführte gute Erfahrungen einiger kleinerer Insellösungen mit zwingender Anwendung, wie zum Beispiel in Portugal, vermögen über die Notwendigkeit funktionierender gesamteuropäischer Interoperabilitätsstandards nichts auszusagen. Um Missverständnissen vorzubeugen: Der Bundesverband der Deutschen Industrie hat sich von Anfang an stets aktiv für die Schaffung der elektronischen Vergabe auf nationaler und europäischer Ebene eingesetzt. Es ist auch kein Zufall, dass die Abschaffung der Rechtshemmnisse für den elektronischen Handelsverkehr im deutschen Vergaberecht – beginnend in der VOB – insbesondere auf Vorarbeiten des BDI zurückgehen und die Freischaltung des ersten deutschen echten Pilotprojekts zur elektronischen Vergabe im Hause des BDI erfolgte. Aber es muss klar sein, dass allein die Setzung einer zwingenden Frist nicht hilft, solange nicht die unabdingbaren Voraussetzungen für die Praxis geschaffen wurden. Alle Kraft muss daher in die Schaffung einer gesamteuropäischen Interoperabilität der Vergabeplattformen investiert werden. Ob die Frist für die Verzögerung der Einführung der elektronischen Vergabe von 54 Monaten dazu ausreicht, lässt sich nach den konkreten Erfahrungen

bislang nicht sicher abschätzen. Jedenfalls sollte für die europäische Standardisierungsinitiative das laufende deutsche Projekt „XVergabe" als Vorbild dienen.

Es ist auch ein Fehler, ein hoch kompliziertes Verfahren wie das dynamische Beschaffungssystem (Art. 32) aufrecht zu erhalten, das seit seiner Schaffung in der letzten Vergaberechtsreform 2004 umstritten war und in der Praxis fast keinerlei Anwendung gefunden hat. Auch nach Überarbeitung erscheint die Vorschrift mit sieben langen Absätzen weiterhin zu kompliziert.

Die elektronische Auktion (Art. 33) mit ihren Ausnahmebestimmungen zu Gunsten gewisser Bau- und Dienstleistungen, die intellektuelle Leistungen zum Gegenstand haben, erscheint zu vage. Dem Gesichtspunkt der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit wären insoweit deutliche und umfassende Bereichsausnahmen insbesondere für den Gesamtbereich der Bauaufträge angemessen gewesen.

Die Erstreckung der Verpflichtung zur Überwachung der Einhaltung umwelt- und sozialrechtlicher Vorgaben auch jenseits des nationalen und europäischen Vergaberechts in Bezug auf Unterauftragnehmer (Art. 71 Abs. 1) und die diesbezüglichen Aufsichtspflichten durch nationale amtliche Stellen, sind nachdrücklich zu kritisieren. Unterauftragnehmer sind in ihren Verpflichtungen gegenüber dem Auftragnehmer gebunden. Weitergehende Verpflichtungen des Unterauftragnehmers und diesbezügliche staatliche Überwachungspflichten zu statuieren, führt zu einer weiteren unangemessenen Überfrachtung des Öffentlichen Auftragswesens. Es dürfte eher zur Abschreckung vor einer Beteiligung am Ausschreibungsverfahren insgesamt dienen und vor allem mittelstandsfeindlich wirken.

Die Neufassung der Direktzahlungen des Auftraggebers an den Unterauftragnehmer (Art. 71 Abs. 3) schreibt vor, dass Mitgliedstaaten vorsehen können, dass der Auftraggeber auf Antrag des Unterauftragnehmers Direktzahlungen an diesen vornehmen kann, soweit die Natur des Auftrags dies erlaubt. Diese Regelung ist nicht sinnvoll. Sie läuft den allgemein bewährten Prinzipien des Vertragsrechts und der Praxis zuwider, wonach sich grundsätzlich jeder Wirtschaftsteilnehmer an seinen unmittelbaren Vertragspartner zu halten hat. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Auftraggeber ein Widerspruchsrecht haben soll. Derartige Vorschriften bringen keine nennenswerten Vorteile, sondern schaffen mehr Aufwand und Streitanfälligkeit.

2.2. Zur Konzessionsrichtlinie

In der deutschen Industrie bestand nach dem Ergebnis wiederholter Umfragen, vertiefter Diskussionen und Prüfung von Alternativen nach ganz überwiegender Auffassung kein dringendes Bedürfnis nach Schaffung einer neuen Legislativregelung für Konzessionen. Vielmehr hat die deutsche Industrie stets für Transparenz und Ausschreibungspflicht auch bei Dienstleistungskonzessionen plädiert, die bei großen und umfangreichen Konzessionen bereits jetzt aufgrund der ständigen Rechtsprechung

des Europäischen Gerichtshofs besteht. Der Bundesverband der Deutschen Industrie begrüßt eine ausdrückliche legislative Klarstellung der Ausschreibungspflicht auch für große Dienstleistungskonzessionen, hätte allerdings eine schlankere Regelung bevorzugt.

Positiv zu beurteilen ist daher die ausdrückliche Ausschreibungspflicht nun auch für Dienstleistungskonzessionen als gesetzliche Klarstellung. Ebenso positiv zu bewerten ist die Anwendbarkeit der Rechtsmittelrichtlinien, die nun für alle Konzessionen im Geltungsbereich der Konzessionsrichtlinie gelten sollen, also auch für Dienstleistungskonzessionen.

Negativ dagegen ist zu bewerten, dass der Geltungsbereich sich auch auf Sektorenauftraggeber erstrecken soll. Die bisherige Beschränkung der Baukonzessionsregelung auf klassische öffentliche Auftraggeber war darin begründet, dass die Sektorenauftraggeber durch ihre in der Regel größere Wirtschaftsnähe und diesbezügliche Erfahrungen keiner gesetzlichen Vorschriften zu Konzessionen bedurft haben. Da sich an dieser Tatsache nichts Grundlegendes geändert haben dürfte, bestand jedenfalls für die nun vorgesehene generelle Einbeziehung der Sektorenauftraggeber kein dringendes Bedürfnis.

Viel schwerer wiegt aber die Ausnahme des Wassersektors aus dem gesamten Geltungsbereich der Konzessionsrichtlinie. Die Begründung dafür trägt nicht. Denn die in der Kampagne zum „Menschenrecht auf Wasser" propagierte Behauptung, die Richtlinie zwinge die Öffentliche Hand zur Privatisierung des Wassersektors, entbehrt jeglicher Grundlage. Das hat auch die Kommission so bewertet, sich jedoch dennoch dem offenbar mächtigen Druck der öffentlichen Wasserwirtschaft gebeugt. Die endgültige Fassung der Konzessionsrichtlinie hat insofern ohne überzeugende Begründung zur Herausnahme eines ganzen Sektors aus dem Regelungsbereich der Richtlinie geführt. Damit wird aber genau das erreicht, was die Gegner der ursprünglich geplanten Einbeziehung des Wassersektors eigentlich propagiert hatten, nämlich Transparenz und Nichtdiskriminierung auszuschließen. Denn nun muss sich der öffentliche Auftraggeber im Wasserbereich nicht mehr den Grundsätzen der Vergabe öffentlicher Aufträge unterwerfen. Allerdings kann es zu kurz gedacht sein zu glauben, das Europäische Primärrecht gelte für diese Sektoren ebenfalls nicht. Insofern werden aller Voraussicht nach erst Urteile des Europäischen Gerichtshofs zur Klarheit darüber führen, ob die Ausnahme des Wassersektors aus der Konzessionsrichtlinie tragfähig ist oder nicht.

Auch die insoweit zu weit gehenden Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit (Art. 15) sind ebenso wie bei den Richtlinien für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Sektorenauftraggeber negativ zu bewerten. Hier wird ein Schritt hinter die bereits durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs festgelegte Ausschreibungsverpflichtung manifestiert. Gleiches gilt für die elektronische Vergabe.

Für die Konzessionsvergabe erfolgte auch keine Schaffung spezifischer Verfahrensvorgaben. Allerdings wurden Verfahrensgarantien mit dem Ziel der Transparenz und Gleichbehandlung im Hinblick auf das Verfahren geschaffen.

Trotz der anfänglich angekündigten Beschränkung der Richtlinie auf wesentliche Vorschriften ist die neue Fassung mit insgesamt 90 Seiten Text im Vergleich zu den schlanken Vorläufervorschriften in den Vergaberichtlinien vergleichsweise umfangreich. Viele Regelungen hätten vermieden werden können, wenn die Vorschriften wie die bisherigen Regelungen für Baukonzessionen im Kontext der Richtlinie für öffentliche Aufträge verblieben wären.

3. Zwischenfazit

Ein eindeutiges Fazit fällt nicht leicht. Denn die Reformen bringen zwar einige Verbesserungen, enthalten aber auch etliche sehr problematische Neuerungen, die stellenweise zu einem nicht wünschenswerten Rückbau der Transparenz und der Binnenmarktprinzipien und zu neuer Komplexität führen. Im Gesetzgebungsprozess sind die Leistungen der involvierten Kommissionsdienststellen durchaus anzuerkennen. Allerdings bleibt der Eindruck, dass der offenbar von der Spitze der EU-Kommission unnachgiebig vorgegebene Zeitdruck angesichts der Komplexität der Reformthemen zu hoch war. Dies äußert sich in manchen unklaren Neuregelungen, die für etliche Beteiligte in der Praxis Verständnis- und Anwendungsschwierigkeiten sowie Mehraufwand auslösen dürften. Umso mehr sollte bei den nachfolgenden Gesetzgebungsprojekten der Zeitrahmen stärker von der Komplexität und dem nötigen Zeitbedarf für die Findung ausgereifter Kompromisse abhängig gemacht und übermäßiger Druck auf die Beteiligten an der Gesetzgebung vermieden werden.

Die nächsten Prüfsteine sind insoweit die Legislativvorschläge zum Marktzugang von Angeboten aus Drittstaaten und zur Elektronischen Rechnungsstellung. In beiden Dossiers sind die Problemstellungen bei weitem nicht ausdiskutiert. Eine wirklich ergebnisoffene und gründliche Befassung muss dabei Vorrang vor formellem „Abhaken" von Dossiers haben. Denn ausgereifte Gesetzgebung kann sich Europa in Zeiten noch nicht überwundener Krisen nicht leisten.

4. Zur Umsetzung

Der Bundesverband der Deutschen Industrie rät dazu, die Umsetzung in nationales Recht im Rahmen des bewährten Systems vorzunehmen. Denn die oft und zunehmend geforderte „Verschlankung" des Rechtsrahmens ist nicht gleichbedeutend mit „Vereinfachung". Das Vergaberecht im Ganzen unterliegt einem stetigen Wandel. Darin unterscheidet es sich nicht von anderen Rechtsgebieten. Neue Gesetze und Verordnungen, auch auf Ebene der Bundesländer, haben ihrerseits zur Zersplitterung und Verkomplizierung des Vergaberechts beigetragen. Die Vergabeordnungen dagegen bilden eine Konstante; sie werden in den Vergabeausschüssen erarbeitet, die ent-

gegen einer weitläufigen Meinung transparent arbeiten und mit Vertretern der Auftraggeber- unter Auftragnehmerseite besetzt sind. Die unmittelbare Einbindung der anbietenden Wirtschaft erhöht einerseits die Akzeptanz der anbietenden Unternehmen hinsichtlich der Regelungen der Vergabeordnungen und führt andererseits dazu, Expertise direkt aus der unternehmerischen Praxis für das Vergaberecht nutzbar zu machen. Dabei muss es im Interesse handhabbarer Regelungen bleiben. Im Übrigen ist keine Alternative ersichtlich, die die Anwendung des Vergaberechts tatsächlich erleichtern würde.

Gegen die Aufweichung oder Abschaffung des bewährten Systems spricht auch, dass die Situation in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union mit der Lage in Deutschland nicht vergleichbar ist. Das föderale System macht sich insbesondere im Vergaberecht in Form der Landesvergabegesetze unterschiedlichen Inhalts und unterschiedlicher Ausgestaltung bemerkbar. Eine einheitliche Umsetzung der Richtlinien wäre schon deshalb nicht gegeben. Die Länder besitzen für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte die Gesetzgebungskompetenz und werden diese auch weiterhin ausüben. Es bleibt also mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dabei, dass zumindest im Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte die Bundesländer eigene Regelungen treffen werden. Darüber hinaus würden sie möglicherweise auch Regelungen im Oberschwellenbereich treffen, sofern der Bund von Regelungen abgesehen hat.

Die Richtlinien differenzieren nicht zwischen einzelnen Auftragsarten. Vor der Vergaberechtsreform im Jahre 2004 gab es eine Baukoordinierungsrichtlinie, eine Lieferkoordinierungsrichtlinie, eine Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie und eine Sektorenkoordinierungsrichtlinie. Die Umsetzung erfolgte im bestehenden System. Warum ausgerechnet die jetzige Reform zu einer anderen Sichtweise führen soll, erschließt sich nicht unmittelbar.

Bislang gibt es keine obergerichtliche Aussage, die das bestehende System zur Abschaffung empfiehlt. Eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof oder das Europäische Gericht ist nicht ersichtlich. Verfassungsrechtliche Bedenken sind nicht erhoben worden. Der Einwand der fehlenden Rechtsstaatlichkeit der Bearbeitung der Vergabeordnungen geht deshalb fehl, weil diese wie üblich in den dafür verfassungsrechtlich vorgesehenen Publikationsorganen erscheinen und stets einer Änderungsmöglichkeit offen stehen.

Und schließlich trat die vielstimmig – übrigens nicht von den Vertretern der Auftraggeber- oder der Auftragnehmerseite – gerügte Komplexität des Systems erst durch die Einführung von Sonderregelungen ein, die wie die Sektorenverordnung und die Verordnung für die Bereiche Sicherheit und Verteidigung bestimmte Auftragsarten aus dem bewährten System herausgeschnitten haben. Es wäre ein Irrtum zu glauben, Vereinfachung lasse sich allein durch die Schaffung eines Vergabegesetzes, das letztlich alle Schichten des bewährten Systems aufnehmen müsste, erzielen.

Die neuen Vergaberichtlinien der Europäischen Union

Stand des Gesetzgebungsverfahrens
Inhalt und Bewertung der Richtlinien

Zusammenfassung der Aussprache

Themenschwerpunkte Geltungsbereich, Ausnahmen und wesentliche inhaltliche Regelungen neuen EU-Vergaberichtlinien

Die Diskussion unter Leitung von Herrn Dr. Otting konzentrierte sich zunächst auf Fragen zu Geltungsbereich bzw. Ausnahmen sowie wesentliche inhaltliche Regelungen der künftigen EU-Vergaberichtlinien.

Zu den Ausnahmevorschriften der Richtlinien bemerkte ein Vertreter der Anwaltschaft, diese dürften keinesfalls im Sinne eines „rechtsfreien Raums" missverstanden werden. So seien z.B. die teilweise von der Anwendung der Richtlinienvorschriften ausgenommenen Vergaben sozialer Dienstleistungen nicht völlig frei von jeglichen europarechtlichen Vorgaben, denn insoweit seien die Grundfreiheiten sowie die allgemeinen Rechtsgrundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung gemäß dem EU-Primärrecht zu beachten. Allerdings stelle sich die Frage, wie ein Auftraggeber diese allgemeinen Regeln anzuwenden habe und inwieweit hierfür die Aufstellung weiterer Regeln nötig sei. Während zu detaillierte Regelungen insoweit wohl nicht sinnvoll seien, komme möglicherweise ein kurzgefasster Hinweis ähnlich wie in Art. 5 Abs. 3 der EG-Verordnung Nr. 1370/2007 zu öffentlichen Personenverkehrsdiensten auf Schiene und Straße in Betracht. Es empfehle sich, darüber nachzudenken, inwieweit und wo eine vergleichbare, kurz gefasste Regelung, z.B. in § 97 GWB, eingefügt werden sollte. Entsprechendes gelte auch mit Blick auf etwaige rudimentäre Regelungen für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte.

Aus der Perspektive eines Erbringers von sozialen Dienstleistungen führte eine Teilnehmerin aus, es sei kein Widerspruch, dass bei sozialen Dienstleistungen, die von den Vorschriften der Richtlinie ausgenommen seien, die Grundfreiheiten zu beachten seien. Dies stelle kein Problem für die betreffenden Auftraggeber dar. Auch aus ihrer Sicht sei es wichtig, dass Wettbewerb existiere und Geschäft und Qualität belebe. Allerdings hätten die sozialen Einrichtungen bei der Anwendung der Vergabericht-

linien auf die genannten Dienste ziemlich viele Probleme festgestellt und seien der Kommission daher für die neuen Ausnahmeregelungen dankbar. So bestehe in diesem Bereich ein besonderes Interesse daran, sich den Dienstleister individuell aussuchen zu können bzw. kontinuierliche, ggf. lebenslängliche Beziehungen zwischen demjenigen, der Hilfe brauche, und dem Leistungserbringer zu gewährleisten. Eine nähere Berücksichtigung dieser Aspekte sei auch bei der bald anstehenden Umsetzung der Richtlinien wünschenswert.

Herr Dobler stellte fest, dass sich insoweit offenbar Wünsche einerseits nach eher schlanken und andererseits eher spezifizierten Regelungen gegenüber stünden. Es müsse sorgfältig austariert werden, wie bei der Umsetzung am besten zu verfahren sei. Auch stelle sich die Frage, inwieweit die Kommission beabsichtige, insoweit möglicherweise Guidelines herauszugeben. Abschließendes könne man aus Sicht des nationalen Gesetzgebers zum gegenwärtigen Zeitraum noch nicht sagen.

Herr Nunes de Almeida führte aus, die Kommission sei derzeit noch so intensiv mit den Richtlinien selbst befasst, dass sie sich im Rahmen einer nötigen Priorisierung zunächst darauf und nicht auf den Bereich außerhalb der Richtlinien konzentriere. Dies bedeute allerdings keinesfalls, dass die – volkswirtschaftlich bedeutsamen – Vergaben außerhalb des Geltungsbereichs der Richtlinien der Kommission nicht wichtig wären. Aufgrund der genannten Prioritäten liege der Schwerpunkt der Arbeiten der Kommission allerdings zunächst auf der Begleitung der Umsetzung der nun reformierten Richtlinien im Dialog mit den Mitgliedstaaten. Ferner befasse sich die Kommission auch mit Prioritäten hinsichtlich der Durchsetzung der Vorschriften. Weitere Regelungen für den Bereich außerhalb der Richtlinien seien derzeit nicht beabsichtigt.

Etliche Diskussionsbeiträge und Fragen galten sodann den neuen Ausnahmebestim-

mungen zur öffentlich-öffentlichen Kooperation und zu Inhouse-Geschäften. Zunächst sprach ein weiterer Vertreter der Anwaltschaft an, dass ausschreibungsfreie Inhouse-Vergaben nach der vorgesehenen Neuregelung künftig in begrenztem Umfang auch dann statthaft sein sollen, wenn eine private Beteiligung besteht. Insoweit warf er die Frage auf, ob diese von der bisherigen Rechtsprechung des EuGH abweichende Regelung mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des EU-Primärrechts vereinbar sei.

Ein weiterer Rechtsanwalt kommentierte den Wegfall des bisher klaren Ausschlusses der Ausschreibungsfreiheit im Falle einer jeglichen privaten Beteiligung ebenfalls kritisch. Die in der Rechtsprechung bisher mehr oder weniger klar etablierten Prozentzahlen zur Bestimmung der Grenzen der Ausnahme würden nun offenbar nennenswert verändert. Es müsse wohl im Einzelfall sehr sorgfältig geprüft werden, ob die Voraussetzungen für eine Ausnahme vorliegen, wenn sichergestellt werden solle, dass es nicht zu übermäßigen Wettbewerbsverzerrungen kommt. Ebenfalls von Seiten eines Rechtsanwaltes wurde angeführt, im Bereich des Wesentlichkeits-Kriteriums und des Kontrollkriteriums verblieben wohl noch etliche klärungsbedürftige Fragen. Er sei an Einschätzungen interessiert, um welche Größenordnungen der privaten Beteiligung es nach den reformierten Vorschriften gehe – beispielweise Beteiligungen unter 25 % oder unter 10 %.

Ein Vertreter der Wissenschaft verwies darauf, dass sich die angesprochene Erweiterung der Ausnahmevorschrift nur auf ganz wenige, spezielle Fälle der Beteiligung Privater und nicht pauschal auf alle privaten Beteiligungen beziehe. Sie gelte nur für den sehr speziellen Fall, dass die Beteiligung durch geltende nationale Gesetzesbestimmungen bedingt sein müsse. Dies treffe in Deutschland wohl nur auf ganz wenige Fälle, so beispielsweise nach den Gesetzen über die Wasser- und Bodenverbände in Nordrhein-Westfalen, zu. Dementsprechend sei die Ausnahmevorschrift primärrechtskonform dahin auszulegen, dass nur in derart eng begrenzten Fällen eine private Beteiligung zulässig sei. Diese Betrachtung werde die angesprochenen Bedenken weitestgehend begrenzen. Ergänzend verwies ein Rechtsanwalt darauf, dass Ausnahmeregelungen in den Richtlinien nach der Judikatur des EuGH ohnehin eng auszulegen seien, was auch bereits in vergaberechtlichen Fällen so entschieden worden sei.

Ein Mitarbeiter der GIZ warf die Frage auf, inwieweit angesichts der zu erwartenden erheblichen Änderungen bezüglich der öffentlich-öffentlichen Kooperation und Inhouse-Verträge nun bereits in der Übergangszeit bis zum Inkrafttreten der neuen EU-Richtlinien Auswirkungen in der Rechtsprechung zu erwarten seien. Herr Gröning bemerkte dazu, in der Tat würden sich die Gerichte fragen müssen, ob sie in der Übergangszeit noch nach der bisherigen Rechtsprechung urteilen oder sich bereits stärker im Sinne der zu erwartenden Neuregelung orientieren sollten. Wesentlich werde für die Gerichte sicherlich weiterhin sein, eine im konkreten Einzelfall richtige Entscheidung zu treffen.

Ein weiterer Vertreter der Wissenschaft ergänzte, es gelte ein europarechtliches „Frustrationsverbot", d.h. der Gesetzgeber dürfe nicht entgegen einer kommenden Richtlinie wirken. Eine weitergehende Vorwirkung im nationalen Recht gebe es nicht. Die Gerichte könnten allerdings Regelungen einer künftigen Richtlinie mitberücksichtigen. Herr Nunes de Almeida fügte hinzu, das Europarecht sehe keine Sanktionen für einen Mitgliedstaat vor, der seine Umsetzung in der Übergangszeit noch nicht abgeschlossen habe. Erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist gebe es Sanktionen im Falle der Nicht-Umsetzung.

Eine Rechtsanwältin fragte nach näheren historischen Hintergründen für die Reform der Regelungen zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit. Eine Vertreterin des nordrhein-westfälischen Wirtschaftsministeriums erläuterte dazu, die Problematik der Abwasserverbände und die Zwangsmitgliedschaften von Unternehmen seien – ausgehend von einem Vertragsverletzungsverfahren – zumindest wohl ein Auslöser gewesen, der bei der Begleitung der Vergaberechtsnovelle eine Rolle gespielt habe. Ein Vertreter des Deutschen Städte- und Gemeindebundes ergänzte, Vertreter der Städte und Gemeinden hätten Gespräche mit der Kommission geführt und dabei auf Konstellationen verwiesen, in denen der Private nur kapitalmäßig an Einrichtungen beteiligt sei. Er verwies dabei ebenfalls auf Zweckverbandsregelungen wie in Nordrhein-Westfalen sowie auf den Bodenseeverband. Die Kommunen hätten dafür plädiert, dass in den Fällen, in denen es keine maßgebliche operative Beteiligung im Sinne einer Beschaffungstätigkeit des Privaten gebe, man über eine Ausschreibungsfreiheit nachdenken sollte.

Herr Nunes de Almeida betonte, der Verlauf der Diskussion mache ihm deutlich, dass die Regelungen zu interkommunaler Zusammenarbeit und Inhouse-Aufträgen eines der Themen sei, denen sich die Kommission mit Blick auf Auslegungsfragen unausweichlich weiter widmen müsse. Für sich genommen wirkten die sich extrem gegenüberstehenden Positionen – wie Extrempositionen stets – nahezu absurd. So wäre es einerseits extrem, wenn man jegliche Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Akteuren in Europa schrankenlos zuließe. Andererseits wäre es aber auch extrem, wenn öffentliche Körperschaften ihren eigenen und mit ihnen verbundenen Ressourcen überhaupt nicht ohne Durchführung von Ausschreibungen gemeinschaftlich nutzen dürften.

Für die Kommission seien insbesondere praktische Beispiele wichtig gewesen, die von Vertretern der öffentlichen Verwaltungen an sie herangetragen worden seien. Dies gelte beispielsweise für den Fall, in dem eine kleine Gemeinde in Italien nicht genug Schneeräumfahrzeuge zur Verfügung habe, und daher mit der Nachbargemeinde kooperieren wolle, die über genügend Fahrzeuge verfüge. Aus Sicht der Kommission erscheine es nicht richtig, eine solche Zusammenarbeit nicht zuzulassen. Umgekehrt dürfe man öffentliche Kooperationen allerdings – beispielsweise weitreichende Kooperationen zwischen sehr großen Städten –nicht schrankenlos zulassen.

Immerhin habe man nun einen grundsätzlich durchdachten Kompromiss gefunden, der besage, dass die Aktivitäten im offenen Markt jenseits der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit nicht höher als 20 % sein dürfen und eine direkte private Beteiligung bei kontrollierten Unternehmen ausgeschlossen sei. Möglicherweise sei dies aber ein Themenbereich, für den die Kommission Auslegungshilfen erarbeiten müsse. Derzeit seien noch nicht alle Details übersehbar. Selbstverständlich gelte, dass die Neuregelung und etwaige Detailauslegungen kompatibel mit dem EU-Primärrecht sein müssten.

Herr Dobler merkte an, die Auseinandersetzung über die Reichweite der Ausnahmeregelungen zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit erinnere ihn an die Entwicklung der Fusionskontrolle im Kartellrecht bezüglich der Umgehungsmöglichkeiten bei Minderheitsbeteiligungen. Es liege in der Natur derartiger Regelungen, dass man ihren Anwendungsbereich aufgrund einer Analyse der verschiedenen nachvollziehbaren Interessen ausloten müsse. Man könne wohl nicht alles prophylaktisch regeln, sondern werde die Rechtsanwendungspraxis abwarten und gegebenenfalls nachsteuern müssen.

Herr Lau machte deutlich, dass bei der Diskussion über den Geltungsbereich der Richtlinien und Ausnahmen wie im Bereich der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit nie die grundlegenden Zielsetzungen und der politische Kontext des Binnenmarktes übersehen werden dürften. So habe die übergeordnete „Binnenmarktakte I“ eine intensivierte Verwirklichung des Binnenmarktes und die Transparenz als wesentliche zentrale Ziele der EU-Politik postuliert. Angesichts der großen Diskrepanz zwischen dieser Zielsetzung einerseits und den weitreichenden Ausnahmeforderungen andererseits zeige sich, mit welch großen Herausforderungen die Kommissionsdienststellen bei der Reform konfrontiert gewesen seien.

Im Übrigen dürfe nicht aus den Augen verloren werden, dass jenseits des Geltungsbereichs der Vergaberichtlinien – wie bereits ausgeführt – kein rechtsfreier Raum bestehe, sondern das Primärrecht gelte. Dies werde in der „Unterschwellen-Mitteilung“ der Kommission näher erläutert. Ferner müssten die Wettbewerbsvorschriften des AEUV im Blick gehalten werden. Schließlich sei auch der Gesichtspunkt der Qualität bei der Verwendung öffentlicher Gelder wichtig. Es sei allerdings ein Irrglaube anzunehmen, dass allein durch die Ausnahme der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit aus den Vergaberechtsvorschriften zwingend eine Qualitätssteigerung bei der öffentlichen Aufgabenerledigung verbunden sei. Auch insoweit dürfe die Notwendigkeit der Binnenmarkt-Transparenz sowie fairer Wettbewerbsbedingungen zwischen Privaten und öffentlichen Stellen keinesfalls übersehen werden.

Zu den weitgehenden Ausnahmevorschriften für soziale Dienstleistungen wurde einerseits von einem Rechtsanwalt kritisiert, insoweit sei ein „Sündenfall“ geschehen. Dessen Konsequenzen voraussichtlich noch die Gerichte beschäftigen würden. Andererseits erinnerten ein anderer Rechtsanwalt sowie Nunes de Almeida daran, dass die

neuen Sonderbestimmungen zu sozialen Dienstleistungen in Zusammenhang mit dem Wegfall des bisherigen Katalogs der „nicht-prioritären" B-Dienstleistungen gesehen werden müssten und Gesundheitsdienstleistungen de lege lata weitgehend vom Richtlinienrecht ausgenommen gewesen seien. Herr Dobler äußerte, mit der Reform sei nun ein vereinfachtes Verfahren geschaffen worden, wobei grundsätzlich auch ein Bezug zu Rechtsschutzmöglichkeiten bestehe. Einzelheiten bedürften allerdings noch näherer Prüfung. Ohnehin schwebe noch die Frage nach einem allgemeinen Vergaberechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte im Raum, die bereits im Koalitionsvertrag der noch amtierenden Bundesregierung angesprochen worden sei.

Zum Rechtsschutz bei Vergaben außerhalb des Anwendungsbereichs der EU-Vergaberichtlinien führte Herr Gröning aus, bei Vergaben außerhalb des 4. Teils des GWB würden die allgemeinen materiellen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen gelten. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichtshofes komme es hinsichtlich der Rechtswegfrage darauf an, in welchem Rechtsgebiet der betreffende Vertrag geschlossen sei. Insoweit bestehe die kuriose Situation, dass sich im Laufe der Jahre – ohne Änderung der Gesetzeslage – die Situation ergeben habe, dass viele Landgerichte einstweilige Verfügungen in Vergabeverfahren erließen, was sie noch vor 10 Jahren mangels Bejahung einer Anspruchsgrundlage abgelehnt hätten. Insofern gebe es inzwischen durchaus Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte. Das Problem bestehe nur darin, dass dafür nicht so detaillierte Regeln wie diejenigen im GWB existierten.

Themenschwerpunkt neue bzw. geänderte verfahrensrechtliche Bestimmungen der neuen EU-Vergaberichtlinien

Ein weiterer Schwerpunkt der Aussprache lag auf der Erörterung neuer bzw. geänderter verfahrensrechtlicher Bestimmungen der EU-Vergaberichtlinien. Insoweit bezog sich die Diskussion insbesondere auf die Reformen zum Verhältnis von Eignungs- und Zuschlagskriterien, zur strategischen Vergabe bzw. zur Berücksichtigung von Umwelt- sowie Sozialaspekten und zu den Prinzipien der Zuschlagserteilung.

Bezüglich des Verhältnisses von Eignungs- und Zuschlagskriterien bemerkte Herr Gröning, von der Auftraggeberseite sei es teils als unbefriedigend angesehen worden, dass eine über die Mindestanforderungen der Eignung hinausschießende Eignung bislang nicht berücksichtigt werden durfte. Diese Praxis entspreche bisher dem Stand der Rechtsprechung unter Bezugnahme auf die Vergaberechtsvorschriften. Insoweit seien aber Änderungen vorstellbar. Ein Rechtsanwalt ergänzte, die Aufweichung des Prinzips der strikten Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien berühre zwar eine „heilige Kuh des Vergaberechts", könne aber aus seiner Sicht durchaus zu Verbesserungen für die Praxis führen. Dies gelte insbesondere für Vergaben von Planungs- und Ingenieurleistungen nach der VOF, bei denen sich die Formulierung der Zuschlagskriterien nach der bisherigen Rechtslage oft schwierig gestaltet habe. Es stelle sich allerdings die Frage, ob es nach der neuen Regelung zu einer „Doppel-

bewertung“ auf Eignungs- und Zuschlagsebene kommen könne. Herr Dobler bemerkte dazu, nach seiner Einschätzung werde es wohl nicht zu einer Doppelbewertung kommen. Es sei noch zu klären, inwieweit die neue Regelung punktuell oder eher weitgefasst umgesetzt werde. Herr Gröning vertrat die Auffassung, die Neuheit der Regelung liege vor allem darin, dass man ein Plus an Eignung künftig wohl auch im Rahmen der Prüfung der Wirtschaftlichkeit berücksichtigen dürfe.

Mit Blick auf die verstärkte Zulassung der Berücksichtigung „strategischer Aspekte“ betonte Herr Lau, die durch die Reform bewirkte Lockerung des strikten Bezugs der Zuschlagskriterien zum Auftragsgegenstand könne für die Praxis erhebliche Probleme mit sich bringen. Bisher sei klar gewesen, dass es grundsätzlich Sache des Unternehmers ist, im Rahmen der geltenden Gesetze darüber zu entscheiden, wie er die vereinbarte Leistung erbringt. Wenn nun Vorgaben für die Art und Weise des Produktionsprozesses gemacht würden, könne dies sehr leicht zu Unsicherheiten führen, was manche Unternehmen von einer Bewerbung unter diesen Bedingungen abhalten könne. Dies gelte vor allem für kleine und mittlere Unternehmen und wirke folglich vor allem auch mittelstandsfeindlich.

Auf Detailnachfragen aus dem Publikum führte Herr Dobler aus, die Lockerung des bisher strikten Auftragsbezugs liege in der nunmehr zulässigen expliziten Bezugnahme „politischer“ Vorgaben auf den Produktionsprozess. Dies sei in der Tat eine nennenswerte Änderung gegenüber dem status quo. Politisch solle die Neuregelung wohl einen „neuen Geist“ spiegeln, und zwar den Übergang von der Verwendung oft noch als „vergabefremd“ eingestufter Kriterien hin zu „strategischen Zielen“ bei der Beschaffung.

Zu den reformierten grundlegenden Prinzipien der Zuschlagserteilung führte ein Vertreter des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts aus, die neuen Regelungen hinsichtlich des wirtschaftlich günstigsten Angebots seien zwar etwas kompliziert formuliert. Sie ließen sich aber vereinfachend dahin zusammenfassen, dass es

nunmehr die Regel sei, dass auf das Preis-/Leistungsverhältnis abgestellt werden müsse und nur bei standardisierten Produkten ausnahmsweise allein der Preis entscheide. Diese Konzeption zeige sich bereits in einer vorangegangenen Entschließung des Europäischen Parlaments zur Modernisierung des EU-Vergaberechts. Im deutschen Vergaberecht sei die Vorgehensweise nach dem Prinzip des wirtschaftlich günstigsten Angebots ja ohnehin bekannt. Für andere Mitgliedstaaten, in denen das Abstellen auf das Preis-/Leistungsverhältnis bisher weniger geläufig gewesen sei, bedeute die EU-Reform dagegen insoweit einen „Quantensprung".

Zur Frage der Rechtsklarheit der Reformen insgesamt betonte Nunes de Almeida, bis zu einem gewissen Grade müsse man akzeptieren, dass Gesetze niemals hundertprozentig eindeutig seien, was die Lebenserfahrung lehre. Auch müsse man sich mit Blick auf teils geäußerte Forderungen, die Regelungen müssten einfacher sein, fragen, ob man das Leben der Vergabebehörden wirklich einfacher mache, wenn man statt eines präzisen Regelwerks nur wenige Vorschriften erließe. Manchmal sei es nötig, einen detaillierten Ansatz zu wählen, um die Dinge einfacher zu machen und ein klar umrissenes Ziel zu erreichen. Beim Tauziehen bezüglich der Regelungen zu den Zuschlagskriterien, Sozial- und Umweltaspekten seien Kompromisse unvermeidbar. Einzelheiten seien dann im Wege der Auslegung zu ermitteln.

In der weiteren Diskussion hinterfragte ein Pressevertreter, inwieweit angesichts der stärkeren Zulassung der Berücksichtigung sozialer Aspekte im Vergaberecht ein Zielkonflikt mit § 7 der Bundeshaushaltsordnung entstehen könnte, nach dem das Prinzip der wirtschaftlichen Beschaffung im Vordergrund stehe. Ein Vertreter der Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung beim Bundesministerium des Inneren bemerkte dazu, es bestehe durchaus die Möglichkeit, gleichermaßen nachhaltig, umweltfreundlich und sozial zu beschaffen. Schwierigkeiten ergäben sich teils allerdings dadurch, dass der für die Finanzierung einer Vergabe zuständiger Kämmerer oft nicht bereit sei, vordergründig höheren Ausgaben zuzustimmen, um nachhaltig zu beschaffen. Hier müsse bei den Bemühungen zur strategischen Vergabe wohl verstärkt angesetzt werden. Herr Lau ergänzte, dass die nachhaltige Beschaffung, die sich an einer Betrachtung der gesamten Lebenszykluskosten orientiere, nicht teuer, sondern langfristig preiswerter als eine reine Preisbetrachtung sei. Die Gleichung „Nachhaltigkeit gleich teuer" teile die Industrie daher nicht.

Nunes de Almeida resümierte, die Diskussion habe ihm gezeigt, dass es ratsam sei, sich mit Blick auf die zahlreichen angesprochenen Fragen eine Zeit lang „der Praxis auszusetzen", bevor man Auslegungshinweise ausarbeite. Dies gelte umso mehr, als die Gefahr bestehe, dass die Auslegungshilfen selbst wiederum zu abstrakt sein könnten.

Themenschwerpunkt Umsetzung der Reform ins deutsche Recht

Der letzte Teil der Diskussion war Fragen der Umsetzung der Reform ins deutsche Recht gewidmet. Diesbezüglich sprachen sich mehrere Teilnehmer für die Schaffung eines einheitlichen Vergabegesetzes aus. Sie begründeten dies im Wesentlichen mit dem Argument, das Regelwerk unterhalb der Ebene des GWB sei inzwischen zu kompliziert. Einer von ihnen äußerte allerdings erhebliche Zweifel daran, ob man durch ein Bundesvergabegesetz auch Regelungen unterhalb der Schwellenwerte schaffen könne. Es erscheine zweifelhaft, ob insoweit überhaupt eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes dafür bestehe, die wirtschaftlich dominierende Zahl der Vergabeverfahren der Länder und der Kommunen auf diesem Wege zu regeln.

Herr Lau plädierte dagegen für die Beibehaltung des bisherigen Systems. Er verwies darauf, dass es sich nach der fast einhelligen Überzeugung der Wirtschaft grundsätzlich bewährt habe, die Fortgestaltung der volkswirtschaftlich bedeutsamen Regelungen zum Vergaberecht weiterhin durch die fachkundig und paritätisch von den Vergabebeteiligten besetzten Vergabeausschüssen vornehmen zu lassen. Dies diene nach den Erfahrungen der Industrie auch der grundsätzlichen Akzeptanz der Regelungen. Ein Rechtsanwalt argumentierte, im Vordergrund sollte nicht allein die Frage stehen, ob die „Kaskadenlösung" – d.h. das bisherige System – beibehalten werde oder nicht, sondern was man am besten zur Vereinfachung tun könne. Dabei könne allerdings durchaus wiederum eine Kaskade herauskommen, wie jetzt die moderne Gesetzgebung in Nordrhein-Westfalen zeige. Langfristig sei ferner zu erwägen, eine Beseitigung des „Splittings" zwischen Haushaltsrecht und Wettbewerbsrecht zu erreichen. Schließlich müsse auch das weitere „Splitting" in Bundes- und Landesvergaberecht überwunden werden, das wie ein Rückfall in längst überwundene Kleinstaaterei wirke. Unabhängig davon, wie man sich im Einzelnen entscheide, würde er eine Fortführung der Vergabeausschüsse begrüßen, weil diese nach seiner eigenen Erfahrung sachkundig und effizient arbeiteten und zudem den Prinzipien einer ausgewogenen Besetzung und der Transparenz gerecht würden.

Von einem Rechtsanwalt nach Präferenzen aus Sicht der Kommission befragt, äußerte Nunes de Almeida, aus seiner Sicht bestehe insoweit keine Präferenz. Deutschland könne das selbst entscheiden.

Zu einem Einzelaspekt der Umsetzung mit Blick auf die in den Richtlinien ausgenommenen Bereiche stellte ein weiterer Rechtsanwalt die Frage, was Deutschland bei der nationalen Umsetzung davon abhalte, die in der Diskussion beklagten „Sündenfälle" bzw. Lücken, die die neuen Richtlinien nach Wahrnehmung etlicher Beteiligter aufwiesen, national zu schließen. So stelle sich beispielsweise die Frage, was Deutschland daran hindere, die Vergabe von Konzessionen im Wassersektor dem Vergaberecht zu unterstellen und einem Vergaberechtsschutz entsprechend dem des GWB zu unterwerfen. Gleiches gelte auch für die Regelung sozialer Dienstleistungen. Herr Dobler bemerkte dazu, eine weitergehende Einbeziehung dieser Bereiche würde

politisch voraussichtlich erfolglos bleiben, weil dieselbe „große Koalition“, die die angesprochenen Ausnahmen in Brüssel erreicht habe, auch im Deutschen Bundestag anzutreffen sei und auch eine nationale Ausweitung der Regelungen ablehnen würde.

Im Rahmen kurzer abschließender Erklärungen der Podiumsteilnehmer betonte Herr Dobler, er habe in dieser Podiumsdiskussion nur aus der Perspektive des Wirtschaftsministeriums gesprochen, lege aber Wert auf den Hinweis, dass die angesprochenen Themen auch mit dem BMVBS zu diskutieren seien. Bezüglich der angesprochenen Mitwirkung der Vergabebeteiligten wie auch der Kompetenz werde es Lösungen geben können, wenn man dies politisch wolle. Die Entscheidung für oder gegen die Kaskade sei eine Frage des politischen Wollens. Wenn man beispielsweise ein bundeseinheitliches Vergabegesetz wolle, sei dies nach seiner Einschätzung auch machbar. Die in der Diskussion dazu ausgetauschten Argumente seien interessant für die weitere Diskussion. Auf jeden Fall könne man versichert sein, dass bei einer jeden Gestaltung die Wirtschaft und alle anderen Stakeholder im Gesetzgebungsprozess umfänglich und gut eingebunden seien. Dies sei gut geübte Praxis.

Nunes de Almeida dankte für die Gelegenheit zur Teilnahme an dieser nationalen Diskussion, die für ihn sehr interessant gewesen sei. Er werde einige „Hausaufgaben“ mit nach Brüssel nehmen. Nach der Diskussion sehe er insbesondere drei Themen, um die man sich besonders kümmern müsse: erstens die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit, zweitens die Vereinbarkeit von politischen Zielen mit der wirtschaftlichen Beschaffung bzw. der Berücksichtigung des Preis-/Leistungsverhältnisses und drittens die Behandlung der sozialen Dienstleistungen.

Herr Lau bezeichnete die Diskussion ebenfalls als nützlich und erkenntnisreich. Bezüglich der teils angesprochenen Komplexität der Kaskadenlösung erscheine der Hinweis wichtig, dass die Komplexität nicht im Kaskadensystem selbst begründet sei, sondern erst entstanden sei, seit man „scheibchenweise“ Teilmaterien aus dem ursprünglichen System herausgeschnitten und umgruppiert habe. Auch sei das bestehende System noch nie durch ein Obergericht angegriffen und gerichtlich noch nie als europa- bzw. verfassungswidrig eingestuft worden. Die angesprochene Mitwirkung der Verbände in den Vergabeausschüssen diene der Beteiligung der Wirtschaft, die von der Politik grundsätzlich erwünscht sei. Insoweit gehe es nicht um „Eigenerhaltungstrieb“ der Verbände, sondern um eine sinnvolle Bündelung der Positionen der industriellen Anbieterschaft. Die Auftraggeber seien gleichermaßen beteiligt, weil sie ebenfalls an einer praktikablen Umsetzung interessiert seien. Auch industrieseitig werde in den kommenden Jahren viel Arbeit im Zuge der Begleitung der Umsetzung sowie der weiteren europäischen Entwicklungen anstehen.

Herr Gröning äußerte, er erwarte bereits mit Spannung, wie sich das Umsetzungsverfahren in Deutschland gestalten werde.

Podiumsdiskussion: Die neuen Vergaberichtlinien der Europäischen Union – die Sicht der Rechtswissenschaft

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

Moderation und Einführung

Prof. Dr. Meinrad Dreher, LL.M.

Johannes Gutenberg-Universität, Mainz

Auf dem Podium begrüße ich zu der ersten öffentlichen Tagung des wissenschaftlichen Beirats des forum vergabe, den wir neu gegründet haben, drei Referenten. Im Programm sind allerdings zwei weitere Referenten ausgewiesen, die heute nicht hier sind. Wir wollten Ihnen mit dem Programm nämlich sämtliche Mitglieder des wissenschaftlichen Beirats vorstellen. Die beiden Wissenschaftler, die heute nicht hier sein können, haben dafür gute Gründe und das auch von Anfang an gesagt.

Die Sitzung ist ein Novum, weil wir bisher keinen wissenschaftlichen Beirat hatten. Die anwesenden Mitglieder des wissenschaftlichen Beirats sind gebeten, zu der Novellierung des Vergaberechts, die wir heute Morgen schon diskutiert haben, jeweils ein Statement abzugeben, aus ihrer wissenschaftlichen Sicht und zu Themen ihrer Wahl. Deswegen gibt es keine Gliederung und keine Themenvorgaben. Wir haben mit Frau Kollegin Gurlitt an meiner linken Seite, daneben Herrn Burgi und dann Herrn Kollegen Trybus an meiner rechten Seite drei Wissenschaftler, die jetzt die anstehenden Themen der Vergabenovelle in Europa und damit auch im Umsetzungsrecht aus ihrer Sicht erörtern. Sie werden sich zu Beginn jeweils selbst kurz vorstellen und auch ihren Bezug zum Vergaberecht erläutern. Frau Kollegin Gurlitt, würden Sie damit beginnen?

Podiumsdiskussion: Die neuen Vergaberichtlinien der Europäischen Union – die Sicht der Rechtswissenschaft

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

Statement

Prof. Dr. Martin Burgi

Ludwig-Maximilians-Universität, München

Meine Damen und Herren, ich danke dem Vorstand dafür, dass er einen Wissenschaftlichen Beirat ins Leben gerufen hat, und dass ich diesem angehören darf.

Mein berufliches Leben hat sich merkwürdigerweise zweimal mit dem Vergaberecht gekreuzt. Ich bin Lehrstuhlinhaber in Bochum geworden, als das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz in Kraft getreten ist und habe es dadurch von Anfang an mit begleiten können. Ich bin nun im vergangenen Oktober an die LMU nach München gewechselt, und wir stehen wieder vor einer großen Zäsur des Vergaberechts. Das ist natürlich Zufall, aber für mich doch eine gewisse personenbezogene Koinzidenz. Ich pflege im Vergaberecht – wie Sie wissen – auch den internationalen Austausch. Es gibt eine Gruppe von europäischen Wissenschaftlerkollegen, der auch Martin Trybus angehört. Diese Gruppe von Kollegen aus insgesamt 8 Ländern hat sich im Juni getroffen und eine Art Kommentarband erarbeitet, der in wenigen Monaten erscheinen wird und in englischer Sprache verfasst ist. Ein weiterer Austausch der mir am Herzen liegt, betrifft die USA. Das ist natürlich ein ganz anderes System, aber man kann daraus ersehen, dass es bestimmte Entwicklungen im europäischen Vergaberecht gibt, deren Hintergründe man sonst nicht kennt und auch nicht versteht, wie etwa die strikte Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien.

Wir hatten die erste Veranstaltung des forum vergabe zu den Richtlinienentwürfen im Januar 2012, damals noch mit Herrn Wellige aus dem Bundeswirtschaftsministerium, Herr Prieß und ich saßen in Berlin auf dem Podium. Zwischenzeitlich hat sich doch sehr vieles getan und man muss insgesamt sagen, dass es eine beachtliche Leistung ist, ein solches Werk erst mal auf den Tisch zu legen – unter den heutigen Bedingungen der Gesetzgebung. Und ich finde gerade auch aus deutscher Sicht hat man doch an verschiedenen Stellen Gelegenheit zur Zufriedenheit. Wenn ich denke, wie lange wir gestritten haben um die horizontale Zusammenarbeit, wo die Regelung bis vor wenigen Wochen noch lautete, es dürfe kein Gewinn gemacht werden und es müsse wechselseitig sein. Jetzt ist das alles raus. Die aktuelle Regelung in Art. 11 Abs. 4 ist so vernünftig und schlank, dass kein Einziger heute mehr dazu überhaupt kritisch gesprochen hat. Vor wenigen Wochen hätte man dafür noch kämpfen müssen und dafür gäbe es einige weitere Beispiele.

Nun zunächst aber: Was kann eigentlich die Sicht der Rechtswissenschaft in diesem Stadium sein? Ich denke gerne hierüber nach, weil ich auch in einigen wissenschaftspolitischen Funktionen Verantwortung trage. Man könnte sich zunächst mit dem Thema der Vergabe rein theoretisch befassen und eine Art Wunsch-Vergaberechtskatalog entwerfen. Einige von Ihnen waren auch im Juni in Nottingham als die Kollegin Sue Arrowsmith genauso verfahren ist, und zwei Tage vor dem Abschluss des Trilogverfahrens in relativ wenigen Sätzen das Ganze komplett verrissen und stattdessen gesagt hat, wie sie sich alles vorgestellt hätte. Das kann man tun, aber der Zugriff der deutschen rechtsdogmatisch orientierten Wissenschaft ist eigentlich nicht ein solcher, sondern er ist doch stärker an dem orientiert, was auf dem Tisch liegt. Die Gefahr dieses Zugriffs ist, dass er immer etwas vergangenheitsorientiert ist, hinterherläuft, kommentiert, erläutert und dann immer schnell in die Rechtsschutzperspektive gerät, wo jemand gegen etwas vorgeht und Normen interpretiert werden. Das aber muss nicht so sein, sondern die modernere Sichtweise ist es, Wissenschaft auch handlungsbegleitend-analytisch zu betreiben, und das ist besonders gefragt in einer Situation wie dieser, wo es um einen Umsetzungsauftrag geht. Denn ein Umsetzungsauftrag wirft Fragen auf, die man analytisch strukturieren kann, nämlich wie weit reicht der Auftrag, wo sind Grenzen, auch im deutschen Verfassungsrecht, das jetzt bei der Umsetzung eine Rolle spielen wird, denn von 10 Umsetzungsoptionen, die das Europarecht eröffnet, sind möglicherweise nicht alle verfassungskonform.

Man kann sodann die Frage der Funktionsgerechtigkeit stellen, und vor allem kann man Probleme identifizieren und eine gewisse Reihenfolge der Problembehandlung anstreben. Denn Ordnen ist ein klassisches dogmatisches Anliegen, dem sich unser Fach natürlich verpflichtet fühlt.

Ich möchte zunächst kurz zum Umsetzungskonzept sprechen, dann zur Umsetzungsstruktur, sodann zu jenem Verfassungsrahmen und anschließend zu einigen beson-

ders großen Umsetzungsbrocken, wobei das nach meiner Einschätzung teilweise andere sind, als diejenigen, die wir heute Morgen intensiv diskutiert haben.

Zuvor sage ich in Anknüpfung an Herrn Otting heute Morgen, dass das Vergaberecht erwachsener geworden ist. So wie die meisten von uns älter geworden sind in den letzten 15 Jahren, ist auch das Vergaberecht älter geworden. Und deswegen kann es einige Eierschalen, in die es gleichsam beschützend eingehüllt worden ist, abstreifen. Eine solche Eierschale bildet die Zuordnung zum GWB, um der ganzen Welt zu zeigen, dass Vergaberecht nicht mehr Haushaltsrecht ist. Das war damals richtig und ich will nochmal Herrn Marx und andere dafür ausdrücklich loben, aber ich glaube, dass niemand hier im Saal glaubt, dass das Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte jemals wieder in den hausrechtlichen Zustand zurückfallen würde. Also könnte ich es sehr wohl in eine Heimat außerhalb des GWB überführen. Eine Eierschale inhaltlicher Art ist das Verbot von Kontakten mit den Bietern. Heute Morgen hat Herr Nunes de Almeida gesagt, dass die Sprech- und Verhandlungsverbote Elemente aus einer Zeit seien, in der man Angst hatte, dass diese Vorgänge integer bleiben. Ein erwachseneres Vergaberecht würde hier etwas offener und selbstbewusster zu Werke gehen.

1. Jetzt zum Umsetzungskonzept. Erste Frage: Wie verfährt man in punkto Stil und Länge? Die neue Vergabekoordinierungsrichtlinie umfasst 96 Artikel, 300 Seiten, davon allein 71 Seiten Erwägungen. Diese sind für die Interpretation und auch bei der Wahl verschiedener Optionen eine wichtige Fundgrube, das sind ja Äußerungen des historischen Gesetzgebers. Hinzu kommen über 100 Seiten Konzessionsrichtlinie. Wenn man eine Umsetzung 1:1 macht, hätte man einen Text der genauso lange ist. Das hatten wir bisher nie. Wir hatten bisher immer in typisch deutscher, lakonischer Weise einige zentrale Rechtsbegriffe, Legaldefinitionen und Tatbestandsmerkmale, und das Weitere wurde dann der Rechtsanwendung überlassen. Aus wissenschaftlicher Sicht wäre es zu begrüßen, wenn man auch hier so verfahren würde.

Die nächste Frage betreffend das Umsetzungskonzept in inhaltlicher Hinsicht lautet: 1 : 1 oder Begründung weiterreichender Verpflichtungen bzw. in Ausnutzung von Flexibilisierungsspielräumen? Mir geht es jetzt nur darum, dass wir dies als einen Diskussionsgegenstand identifizieren. Wir hatten heute Morgen ein Beispiel, nämlich die sozialen Dienste, für die die EU ab 750.000 Euro ein eigenes „light"-Regime schafft. Dies ist besser der bisherige Zustand, aber der deutsche Gesetzgeber könnte auch sagen, dass wir eine hochentwickelte, erwachsen gewordene Vergabe-Community sind, und uns das bereits ab 500.000 Euro trauen – dies nur so als Beispiel.

Sodann geht es darum, wie man mit Spielräumen umgeht. Die Richtlinie öffnet sehr, sehr viele Spielräume. Man kann sie zum Teil für Erweiterungen nutzen, zum Teil für Einschränkungen, jeweils bezogen auf die Auftraggeber. Ich möchte jeweils ein Beispiel geben. Eine Erweiterung könnte das Thema Nebenangebote betreffen. Die Richtlinie sagt, das kann eingeführt bzw. verlangt werden. Sie übt keinerlei Druck in diese

Richtung aus. Man könnte in Deutschland darüber diskutieren, ob Nebenangebote etwas Innovationsförderndes sind, etwas Kreativitätsförderndes, also etwas, das einem erwachsenerem System vielleicht gut zu Gesichte steht. Dann würde man vorschreiben, dass Nebenangebote immer zugelassen sind. Das wäre europarechtskonform. Ich will auch dafür heute nicht plädieren, aber das ist ein Thema, das man besprechen sollte. Umgekehrt kann man auch Spielräume einschränken. Man kann dafür vielleicht das sogenannte Selbstausführungsgebot in Art. 62 Abs. 2 des Entwurfs nennen. Einige werden sich erinnern, dass dies eine Erfindung der „Verdingungs-Welt" früherer Tage ist. Diese Regel ist dann getilgt worden, weil man sie als europarechtswidrig erachtet hat, und jetzt kommt sie durch die EU wieder herein. Das heißt, die EU ermöglicht, dass der Auftraggeber vorschreibt, dass keinerlei Unteraufträge vergeben werden dürfen, sondern dass der Auftragnehmer alles selbst machen muss. Dies kann man übernehmen oder man sagt, das wollen wir nicht für Deutschland, sondern wir wollen an der bisherigen Rechtslage festhalten.

2. So viel zum Umsetzungskonzept, jetzt zur Umsetzungsstruktur. Und da muss man zwei Dinge auseinanderhalten. Die eine Frage ist, geht es weiter im GWB oder mit einem „Bundesbeschaffungsgesetz"? Das ist für mich die erste Frage, auch in der zeitlichen Reihenfolge. Davon aber strikt zu trennen ist als zweite Frage, ob es dazu dann die Vergabeordnungen gibt, das heißt, ob das Kaskadensystem bleibt. Dieses letztere hat mit dem ersteren erst einmal nichts zu tun. Man könnte also durchaus ein Bundesvergabegesetz machen und neben diesem gäbe es weiterhin die Kaskadenstruktur.

Ganz kurz: Warum sollte man nicht zumindest darüber nachdenken, den Standort des GWB zu wechseln? Das GWB ist ein Gesetz gegen missbräuchliches Wettbewerbsverhalten. Und natürlich gibt es auch bei der öffentlichen Beschaffungstätigkeit viel Missbräuchliches, aber wir können doch nicht ernsthaft sagen, dass die staatliche Beschaffungstätigkeit eine durch und durch und im Ansatz immer nur missbräuchliche Verhaltensweise ist, sondern das ist ganz normale staatliche Aufgabenerfüllung, also schon vom Ansatz her etwas anderes. Das spricht für mich inhaltlich dafür, das Vergaberecht aus jener Welt herauszuführen. Und hierfür spricht noch zusätzlich die Problematik, wo man denn die ganzen zusätzlichen Paragraphen unterbringen will. Nehmen Sie nur das Thema Inhouse und Verwaltungszusammenarbeit. Das wird wahrscheinlich einen eigenen Paragraphen brauchen, der Art. 11 der Richtlinie in Deutschland umsetzt. Soll das dann „§ 97 Abs. 14 GWB" sein oder „97d GWB", oder was auch immer? Das heißt, wir sind doch jetzt schon sehr eingequetscht, ab § 97 beginnt es und irgendwo bei § 130 hört es auf; davor und dahinter ist eben Kartellrecht. Das heißt, wir haben kaum räumlichen Spielraum. Das ist ein etwas formaler Gesichtspunkt, der aber vielleicht den inhaltlichen Gesichtspunkt, dass es nicht um ein Missbrauchsrecht geht, unterstützt und helfen kann, dieses Thema des eignen Gesetzes auf die Agenda zu bringen.

Jetzt zu der zweiten Frage, die davon – wie gesagt – unabhängig ist. Soll es künftig unter diesem Gesetz oder unter einem veränderten GWB weiterhin Verordnungen geben und vor allem, weiterhin Vergabeordnungen und natürlich auch die dazugehörigen Ausschüsse? Mein Ansatz an dieser Stelle wäre, dass man vielleicht etwas von dieser Ja/Nein und Entweder/Oder-Denkweise wegkommen muss. Das Thema Kaskadenprinzip ist ja analytisch betrachtet eine Frage der Arbeitsteilung. Das heißt, wie viel macht der Staat durch Gesetz und Verordnung und wie viel machen die Ausschüsse. Und wenn wir das als Frage der Arbeitsteilung begreifen, bestehen die beiden Extrempositionen darin: Entweder der Staat macht alles, wofür einige heute unter Beifall plädiert haben, oder der Staat macht eher wenig, schaut sich an, was eineinhalb Jahre lang passiert und setzt am Ende eine Verweisungsnorm in die Vergabeordnung. Zwischen diesen beiden Polen gibt es aber doch eine ganz erhebliche Bandbreite. Das heißt, der Staat könnte am Anfang wesentlich mehr vorgeben; er könnte so eine Art Auftragsbuch verfassen, das wohlgemerkt konkreter ist als die EU-Richtlinie, dann die Ausschüsse einbeziehen und danach sich deren Vorschläge ansehen, aber dann nicht einfach eine Verweisungsnorm verfassen, sondern ihnen dies möglicherweise noch einmal zurückgeben. Ich will das jetzt nicht im Detail ausführen, nur wir sollten die Gelegenheit nutzen, uns aus dieser ganz strikten Ja/Nein-Alternative ein Stück zu lösen.

3. Mein nächster Punkt betrifft das Verfassungsrecht. Die Grundrechte spielen ja im Vergaberecht eine untergeordnete Rolle, wichtiger ist die Kompetenzordnung, und zwar unter mehreren Aspekten. Der erste Aspekt – und hier möchte ich meiner Linie treu bleiben – lautet, dass das EU-Recht nichts daran ändert, dass der Bund für einen Rechtsakt im Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte meines Erachtens nach keine Gesetzgebungskompetenz hätte. Unverändert stellt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hohe Anforderungen an die Erforderlichkeit nach Art. 72 Abs. 2 GG. Aber das hindert natürlich nicht die Länder, hier tätig zu werden; im Gegenteil, es wäre sehr wünschenswert, dass die sich des Rechtsschutzthemas unterhalb der Schwellenwerte annehmen. Einige haben ja bereits interessante Ansätze hervorgebracht. Mit anderen Worten: Hier liegt ein typisches Feld der Landesgesetzgebungskompetenz.

Ich komme zum zweiten Kompetenzaspekt. Er betrifft das, was momentan vor allem in den Landesvergabegesetzen geregelt ist, nämlich die Verpflichtungen zum Mindestlohn, zur Tariftreue und so weiter. Dafür haben im Moment die Länder die Gesetzgebungskompetenz, weil der Bund sie ihnen lässt durch die ausdrückliche Bestimmung in § 97 Abs. 4 Sätze 2 und 3 GWB. Und damit hätten wir einen weiteren potenziellen Streitgegenstand, wenn man jetzt in eine Kodifikationsdiskussion eintritt. Denn diese Bestimmungen könnte der Bund auch beseitigen, und dies würde bedeuten, dass er selber seine Kompetenz für das Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte erschöpfend wahrnimmt. Bisher hat er sie in diesem Punkt nicht ausgeschöpft. Der Bund

könnte nun die gesamte Thematik selbst regeln oder auch die betreffenden „weitergehenden Anforderungen" reduzieren.

Der letzte Aspekt zum Thema Kompetenz knüpft an das an, wozu sich Herr Nunes de Almeida heute Morgen sehr kritisch geäußert hat, nämlich an die niedrige Zahl der europaweiten Vergabeverfahren in der Bundesrepublik. Dies hat nun sehr stark damit zu tun, dass es in Deutschland eben eine sehr parzellierte Auftraggeberlandschaft gibt, während übrigens Portugal ein Beispiel für ein Land mit einer sehr professionellen weitgehend elektronisch und modular arbeitenden zentralen Beschaffungsstelle bildet. Und natürlich hat eine solche Einheit höhere Volumina und somit auch mehr europaweite Verfahren. Wo liegt hier das Kompetenzthema? Mir scheint dass der Druck in Richtung aggregierte Beschaffung zunehmen könnte. Daher insoweit nur zwei Gedanken: Ein Zwang hierzu wäre sicherlich nach deutschem Verfassungsrecht außerordentlich problematisch, also etwa ein Zwang, dass alle Gemeinden eines Kreises ihre Beschaffungstätigkeiten zusammenlegen oder sie dem Kreis übertragen müssten. Eine sehr wichtige und aus meiner Sicht verfolgenswerte Idee könnte aber darin bestehen, dass man im Bund und vor allem in den Ländern Anstrengungen unternimmt, solche Kooperationen zu fördern. Man könnte sich etwa vorstellen, Erleichterungen, die die EU-Richtlinie für subzentrale Auftraggeber vorsieht, an die Kooperationsbereitschaft von kleineren Auftraggebern zu knüpfen. Auf der Ebene der Länder könnte man daran denken, Finanztransfers und Finanzausgleichsleistungen an eine nachgewiesene Kooperationsbereitschaft zu knüpfen; beides wäre verfassungsrechtlich etwas anderes, als ein Zwang, sich zusammenzuschließen.

Den letzten Teil fasse ich kurz, weil wir später noch über die inhaltlichen Punkte diskutieren. Ein Riesenbrocken ist natürlich die Richtlinie zur Vergabe von Konzessionen. Demgegenüber gibt es im Bereich der Auftragsrichtlinie viele Elemente, die vielleicht politisch, aber weniger juristisch problematisch sind, etwa Themen wie Inhouse-Vergaben oder Vertragsänderungen

Was ich für sehr anspruchsvoll halte, sind die Bereiche Eignungs- und Zuschlagskriterien. Dort wird momentan das Veränderungspotenzial unterschätzt, denn das, was da drinsteht, ist ziemlich quer zu unseren Kategorien. Leistungsfähigkeit ist anders definiert, Fachkunde kommt weiterhin gar nicht vor, die Ausschlussgründe sind anders als bisher, das ganze Thema Selbstreinigung muss in Deutschland erst einmal kodifiziert werden und so weiter. Dann ist auch anzusprechen das Verhältnis zwischen den Eignungs- und Zuschlagskriterien. In Deutschland sind wir auf den gesamten Bereich der Kriterien nicht gut vorbereitet, das haben Sie heute Morgen gesehen. Unsere Diskussion hat zum größten Teil wieder den Anwendungsbereich betont.

Damit will ich es erst einmal bewenden lassen und danke für Ihr Interesse.

Podiumsdiskussion: Die neuen Vergaberichtlinien der Europäischen Union – die Sicht der Rechtswissenschaft

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

Statement

Prof. Dr. Elke Gurlit

Johannes Gutenberg-Universität, Mainz

Meine sehr geehrten Damen und Herren, ich darf mich zunächst für die Einladung bedanken. Auch ich empfinde es als Ehre, Mitglied des wissenschaftlichen Beirats des forum vergabe zu sein.

Ich möchte mich kurz vorstellen. Ich bin wie Herr Kollege Dreher Mitglied der juristischen Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität Mainz, bin aber anders als der Kollege dort im öffentlichen Recht tätig. Ich habe eine Professur für Staats- und Verwaltungsrecht, Rechtsvergleichung und Europarecht inne; mein Schwerpunkt liegt deutlich im öffentlichen Wirtschaftsrecht. Das ist allerdings auch wieder ein weiter Bereich, der bei mir von der Regulierung der Rechtsstellung von Prostituierten bis zur Regulierung der Finanzmärkte reicht. Aber das schließt natürlich auch das Vergaberecht ein.

Ich möchte, bevor ich auf die Vergaberichtlinien eingehe, noch einige wenige Worte der Frage widmen, was eigentlich das Vergaberecht zu einem interessanten Gegenstand der Rechtswissenschaft macht. In der Rekonstruktion sieht man, dass das Vergaberecht für die Rechtswissenschaft eigentlich erst zu einem echten Thema geworden ist, als es sich aus den Zwängen des Haushaltsrechts befreit hatte und damit sichtbar wurde. Zuvor haben es in der Wissenschaft wirklich nur ganz wenige Kollegen betrieben. Aber als es dann sichtbar wurde und vor allen Dingen Rechtsschutzstrukturen zu

entwickeln waren, die ja europarechtlich geboten sind, musste das Vergaberecht in Deutschland an vorfindliche Strukturen andocken, es musste sich vernetzen mit anderen Rechtsgebieten. Da ist vielleicht der Hinweis durchaus hilfreich, dass das Vergaberecht zunächst vom Beamtenrecht gelernt hat, als es darum ging, Rechtsschutzstrukturen für eine einstufige Vergabeentscheidung zu finden – der Informationsanspruch des erfolglosen Bieters wurde dem beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit entlehnt. Hierin lag ein bedeutsamer Anschluss an Entwicklungen und Rechtsfiguren des öffentlichen Rechts.

Mittlerweile hat das Vergaberecht seinen Standort im öffentlichen Wirtschaftsrecht gefunden. Es ist dort aufs Engste verzahnt mit anderen Gebieten des Wirtschaftsrechts. Das macht es für uns spannend, uns nicht nur wissenschaftlich, sondern auch in der Lehre mit dem Vergaberecht zu beschäftigen. Anzusprechen ist einerseits etwa die Verzahnung mit dem Kommunalwirtschaftsrecht, daneben die Verschränkungen mit dem Lauterkeitsrecht in seiner Anwendung auf die öffentliche Hand, seine Bezüge zum Kartellrecht und seine Verzahnung mit dem Subventionsrecht, sei es auf EU-rechtlicher oder nationaler Grundlage. Mittlerweile kann man für das Vergaberecht sagen, dass es nicht nur von anderen Rechtsmaterien gelernt hat, sondern dass es sich selbst zu einem Motor für die Fortentwicklung des öffentlichen Rechts entwickelt hat. Dies lässt sich für verschiedene öffentlich-rechtliche Materien nachvollziehen, etwa für das Recht des Marktgewerbes als Bestandteil des Gewerberechts, oder auch schon bei der klassischen Frage des Zugangs zu öffentlichen Einrichtungen: Überall dort, wo Verteilungsentscheidungen unter Knappheitsbedingungen zu treffen sind, hat das öffentliche Recht an vergaberechtliche Entwicklungen angeknüpft. Schließlich hat das Vergaberecht auch das allgemeine Verwaltungsrecht beeinflusst, dort insbesondere das öffentlich-rechtliche Vertragsrecht: Hatte die Verwaltungsrechtswissenschaft zuvor nur interessiert, was der zulässige Inhalt dieser Verträge ist, so ist erst durch das Vergaberecht deutlich geworden, dass es auch einer Maßstabsbildung bedarf hinsichtlich der Frage, wie eigentlich der Vertragspartner eines öffentlich-rechtlichen Vertrages ausgewählt wird. Kurzum: Das alles macht das Vergaberecht zu einer spannenden Materie für die Rechtswissenschaft.

Wenn man sich anschaut, wer sich innerhalb der Rechtswissenschaft mit dem Vergaberecht beschäftigt, stellt man allerdings fest, dass es sich um eine Minderheit der Kollegen handelt. Was macht das Vergaberecht unattraktiv für die Wissenschaft? Ein wesentlicher Grund ist in seiner Fortentwicklungsgeschwindigkeit zu sehen: Das Vergaberecht „dreht" unheimlich schnell. Wissenschaftler wollen gerne Pflöcke einziehen, sie wollen dogmatisieren, systematisieren, kategorisieren. Im Vergaberecht entsteht hingegen manchmal das Gefühl, man baue auf Sand. Kaum ist an einem Ort ein Pflock eingezogen, schreitet schon wieder die Entwicklung voran. Das ist wohl auch ein Grund dafür, dass im vergaberechtlichen Schrifttum meines Erachtens sehr stark die

Anwaltschaft das Feld prägt. Ich will hier nicht weiter kommentieren, ob das gut oder schlecht ist, die Tatsache scheint mir aber unbestreitbar.

Was gibt es nun zu den neuen Richtlinien zu sagen? Ich möchte mich auf wenige Anmerkungen beschränken, zum einen zur Frage der Entstehung der Richtlinien, zum zweiten zum Inhalt. Dabei will ich mir nur die hier vielfach angesprochene öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit herausgreifen und dann kurz etwas zur Frage der Umsetzung sagen.

Die neuen Richtlinien, das ist schon vielfach beklagt worden, sind sehr umfänglich. Allerdings werden die Rechtsnormen nicht nur im Vergaberecht immer umfänglicher. Ich habe mich in den letzten Wochen und Monaten auch ein wenig mit dem Finanzmarktaufsichtsrecht beschäftigt, und wer von Ihnen darin tätig ist, der weiß, wovon ich spreche. Das Paket aus CRD IV-Richtlinie und CRR-Verordnung umfasst im Amtsblatt 430 Seiten, die müssen erst einmal gelesen werden. Es muss also zunächst viel Material bewältigt werden, bevor man sich überhaupt erste Gedanken machen kann.

Auch das Entstehungsverfahren der europäischen Normen im sogenannten Trilog von Kommission, Rat und Parlament findet ja nicht im Vergaberecht erstmals Anwendung. In dieser Runde könnte durchaus noch einmal darüber diskutiert werden, wie dieses Verfahren zu bewerten ist: Das Trilog-Verfahren ist schnell, aber es ist gleichzeitig wenig transparent. Zudem kann die Geschwindigkeit eben auch zu Opfern führen, wenn etwa Vorschläge, die in letzter Minute vom Parlament oder vom parlamentarischen Ausschuss gemacht werden, sehr schnell ihren Weg in den endgültigen Kompromisstext finden. Neben der manchmal fehlenden Transparenz ist das wachsende Gewicht der Erwägungsgründe auffällig – die Erwägungsgründe vermehren sich auch unter den Bedingungen eines sehr schnellen Gesetzgebungsprozesses. Das muss man nicht bedauern, denn diese Erwägungsgründe sind ja gleichzeitig auch Material für die historische Auslegung. Aber auch da gilt, dass der sehr schnelle und wenig transparente Rechtsetzungsprozess vielfach dazu führt, dass schlicht Erwägungsgründe aneinander gehäuft werden, sodass sich zwar jeder Belang irgendwie in der Richtlinie wieder findet, aber nicht unbedingt für Kohärenz gesorgt wird.

Zur Entstehung und zu dem Ergebnis sei ein letztes Wort gestattet. Es wurde schon angesprochen, dass wir nun mit den Richtlinien unter Einschluss der Erwägungsgründe über das große Single Rulebook verfügen. Als Single Rulebook wird auch das neuere europäische Finanzmarktaufsichtsrecht beworben, und schon da weiß eigentlich keiner genau, was damit bezeichnet wird. Handelt es sich nur um die Rechtsnormen, die im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren auf EU-Ebene entstanden sind oder erfasst es auch weitere Vorschriften? Letzteres ist wohl der Fall. Ich möchte jedenfalls darauf hinweisen, dass die Vergaberichtlinien in großer Anzahl Delegationen enthalten, nämlich einerseits Delegationen an die Kommission nach Art. 290 AEUV zu delegierter Rechtsetzung, anderseits Delegationen zu Durchführungsrechtsakten der

Kommission auf der Grundlage von Art. 291 AEUV. Auch diese delegierten Rechtsakte der Kommission werden natürlich Bestandteil des Single Rulebook sein.

Hinsichtlich des Inhalts der Richtlinien möchte ich mich auf die Regelung der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit beschränken, die ja schon vielfach heute Morgen diskutiert worden ist, also auf Art. 11 und dort insbesondere zu der Frage, inwieweit nunmehr eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit unter Beteiligung Privater ermöglicht wird. Ich kann direkt anschließen an die Wortmeldung von Frau Deling sowie an die Reaktion darauf vom Kollegen Burgi: Der Wortlaut eröffnet mitnichten eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit mit Privaten, die freiwillig gewählt worden ist, bei der man sich dann nur über die Größenordnung unterhalten muss. Vielmehr stellt die Norm das Erfordernis auf, dass die Zusammenarbeit „required", also nach nationalem Recht geboten sein muss. Und dafür stehen in der Tat in Deutschland, insbesondere in Nordrhein-Westfalen, die Zwangsverbände, die gesetzlich verpflichtend eine Beteiligung Privater vorsehen. Und nur diese Konstellationen – und das sind im deutschen Recht wirklich sehr, sehr wenige, für andere Bundesländer gibt es das gar nicht – sind davon erfasst. Es sind auch nicht die heute Morgen erwähnten Konstellationen gemeint, in denen es das Zweckverbandsrecht schlicht ermöglicht, dass Private Mitglieder in einem Zweckverband sind, wie dies in den meisten kommunalen Zusammenarbeitsgesetzen der Bundesländer der Fall ist. Wird etwa mandatierend an einen solchen Zweckverband, der Private umfasst, ein öffentlicher Auftrag vergeben, unterfällt dies nach wie vor der Vergaberechtspflicht, weil die Beteiligung Privater nur erlaubt, aber eben nicht geboten ist.

Noch eine letzte Anmerkung zu Artikel 11, soweit er die bestehende Judikatur des EuGH zusammenfasst. Er ist einzuordnen in die sonstigen Impulse, die derzeit von der Kommission ausgehen oder auch in aktuelle mitgliedstaatliche Entwicklungen. Passen die Signale aus anderen Politikfeldern mit den vergaberechtlichen Entwicklungen zusammen? Man hört, dass derzeit in der Kommission einmal mehr über die Umsatzsteuerfreiheit von Hoheitsträgern diskutiert wird. Gestritten wird auch um die Bewertung der deutschen Regelung zu gewerblicher Abfallsammlung durch Private. Für diese Regelungskomplexe, man kann auch viele andere nennen, gilt das, was Herr Nunes de Almeida heute gesagt hat: Man schließt Kompromisse. Ich sehe die Gefahr, dass diejenigen, die an diesen Kompromissen teilhaben, nicht immer identische Partner sind. Das System der Kommunalisierung, auch der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit, ist möglicherweise insgesamt nicht kohärent, weil auf den verschiedenen Politikfeldern verschiedene Kompromisse geschlossen werden.

Meine letzten Anmerkungen gelten der Umsetzung der Richtlinien. Da sollte man vielleicht auch vorab mal klarstellen, dass es immerhin etwas umzusetzen gibt, sogar eine ganze Menge. In anderen Bereichen, wie etwa in dem von mir schon erwähnten Finanzmarktaufsichtsrecht, wird mittlerweile ganz verstärkt zur verordnungsrechtlichen Regulierung gegriffen, weil dort der Kommission mittlerweile das Vertrauen in die Mit

gliedstaaten und in deren Bereitschaft fehlt, Vorgaben tatsächlich auch korrekt umzusetzen.

Heute Mittag ist wieder vielfach die Frage angesprochen worden, ob man die Kaskade aufgeben sollte, und es ist ja auch deutlich geworden, dass das im Ergebnis eine sehr politische Frage ist. Ich will mich dazu gar nicht äußern. Mich treibt eher die Frage um, wie eine transparentere Normsetzung gelingen kann, wenn die Kaskade aufgegeben wird. Auch bei Aufgabe der Kaskade würde ja nicht das gesamte Vergaberecht parlamentsgesetzlich in schöner Offenheit geregelt werden. Es wird nach wie vor zahlreicher untergesetzlicher Normen bedürfen, dies nicht zuletzt auch deshalb, weil die Kommission von ihren delegierten Rechtsetzungsermächtigungen Gebrauch machen wird, auf die dann das nationale Recht reagieren muss. Unter Staatsrechtlern gilt der Erlass von Verordnungen nach wie vor als Blackbox, es hat sich zumindest verfassungsrechtlich kein umfängliches Publizitätsgebot durchgesetzt. Es liegt dann letztlich an den Beteiligten, sprich hier in erster Linie am Bundeswirtschaftsministerium, inwieweit das Verfahren transparent gemacht wird und alle beteiligten Interessen eine Chance haben, sich am Verordnungserlass zu beteiligen. Ich will – mit einer gewissen Penetranz – mit einem Beispiel aus dem Finanzmarktrecht schließen. Die BaFin hat für sämtliche Verordnungen, die sie erlässt, mittlerweile eine Notice and Comment Procedure eingeführt. Auf ihrer Homepage werden Entwürfe eingestellt, zu denen sich jedermann äußern kann. Auch die Stellungnahmen, die im Rahmen des Verordnungserlasses abgegeben werden, werden dokumentiert und sind auf der Homepage der BaFin abrufbar. Hierin liegt ein beachtlicher Versuch, Transparenz herzustellen. Mit diesem kleinen Ausflug will ich schließen und bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit.

Podiumsdiskussion: Die neuen Vergaberichtlinien der Europäischen Union – die Sicht der Rechtswissenschaft

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

Statement

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

Universität Birmingham

Vielleicht wundert sich der eine oder andere, wieso hier ein Engländer in den wissenschaftlichen Beirat berufen wurde. Ich komme eigentlich aus Gelsenkirchen und bin deswegen gar kein Engländer. Auch wenn ich unter meinen deutschen Freunden unter dem Spitznamen „alter Engländer" bekannt bin, bin ich eigentlich immer noch und auch gerne Deutscher. Ich habe allerdings ohnehin den Eindruck, dass das forum vergabe weniger ein deutscher Verein ist, als ein deutschsprachiger Verein, also Schweizer, Österreicher und deutschsprachige Engländer inbegriffen.

Ich möchte mich sehr herzlich dafür bedanken, hier eingeladen und in diesen Beirat berufen worden zu sein; das ist eine große Ehre. Ich habe mich schon immer sehr für das forum vergabe interessiert, aber meistens für seine Publikationen. Erst seit einigen Jahren nehme ich auch an Veranstaltungen teil, von denen ich sehr beeindruckt bin. Das forum ist natürlich sehr Anwalts-dominiert, in Großbritannien kenne ich das nicht anders. Auch dort ist das Vergaberecht sehr von Barristers und Solicitors dominiert. Im akademischen Raum gibt es in Großbritannien seit ungefähr 20 Jahren, teilweise motiviert durch Leute die das Vergaberecht in Kanada kennengelernt haben und dann natürlich durch die Initiativen der Kommission, eine wissenschaftliche Aufbereitung unseres Fachs.

Ich bin an der University of Birmingham beschäftigt, an der juristischen Fakultät, und dort auch Direktor des Instituts für Europarecht. Ich zäume also das Thema Vergaberecht von der Perspektive Europarecht her auf. Ich interessiere mich ganz besonders für das Thema Beschaffung im Bereich Verteidigung und Sicherheit. Zu diesem Thema beende ich gerade eine große Monographie. Das war auch das Thema meiner Doktorarbeit vor 13 Jahren. Ein zweites „Lieblingsthema" ist das, zu dem ich heute zu Ihnen sprechen möchte, das Thema sozialer und umweltpolitischer Aspekte im Vergaberecht. Also ein Thema, das nach meiner Meinung zu einigen grundsätzlichen Bemerkungen zum Entwurf der neuen Richtlinie Anlass gibt. Ich möchte mich hier nicht zur deutschen Umsetzung äußern, obwohl ich natürlich sagen muss, dass ich die Kaskade sehr „verspielt" finde. In Großbritannien gibt es da lediglich, nach einigen Anlaufschwierigkeiten während deren es interne Ministerialanweisungen ohne Außenwirkung gab, vom Parlament verabschiedete Verordnungen, mehr oder weniger dem Text der Richtlinien (wörtlich) folgend. Die einzige Besonderheit der letzten Jahre war die getrennte Umsetzung in Schottland.

Warum also gibt dieses Thema Anlass zu einigen grundsätzlichen Bemerkungen? Das fängt ja eigentlich schon mit dem Titel an, den ich schon für etwas schwierig halte. Ich habe den Eindruck, dass das Thema in Deutschland und Österreich zunehmend „strategische Beschaffung" oder auch „politische Aspekte der Beschaffung" genannt wird. Da schwingt ja schon eine positive Beurteilung mit, man könnte vielleicht sagen nach altem Parlamentsschema: das hört sich „Rot/Grün" an. Aber in Deutschland und Österreich nennt man das auch „vergabefremde Aspekte", ein nur hier verwendeter Begriff, der genau das Gegenteil ausdrückt: das gehört hier nicht her, „einige Linke" möchten das vielleicht irgendwie in das Vergaberecht „hineinquetschen", aber eigentlich gehört das hier gar nicht hin. Der Begriff „Sekundärzwecke" liegt zwischen den beiden Extremen, obwohl das natürlich auch Zweitrangigkeit ausdrückt. Sue Arrowsmith, von der Universität Nottingham, nennt diese Aspekte „horizontal". „Horizontal" versucht auszudrücken, dass die Ziele des Vergaberechts mehr oder weniger gleichberechtigt sind, dass also die sogenannten Sekundärzwecke nicht irgendwie nachgeordnet sind, sondern von vergleichbarer Wichtigkeit wie etwa Wettbewerb, Marktöffnung, oder Transparenz sind.

Warum sind die Sekundärzwecke problematisch? Problematisch ist zunächst einmal, dass sich natürlich das europäische Vergaberecht innerhalb und auch außerhalb der Richtlinien, unterhalb der Schwellenwerte, aus dem AEUV herleitet und dass das EU Vergaberecht hauptsächlich Nichtdiskriminierung aufgrund der Nationalität sicherzustellen hat. Damit verbunden werden die Zwecke Transparenz und Wettbewerb, was auch das Ziel „best value for money", also möglichst hohe Qualität bei möglichst niedrigen Preisen, impliziert. Aber hauptsächlich soll sichergestellt werden, dass die Vergabemärkte der EU Mitgliedstaaten geöffnet werden. Wenn andere Themen, wie der Schutz der Umwelt, Arbeitsschutz und sonstige Themen, mit eingebracht werden sol-

len, ergibt sich dadurch schon einmal die Frage, inwieweit das noch von den Binnenmarktkompetenzen in Art. 114 AEUV usw. getragen ist. Zum anderen fragt sich, ob durch die Einbringung von Sekundärzwecken evtl. sogar die eigentlichen Ziele beeinträchtigt werden. Außerdem muss man sagen, dass wenn man versucht, das Vergaberecht zu verschlanken und zu vereinfachen, dann aber gleichzeitig die Benutzung des Vergaberechts auch für die sogenannten strategischen Ziele vorsieht, die Büchse der Pandora geöffnet wird und zwangsläufig das Vergaberecht dadurch komplizierter und schwerer zu handhaben sein kann. In den USA, die auf Bundesebene schon eine sehr lange Tradition des Vergaberechts haben, hat Joshua Schwartz von der George Washington Universität eine „Pendelbewegung" zum Thema Sekundärzwecke festgestellt. Zu gewissen Zeiten hat Value for Money absolute Priorität, aber dann gibt es wieder Zeiten während derer dann immer mehr Minderheitenschutz, Gleichberechtigung der Frau oder auch Hilfen für benachteiligte Staaten und Regionen berücksichtigt werden. Dann aber schwingt es wieder zurück in Richtung Preis und Qualität. Vielleicht sind wir in der EU auch dabei, uns in diese Richtung zu entwickeln. Das EU-Vergaberecht könnte so interpretiert werden, dass es „erwachsen" wird. Aber es könnte natürlich auch lediglich in so einer Pendelbewegung sein und dann demnächst wieder zurückschwingen.

Was gibt es Neues zum Thema Sekundärzwecke in der EU? Was gibt es Neues im Entwurf? Ich sehe „sieben Innovationen". Das sind zum ersten (1) die Lebenszykluskosten, zweitens (2), dass der Produktionsprozess bei den technischen Spezifikationen einbezogen werden kann, weiter (3) Gütezeichen und (4) Ausschlussgründe in Art. 55 Abs. 3a, (5) das ganze Regime zu den sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen ab 750.000,- Euro, (6) die Innovationspartnerschaft, und dann zum Schluss (7) die Förderung von kleineren und mittleren Unternehmen.

Ich möchte mir, da ich nicht so viel Zeit habe, zwei Themen heraussuchen. Zum ersten die Einbeziehung des Produktionsprozesses. Besteht die seit der Entscheidung Wienstrom bekannte Voraussetzung des „Zusammenhangs mit dem Auftragsgegenstand" weiterhin? Es gibt da ein System von Ausnahmen, das dies in Frage stellt. Für mich ist das nicht klar genug und gegebenenfalls sollte das im Text klarer herausgearbeitet werden. Für mich ist dann die Grenze erreicht, wo das Vergaberecht nicht nur Binnenmarktrecht ist und nicht nur versucht, möglichst Value for Money zu erreichen, sondern auch Instrument anderer Ziele wird, wenn der Gesetzgeber oder die Vergabestelle nicht nur den Produktionsprozess des zu beschaffenden Produktes beeinflussen will, sondern auch den Produktionsprozess für alle anderen Produkte des Lieferanten, Produkte, die an ganz andere Abnehmer verkauft werden.

Ein zweites Thema sind die kleinen und mittleren Unternehmen. Dort gibt es diverse Maßnahmen die über den ganzen Entwurf verteilt sind: die (1) Eigenerklärung, (2) die Teilung von Aufträgen in Lose, (3) direkte Zahlungen an Unterauftragnehmer und (4) niedrigere Voraussetzungen an die Prüfung der wirtschaftlichen und finanziellen Leis-

tungsfähigkeit. Als Umsatz musste nach dem Ursprungsentwurf das Dreifache des Auftragswertes nachgewiesen werden, aber nach dem jetzigen Stand nur noch das Doppelte. All dies sind wichtige Maßnahmen, die erkennen lassen, dass die Kommission und insgesamt das EU-Recht, also das gesamte Recht des Binnenmarktes, nicht mehr nur ein Recht für große Betriebe sein will, sondern eben auch für kleinere und mittlere Unternehmen.

Ich komme zu meiner Schlussbemerkung. Zunächst einmal ist festzuhalten, dass unter den jetzt gültigen Richtlinien durchaus Möglichkeiten bestehen, sogenannte Sekundärzwecke, insbesondere umweltbezogene und soziale Zwecke, in das Vergabeverfahren einzubeziehen. Aber jetzt, im neuen Entwurf, scheint das Pendel stärker in diese Richtung auszuschlagen. Zweite Bemerkung: Es scheint immer noch so zu sein, und da setzt sich lediglich eine bereits vorhandene Entwicklung fort, dass Umweltgesichtspunkte stärker und klarer berücksichtigt sind als soziale Zwecke.

Eine ganz wichtige Frage, die immer noch offen ist und die aus meiner Sicht eigentlich eine der Wichtigsten ist, betrifft die Überprüfung durch die Vergabestellen. Wie sollen die Vergabestellen eigentlich überprüfen, dass all die Dinge die ihnen da von den Unternehmen versprochen werden auch wirklich eingehalten werden? Sind die Vergabestellen wirklich die Richtigen, um nachzuprüfen ob zum Beispiel Arbeitsschutzmaßnahmen eingehalten werden? Hat das Vergaberecht nicht auch Grenzen, und sollten diese Grenzen nicht auch anerkannt werden? Wie kann man die Reserviertheit der Beschaffungsämter überwinden? Ich denke, das muss durch eine weitergehende Professionalisierung und Sensibilisierung geschehen.

Es stellt sich also die grundsätzliche Frage, ob Sekundärzwecke im Vergabeverfahren berücksichtigt werden sollten. Dies scheint mir im jetzigen EU Vergaberecht einigermaßen beantwortet zu sein, nämlich mit Ja. Und wenn ich mir überlege, wie das wohl bei den 20. forum vergabe Gesprächen sein wird, wenn wir wohl den nächsten Richtlinienentwurf besprechen werden, glaube ich, wird sich die Lage von dem eben von mir Gesagten gar nicht wesentlich unterscheiden. Ich glaube nämlich, dass sich insbesondere durch die starke Einflussnahme des Parlaments auf die Schaffung des Vergaberechts eine politische Dynamik entwickelt hat, die die Sekundärzwecke sehr wichtig nimmt. Wichtiger vielleicht, als das die Kommission oder der Rat tun würden. Da sich das nicht ändern wird, wird dieses Thema weiterhin akut bleiben, die Sekundärzwecke werden auch bei den 20. Gesprächen eine ähnliche Rolle spielen und es steht dann noch aus, wie das dann zu bewerten sein wird. Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Die neuen Vergaberichtlinien der Europäischen Union – die Sicht der Rechtswissenschaft

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

Zusammenfassung der Aussprache

Die Diskussion konzentrierte sich zunächst auf die mit der Reform weiter verstärkte Zulassung politischer – und insbesondere sozialer – Aspekte.

Ein Teilnehmer äußerte sich nachdrücklich kritisch gegenüber zu weit gehenden Vorgaben zur Berücksichtigung politischer Aspekte im Vergabewesen. Bereits vor den jetzigen EU-Reformen habe die Berliner Landesregierung für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte Regelungen beispielsweise zu Frauenförderung und ILO-Arbeitsnormen eingeführt. Dies umfasse auch sehr weitreichende Befugnisse zur Prüfung bei Auftragnehmer-Unternehmen und Ingenieurbüros, woher bestimmte Materialien stammten. Die Folge sei, dass bei Vergaben in Berlin gewisse Baumaterialien wie Granit faktisch oft kaum mehr eingesetzt werden würden, allein weil abstrakt bekannt sei, dass in Herkunftsländern wie Indien Kinderarbeit vorkomme. Dies zeige, dass derart weitreichende Restriktionen bzw. Überprüfungsmaßnahmen nicht akzeptabel seien.

Ein Rechtsanwalt knüpfte an die Diskussion zur Überforderung der Vergabestellen mit den zahlreichen Kriterien im Rahmen der Zuschlagserteilung bzw. der nachfolgenden Administrierung der Vertragsausführung an. Viele Vergabestellen scheiterten an der Erarbeitung einer transparenten und in sich schlüssigen Wertungsmethodik. Hinzu komme nun, dass Eignungsaspekte wie die Qualität des eingesetzten Personals anhand von Referenzen und daneben noch verstärkte soziale bzw. umweltpolitische Aspekte in die Angebotswerte einfließen könnten. Angesichts dessen müsse die Wissenschaft gefragt werden, inwieweit diesbezüglich noch an rationalen Wertungskonzepten gearbeitet werde. Insbesondere stelle sich die Frage, wie dafür Sorge getragen werden könne, dass bei der Wertung nicht letztlich doch der Preis im Verhältnis zur Qualität überrepräsentiert werde.

Ein weiterer Vertreter der Rechtsanwaltschaft vertrat schließlich die Auffassung, dass die Europäische Kommission immer für Sekundärzwecke und „strategische Ziele" eingetreten sei. Dagegen habe sie sich nach seiner Eischätzung um den freien Markt im Vergabebereich und den Wettbewerb nie mehr gekümmert als um andere Ziele bzw.

Sekundärzwecke. Das sei nach seiner Beobachtung bereits seit 1994 so gewesen und habe sich seitdem nicht wesentlich geändert.

In Reaktion auf die Diskussionsbeiträge merkte zunächst Herr Prof. Trybus an, das im ersten Diskussionsbeitrag angeführte Berliner Beispiel bestätige seine Warnung, dass die Beschaffungsstellen die Einhaltung der umfangreichen Anforderungen oft gar nicht leisten könnten. Noch eher als für Deutschland dürfte dies für kleinere EU-Mitgliedstaaten mit oft nur sehr kleinen Beschaffungsstellen gelten, die die erwähnten Prüfmaßnahmen wohl oft gar nicht durchführen könnten. Weiter äußerte Prof. Trybus, dass über die Regelungen der Vergaberichtlinien des Jahres 2004 hinaus der Druck auf eine stärkere Berücksichtigung von Sekundärzwecken – insbesondere auch seitens des Europäischen Parlaments – stark gewachsen sei. Offensichtlich bestehe politisch der Wunsch, dies auch in der Formulierung der Vorschriften zum Ausdruck zu bringen. Allerdings würde er nicht so weit gehen, dass die Kommission ihre diesbezüglichen Arbeiten nur einseitig ausgerichtet habe.

Herr Prof. Burgi führte aus, angesichts der modernen, hochkomplexen Gesellschaft werde man die Sekundärziele im Vergaberecht nicht mehr aus der Welt schaffen können. Vielmehr seien sie Teil eines politisch mehr oder weniger starken bzw. in Wellenbewegungen verlaufenden, jedoch nicht mehr auf Null zurückgehenden Anliegens der Gesellschaft, das seinen Niederschlag auch im Beschaffungswesen finde. Wichtiger erscheine ihm die Frage, wer in diesem Bereich in Deutschland aktiv werde. Insoweit sollte der Bund die Zügel stärker in die Hand nehmen als er es bisher getan habe. Derweil der Bund momentan zu diesem Thema schweige, sei in der Folge ein erheblicher „Wildwuchs" an Landesvergabegesetzen entstanden. Dies führe zu einer viel größeren Uneinheitlichkeit als sie etwa durch das Kaskadensystem verursacht werde, und bewirke für alle Beteiligten zunehmend große Probleme.

Mit Blick auf die angesprochenen Schwierigkeiten bei der Wertung würden im euro-

päischen Raum teils bereits elektronische Lösungen angeboten. Dagegen werde jedenfalls nach traditioneller deutscher Vorgehensweise wohl nach wie vor ein gewisser Beurteilungsspielraum bei der Entscheidung geschätzt. Ähnlich wie bei Prüfungen könne man letztlich nie vollkommen exakt ermitteln, ob einem Kandidaten beispielsweise 7, 8 oder 9 Punkte zukämen. Wesentlich sei jedoch, dass jeder Kandidat das Recht habe, während des gesamten Verfahrens fair und nichtdiskriminierend behandelt zu werden.

Frau Prof. Gurlitt ergänzte, die Überlagerung der Vergabe mit Sekundärzwecken sei nicht neu. Sie habe bereits in der Zeit, als das Vergaberecht noch haushaltsrechtlich geregelt war, beispielsweise in Gestalt der Zonenrandförderung bestanden. Die Berücksichtigung von Sekundärzwecken könne als eine Handlungsform des modernen Staates aufgefasst werden, um seine Instrumente flexibel einzusetzen und sie für verschiedene Zwecke nutzbar zu machen. Bezüglich der besonders starken Bedeutung des Umweltrechts als Sekundärzweck empfehle sich ein Blick in die EU-Verträge. Immerhin sei das Umweltrecht anders als andere Materien durch die sogenannte Querschnittsklausel besonders hervorgehoben. Diese verpflichte die EU, bei der Verfolgung aller anderen Sachpolitiken auf das Umweltrecht Bezug zu nehmen, was für andere Sekundärzwecke nicht in gleichem Maße gelte. Schwieriger sei dagegen, die Frage zu klären, wie in der Praxis am besten vorzugehen sei bzw. Sachgerechtigkeit hergestellt werden könne. In der Tat könne es nur darum gehen, die Berücksichtigung von Sekundärzwecken so weit wie möglich zu rationalisieren. Immerhin sei zu begrüßen, dass die Berücksichtigung von Sekundärzwecken heute im Gegensatz zu früher transparenter offengelegt werden müsse.

In der weiteren Diskussion führte ein Vertreter vom Bundesverwaltungsgericht der Schweiz aus, der Umgang mit den Sekundärzwecken sei zunächst ein verwaltungspraktisches Thema. Allerdings gebe es einen Punkt, an dem möglicherweise die Gerichte einhaken könnten. Wenn beispielsweise im Rahmen einer Skala von 100 % aller Punkte 20 % für den Preis, 20 % für die Qualität und 60 % für Umweltkriterien im Sinne der „Max Havelaar"-Entscheidung des EuGH vorgegeben würden, sei dies kaum mehr mit dem Prinzip „best value for money" zu vereinbaren. In der Schweiz habe man sich bereits mit diesem Thema befasst. Jedenfalls erscheine es nicht angemessen, wenn beispielsweise 70 oder 80 % der Punkte für die Berücksichtigung von Sekundärzielen angesetzt würden. Vielmehr müsse ein nennenswerter Anteil für Preis und Qualität im traditionell verstandenen Sinne vorgesehen werden, der restliche Prozentanteil könne dann in vernünftigem Umfang für Sekundärzwecke „reserviert" werden.

Im Rahmen einer Schlussrunde sprach zunächst ein Vertreter der GIZ nochmals die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern an. Aus seiner Sicht erscheine es nicht überzeugend, dass für eine Rechtsmaterie ab den Schwellenwerten Bundeskompetenz bestehe und unterhalb der Schwellenwerte nicht. Wenn aber die Rechtfertigung dafür darin bestehe, dass EU-Richtlinienrecht eine einheitliche Umsetzung

erfordere, so hieße dies doch auch, dass eine Ausdehnung des Anwendungsbereiches – wie z.B. national niedrigere Schwellenwerte für Sozialleistungen – nicht von der Bundeskompetenz gedeckt wären. Entsprechendes müsse auch für die Regelungen zu Sekundärzwecken gelten, wo nationale Einschränkungen wohl nicht mehr vom Zwang zur Umsetzung entsprechend dem Richtlinienrecht gedeckt wären.

Ein Rechtsanwalt vertrat die Auffassung, die aktuellen Ausweitungen der Zulassung von Sekundärzwecken im Sozial- und Umweltsektor unterschieden sich deutlich von den älteren Bestimmungen zur Zonenrandförderung. Während es bei Letzteren nur um die Frage gegangen sei, an wen vergeben werden sollte (z.B. Flüchtlinge und Spätheimkehrer), hätten die aktuell ausgeweiteten Sekundärziele eher „Aufforderungscharakter" in dem Sinne, dass die Betroffenen aktiv Anstrengungen zu Frauenförderung, Umweltschutz oder Ähnlichem unternehmen sollten. Insbesondere bei Vorgaben bezüglich des Produktionsprozess erscheine die Bindung an den Auftragsgegenstand nicht machbar. Denn wohl kaum ein Unternehmen sei in der Lage, einen bestimmten Produktionsprozess für einen einzelnen Auftrag einzurichten. Entsprechendes gelte für die Frauenförderung, die kaum nur auf einen bestimmten Auftrag bezogen sein könnte. Insoweit müsse man darüber diskutieren, wo realistischer Weise die Grenze für derartige Regelungen gezogen werden sollte.

Weiter bezeichnete der Teilnehmer die Auffassung, dass unterhalb der Schwellenwerte keine Gesetzeskompetenz für eine nationale Regelung bestehe, als wenig überzeugend, zumal, wenn man vergleichend auf Österreich und weitere europäische Staaten schaue, die nationale Vergaberegelungen auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte erstreckt hätten. In Betracht komme beispielsweise eine Regelung, die auch unterhalb der Schwellenwerte gelte, ggf. mit Ausnahme von kleinen Vergaben bis zu einem Bagatellwert von 5.000 Euro, oder ein „light regime" unterhalb der Schwellenwerte.

Ein Vertreter des BDI ging nochmals auf das wiederholt angesprochene pro und contra einer Vergabegesetzgebung unter Einschaltung der Vergabeausschüsse ein. Entgegen der teils geäußerten Kritik sei jedenfalls festzuhalten, dass Deutschland bei Geltung des Prinzips der fachnahen Normgestaltung grundsätzlich sehr erfolgreich das mit weitem Abstand größte nationale Beschaffungsvolumen in der EU abwickle. Erwähnenswert sei ferner, dass Deutschland während der Geltung dieses Systems bereits 1960, d.h. weit vor Entstehung des EU-Vergaberechts, seine Märkte einseitig auch für ausländische Lieferanten geöffnet und so zum großen Exporterfolg der deutschen Wirtschaft beigetragen habe und schließlich auch die aktuelle Finanz- und Wirtschaftskrise besser als fast alle anderen Mitgliedstaaten der EU gemeistert habe. All dies könne die teils vorgetragene Kritik an den Vergabeausschüssen jedenfalls nicht untermauern, sondern spreche eher für eine Beibehaltung der langjährig legitimierten Fachgremien.

Zur von Prof. Burgi angedeuteten Option einer Herauslösung des Vergaberechts aus Wettbewerbsrecht erinnerte der Vertreter des BDI an die Bedeutung der Zuordnung zum GWB mit Blick auf die verfassungskonforme Ermöglichung des effektiven Vergaberechtsschutzes. Insoweit sei zu fragen, ob dieser zügige Rechtsschutz auch in einem Gesetz jenseits des GWB aufrechterhalten werden könne. Schließlich bat er um eine Einschätzung des Podiums zu der kurz vor Abschluss der Reform eingefügten, problematischen Regelung des Art. 15 Abs. 2 der neuen Vergaberichtlinie für klassische öffentliche Auftraggeber. Es stelle sich die Frage, wie diese Regelung, nach der die Mitgliedstaaten gewährleisten müssten, dass die Wirtschaftsteilnehmer nicht nur Gesetzesrecht, sondern ggf. auch Tarifrecht und weitere Standards internationaler Organisationen einhalten, in der Praxis zu interpretieren sei.

In der Erwiderung auf diese Diskussionsrunde teilte Herr Prof. Dreher die genannten Argumente bezüglich der sehr guten wirtschaftlichen Bilanz Deutschlands im öffentlichen Auftragswesen im Hinblick auf das geltende Vergaberechtssystem nicht. Zur Frage des künftigen Standorts des deutschen Vergaberechts hob er hervor, das GWB sei bisher insofern ein guter Standort gewesen, als sich der Wettbewerbsgedanke auf das Kartellvergaberecht übertragen habe. Dies sei „heilsam" für das ganze Vergaberecht. Es entspreche dem auch vom EuGH verfolgten Ziel des Vergaberechts, größtmöglichen Wettbewerb zu schaffen. Das dürfe man nicht vergessen, wenn man erwäge, das Vergaberecht woanders anzusiedeln.

Herr Prof. Burgi, erwiderte darauf, es gehe keinesfalls darum, den Wettbewerb oder die grundlegenden Bestimmungen des § 97 GWB oder gar den Rechtsschutz zu beeinträchtigen. Seiner Auffassung nach ließen sich diese Regelungen heute inhaltlich unverändert in ein eigenständiges Gesetz überführen. Wenn es dafür eine politische Mehrheit gäbe, könne der Bund die Vergaberechtsvorschriften des GWB in ein Sondergesetz überführen. Das würde weder für den Rechtsschutz noch für den Wettbewerbsgedanken zu Problemen führen. Die Argumente für die Umsetzung des EU-

Vergaberechts im GWB seien in der damaligen Situation richtig gewesen, heute seien sie aber keine Gegenargumente mehr gegen eine Herauslösung aus dem GWB.

Zur Kompetenzfrage vertrat Prof. Burgi die Auffassung, eine Bundeskompetenz für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte könne nicht aus einer Bezugnahme auf Österreich hergeleitet werden; denn trotz mancher Ähnlichkeiten sei das österreichische Verfassungsrecht nicht mit dem deutschen identisch. Im Übrigen müssten die Aspekte der nationalen Kompetenzverteilung und der Schwellenwerte voneinander unterschieden werden. Der Schwellenwert sei nach seiner Auffassung ein Indikator dafür, dass ab diesem Schwellenwert die Rechts- und Wirtschaftseinheit deutlich stärker herausgefordert sei als unterhalb, weil die Bieter und Akteure insoweit mobiler und europaweit aktiv seien. Dies sei ein Indiz dafür, dass dort die Rechts- und Wirtschaftseinheit eine Bundesregelung erfordere. Die Grenze dafür sei nach seiner Auffassung bei den bisherigen Schwellenwerten anzunehmen, wobei das eine typisierende Betrachtung sei.

Herr Prof. Trybus stellte klar, dass ihm die Verfolgung von Politikzielen wie Umwelt- und Arbeitsschutz nicht wichtig wären. Er habe nur die Frage aufwerfen wollen, dass man, wenn man zugleich auch das Vergaberecht vereinfachen wolle, überlegen müsste, ob man die erwähnten Politikziele nicht wirksamer mittels anderer Instrumente wie z.B. dem originären Arbeitsschutz oder dem Strafrecht erreichen könne. Jedenfalls erscheine die Vereinfachung des Vergaberechts mit dieser Reform nicht gelungen.

Frau Prof. Gurlitt stimmte mit Herrn Prof. Burgi darin überein, dass die Einordnung des Vergaberechts in das GWB damals richtig gewesen sei, heute jedoch eine entsprechende Regelung ebensogut auch in einem separaten Gesetz geregelt werden könne. Dafür gebe es auch andere Beispiele wie das Energiewirtschaftsgesetz, das ebenfalls einen Zivilrechtsweg begründe und eine kartellrechtsähnliche Materie sei, das Regulierungsrecht mit einer Überprüfung durch Oberlandesgerichte und einem Beschwerdeverfahren zum Bundesgerichtshof sowie das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz.

Zu Art. 15 Abs. 2 der neuen Vergaberichtlinie vertrat Frau Prof. Gurlitt die Auffassung, man werde den Einfluss der Sekundärziele aus dem Vergaberecht wohl nicht mehr herauslösen können. Es handele sich hier um das klassische Handeln im „nicht imperativen Staat", der eben nicht verbiete, sondern nahelege, sich in bestimmter Weise zu verhalten, wenn man einen öffentlichen Auftrag erhalten wolle. Diese Situation sei grundrechtlich und auch kompetenzrechtlich allerdings wohl nur beschränkt beherrschbar. Art. 15 Abs. 2 diene sicherlich einer „symbolischen Politik", wobei mit der Norm mehr versprochen werde als tatsächlich bewirkt werden könne. Es erscheine in der Tat schwer vorstellbar, wie der Auftraggeber sicherstellen könne, dass in einem betreffenden Fall sämtliche internationalen Vorgaben, darunter beispielsweise auch etwa ILO-Normen, beachtet werden.

Workshop 1:
Vergaberecht und Kartellrecht

Moderation und Einführung

Marianne Motherby

Leiterin Recht, Deutsche Bahn AG

Das Thema unseres Workshops „Vergaberecht und Kartellrecht" ist ein weites Feld, und deswegen wollen wir uns hier auf zwei Aspekte konzentrieren, nämlich auf die Themenbereiche „Bietergemeinschaften" und „Probleme der Selbstreinigung". Als Juristin der Deutschen Bahn habe ich zu beiden Themenfeldern einen unmittelbaren praktischen Bezug.

Auf Veranlassung der Deutschen Bahn hat die Münchner Staatsanwaltschaft im April dieses Jahres die Geschäftsräume von 16 Unternehmen wegen des Verdachts wettbewerbswidriger Absprachen durchsucht. In der Presse wurde darüber berichtet. Die Deutsche Bahn hatte eine Strafanzeige gegen die betreffenden Unternehmen erstattet. Wie war es dazu gekommen? Wir hatten Sicherungsleistungen im Rahmen einer Brandschutzsanierung von fünf S-Bahnhöfen in München ausgeschrieben. Auf diese Ausschreibung erhielten wir nur die Bewerbung einer aus 13 Unternehmen bestehenden Bietergemeinschaft, weitere Angebote gab es nicht. Daraufhin haben wir die Ausschreibung aufgehoben und den Ausschreibungsgegenstand in fünf Lose aufgeteilt. Anstatt nun mehrere Angebote von verschiedenen Bietern zu erhalten, sahen wir uns mit einer von 13 auf 16 Unternehmen angewachsenen Bietergemeinschaft konfrontiert, die sich auf jedes einzelne Los bewarb. Der Verdacht wettbewerbswidriger Absprachen drängte sich hier geradezu auf. Die Ermittlungen der Münchner Staatsanwaltschaft hatten übrigens einen positiven Nebeneffekt. Bei den folgenden Ausschreibungen konnten wir in der betreffenden Region feststellen, dass Bietergemeinschaften seitdem nur noch aus einer sehr viel geringeren Anzahl von Bietern bestehen, die Wettbewerbsintensität hat sich also erfreulich erhöht.

Die Probleme der Selbstreinigung von Kartellanten sind für die Deutsche Bahn ebenfalls ein praktisch relevantes Thema, insbesondere im Zusammenhang mit dem sogenannten Schienenkartell, über das die Medien ausführlich berichtet haben. Im Mai 2011 hatten das Bundeskartellamt und die Staatsanwaltschaft Bochum die Geschäftsräume mehrerer Schienenhersteller wegen des Verdachts kartellrechtswidriger Preisabsprachen durchsucht. Die den Kartellanten vom Bundeskartellamt nach Abschluss der Ermittlungen auferlegten Bußgelder liegen in dreistelliger Millionenhöhe. Wie ist mit diesen Unternehmen nun bei zukünftigen Ausschreibungen umzugehen? Wann müssen oder können wir sie wegen mangelnder Zuverlässigkeit von einem Vergabeverfahren ausschließen, und wann sind die Erfordernisse einer Selbstreinigung so weit erfüllt, dass keine Zweifel an der Eignung des betreffenden Bieters bestehen? Mit diesen und zahlreichen weiteren Fragen muss sich die Deutsche Bahn aktuell in einem Vergabeverfahren zur Beschaffung von Schienen auseinandersetzen. Unser heutiger Workshop wird hierzu sicher wertvolle Einsichten liefern.

Workshop 1: Vergaberecht und Kartellrecht

Einführung

Ministerialrat Michael Elzer

Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung, Wiesbaden

Ich habe deshalb vorgeschlagen anzufangen, weil ich Sie mit einer Politik vertraut machen will, die Sie zwar schon kennen, die aber in der Diskussion immer wieder unter dem gemeinsamen Oberbegriff „vergabefremde Aspekte" diskutiert wird. Die Politik und insbesondere die Umsetzung in den Ländern – wie aber auch zum Teil im Bund, jetzt aber auch bei den europäischen Gremien – gehen weiter als nur bis zu einer wirtschaftlichen und sparsamen Beschaffung.

Dann möchte ich ganz kurz den Rechtsrahmen abstecken.

Vergaberecht ist eigentlich nichts anderes – so versuche ich es den Leuten immer wieder zu erklären – als BGB. Das haben wir als Juristen allemal gelernt. In § 145 BGB finden Sie die invitatio ad offerendum, „ich fordere Unternehmen auf, in einem offenen Verfahren/nicht offenen Verfahren ein bindendes Angebot abzugeben und bei dem anderen Verfahren, bei der freihändigen, da erkläre ich, was ich haben will, aber ich bin bereit mit ihnen zu verhandeln." § 145 BGB ist da der Einstieg, also sind wir eigentlich im bürgerlichen Recht, im bürgerlichen Vertragsanbahnungsrecht. Alles andere was dazu kommt, umlagert dann dieses bürgerliche Recht, das sollte man nie aus den Augen verlieren. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund von später aufgeworfenen Fragen wie der, was ist denn eigentlich, wenn ich jemanden sperre? Nach welchen Rechtsgrundsätzen kann das erfolgen? Ist das Bürgerliches Recht? Da finden wir im BGB sehr wenig oder ist das möglicherweise Öffentliches Recht, dann ist die Frage, wer wird erfasst? Sind das nur die öffentlichen, klassischen öffentlichen Auftraggeber oder auch die Sektorenauftraggeber?

Das Kartellrecht ist einer der flankierenden Rechtsbereiche die wir behalten haben. Fairen Wettbewerb sollen wir auch fördern, beispielsweise dadurch, dass wir Korrup-

tion wie auch Kartelle bzw. irgendwelche Formen von Absprachen versuchen zu bekämpfen, indem wir möglichst viel Wettbewerb erzeugen. Dann hat allerdings auch der öffentliche Auftraggeber zu beachten, dass er selbst nicht diskriminierend sein darf. Er darf nicht jeden ausschließen, nur weil ihm möglicherweise dessen Verhalten nicht passt, wenn er beispielsweise im Bereich der Sperre bzw. der Wiederzulassung, der sogenannten Selbstreinigung, aktiv ist.

Welche Tatbestände sind denn überhaupt relevant? Jemand, der notorisch im Straßenverkehr auffällt, ist wohl kein Fall, um für das öffentliche Auftragswesen seine Zuverlässigkeit in irgendeiner Form infrage zu stellen.

Ich komme wieder zurück zum Vergaberecht. Vergaberecht ist Haushaltsrecht, Vergaberecht ist aber auch Unionsrecht. Wir sind so in diesem Dreiergemenge.

Thesen zum Vergaberecht, Haushaltsrecht, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, da fällt dann das Stichwort „vergabefremde Aspekte". Die Länder, insbesondere die sogenannten A-Länder, stören sich schon lange nicht mehr dran. Das Land Hessen ist auch so seine eigenen Wege gegangen, soweit es gehen konnte, nämlich unterhalb der Schwellenwerte und außerhalb sogenannter binnenmarktrelevanter Sachverhalte.

Die Politik versteht das Haushaltsgebaren unter anderem als ein „Instrument aktiver Wirtschaftspolitik". Mit öffentlicher Nachfrage sollen wirtschaftliche Vorteile generiert werden, beispielsweise soll der Mittelstand angesprochen werden, damit er zu Aufträgen kommt, damit er erhalten bleibt, damit er als Mitbewerber da bleibt, damit er als Ausbilder da bleibt, damit er als Unternehmen möglicherweise in der Tiefe der Provinz erhalten bleibt, ein Problem was wir zurzeit in Hessen haben. Nach der Bevölkerungsstatistik wird sich Nordhessen immer weiter entvölkern und dann werden eines Tages auch die Handwerksbetriebe dort zumachen, weil sie erstens keine Aufträge mehr haben und zweitens kein Personal mehr finden. Also das versucht man damit zu steuern, ebenso wie das Problem der Wirtschaftlichkeit.

Was ist denn eigentlich wirtschaftlich? Ist es nur das Produkt oder die Leistung die ich einkaufe oder kann ich sogar weitergehen, zum Beispiel Preis/Leistung, Lebenszyklusbetrachtungen oder eben Nachhaltigkeit berücksichtigen? Das wird gerade in dem anderen Workshop behandelt.

Oder auch die Wertschöpfung in der Provinz? Was bringt mir eigentlich mein öffentlicher Auftrag für mich als öffentlicher Auftraggeber? Der Bürgermeister beispielweise ist daran interessiert, möglichst viele Aufträge aus seinem Ort zu gewinnen: einen Handwerker, er hat Arbeitsplätze, er zahlt Gewerbesteuer; und wenn er alles das spitz rechnet im Rahmen seiner wirtschaftlichen Betrachtung, im Rahmen einer Wertschöpfungsbetrachtung, dann kann es sein, dass der Auftrag wirtschaftlicher ist als der andere. Damit kommen wir natürlich in andere Gemengelage hinein, insbesondere ins Wettbewerbsrecht, Diskriminierungsverbote und wir kommen in das europäische Recht, weil wir hier möglicherweise auch Beihilfetatbestände schaffen, die möglicher-

weise irgendwann einmal, zumindest ab einer bestimmten Größenordnung binnenmarktrelevant sind.

Des Weiteren soll im Rahmen des Kartellrechts versucht werden, eine gewisse Sauberkeit einzuführen. Das heißt, dass für Groß und Klein die gleichen Wettbewerbsbedingungen geschaffen werden sollen; Stichpunkt ist beispielsweise die losweise Vergabe oder die losweise Ausschreibung und die Gesetzestreue. Es gibt einen alten Spruch, der insbesondere vom Handwerk kommt: „Wir sind tarifgebunden, wir sind die Gesetzestreuen, wir zahlen auch unsere Steuern, weil wir es uns nicht leisten können, als Steuersünder aufzufallen, dann ist aber unser Geschäft zu Ende. Die Vorteile haben die Gesetzesuntreuen, die sich an bestimmte Spielregeln allgemeiner Natur oder auftragsbezogen nicht halten."

Was ist Mittelstand? Da gibt es eine Legaldefinition, eine Empfehlung der Europäischen Kommission, an der sich die meisten Bundesländer orientieren. Da kann man auch nichts falsch machen, jedenfalls in Hessen orientieren wir uns an diesem Begriff. Und als Beispiel der Förderung dieser mittelständischen Aspekte haben wir die Ländervergabegesetze, aber auch das europäische Recht sowie den § 97 Abs. 3 GWB.

Ich will kurz die Bedeutung des Mittelstands erläutern, warum das auch ein wichtiger Punkt ist und man auch im Rahmen der Nachfrage als öffentlicher Kunde eine Förderung verbinden will. 60 % unserer Beschäftigten arbeiten in mittelständischen Unternehmen, gemäß dem Definitionsrahmen der Europäischen Kommission. 83 % der Auszubildenden sind in mittelständischen Unternehmen und 99,6 % aller Unternehmen sind mittelständische Unternehmen. Und wenn die immer weiter wegbrechen sollten, insbesondere in Gegenden, wo hauptsächlich die öffentliche Hand Auftraggeber ist, da muss man sich natürlich überlegen, ob wir uns das überhaupt wirtschaftlich leisten können oder müssen wir extra Geld in die Hand nehmen, diese Unternehmen wieder fördern. Aber wenn sie nichts verdienen können, ist die Förderung möglicherweise auch verpufft (abgesehen von den EU-rechtlichen Fragen, ob das in das allgemeine Förderszenario passt und ob das möglicherweise den Rahmen von De-Minimis-Förderungen sprengt).

In Hessen haben wir ein Vergabegesetz, das seit 1. Juli 2013 gilt. Dort haben wir für das Land, für alle Beschaffungsstellen des Landes und für die kommunalen Beschaffungsstellen einen Förderauftrag zugunsten mittelstandsgerechter Beschaffung vorgesehen. Das heißt, es muss losweise ausgeschrieben und auch gewerkeweise ausgeschrieben werden. Es muss sogar getrennte Vergaben in unterschiedlichen Vergabeverfahren geben. Man kann allenfalls sagen, dass ein Bewerber sich nur auf drei Lose gleichzeitig bewerben kann. Da ist die Frage, ob das überhaupt rechtmäßig ist? Kann man das bis zum Ende durchhalten? In der Rechtsprechung wird man das durchhalten können und bei der getrennten Ausschreibung, da gibt es keine Kopplungsmöglichkeiten für Generalunternehmer. „Wenn ich die Lose 1 - 10 bekomme, mache

ich einen Nachlass von 10 %“, das geht bei getrennten Ausschreibungen nicht, zumindest nicht nach ständiger Rechtsprechung.

Wie soll ich Bietergemeinschaften fördern? Die Regeln, die es dazu gibt, kennen Sie wahrscheinlich. Es gibt da mehr oder minder einen Standpunkt des Bundeskartellamtes und auch der Bundesgerichtshof hat so einige Thesen aufgestellt, aber was wir uns eigentlich wünschen und brauchen, sind klare Kriterien. Wann ist eine Bietergemeinschaft zulässig? Wann ist eine Bietergemeinschaft nicht mehr zulässig? Denken Sie an den Fall, den Frau Motherby Ihnen eben hier geschildert hat, im Schienenkartell oder in anderen mittelständisch-typischen Beschaffungsbereichen.

Die Erfahrung, die wir in Hessen gemacht haben mit Bietergemeinschaften, sind eigentlich mehr als schlecht. Bei Bietergemeinschaften hat die Politik immer das Handwerk im Sinn. Aber Handwerksmeister sind keine Bieter- oder Arbeitsgemeinschaften gegenüber aufgeschlossenen Personen. Jeder sieht sein eigenes Geschäft und jeder muss das Geschäft selbst machen. Also bleibt für uns eigentlich nur, kleine Lose zu packen, kleine Päckchen, damit jeder mal drankommt, gegebenenfalls mit Beschränkung der Zusammenfassung oder der Übernahme mehrerer Lose oder in der getrennten Vergabe. Aber die klassische Bietergemeinschaft, das sind meistens mittelständische Unternehmen, die am oberen Rand sind, die jedenfalls nicht mehr unbedingt zum Handwerk zu zählen sind.

Hier hätten wir gerne mehr Kriterien. Vielleicht bietet sich ja die Gelegenheit, jetzt bei der Umsetzung des neuen europäischen Vergaberechtes im Rahmen der Vergabeverordnung, dass wir da – oder sogar im Rahmen eines Vergabegesetzes – eindeutige Regelungen finden. Zumindest müsste sich die Kartellseite dieser Frage in irgendeiner Form widmen, weil das Problem immer drängender wird, wie Sie auch an dem Beispiel der Deutsche Bahn AG gesehen haben.

Komme ich weiter zu dem Problem der legalen bzw. illegalen Kartelle. Wer soll das prüfen? Soll das der öffentliche Auftraggeber prüfen? Der hat möglicherweise weder die Erfahrung noch die Zeit. Oder muss irgendein anderer Regelungsmechanismus her? Müssen die Kartellbehörden mehr ran oder muss es eine andere Idee geben? Ich möchte hier mal ein Szenario darstellen, was Hessen ab nächstem Jahr möglicherweise blühen kann, wenn die Wahl am Sonntag anders ausgeht als sie gedacht ist, zumindest von den Regierungsparteien. Die SPD hatte im Herbst letzten Jahres ein Vergabegesetz eingebracht, mit allem was dazu gehört, was man aus Nordrhein-Westfalen kennt, aber es sollte auch ein Staatskommissariat eingerichtet werden, der alle Vergabeverfahren kontrolliert, in die Vergabestellen geht wie ein Preisprüfer und sich unaufgefordert die Dokumente zeigen lässt, also nicht erst beim Beginn einer Streitigkeit, beispielsweise in einem Nachprüfungsverfahren nach der Vergabeverordnung oder aber unterhalb der Schwelle im Rahmen eines VOB-Verfahrens bzw. eines VOL-Nachprüfungsverfahrens. Übrigens haben wir in Hessen jetzt die Möglichkeit einer sogenannten Nachprüfungsstelle im Lieferungs- und Dienstleistungsbereich ein-

geführt. Sie ist noch nicht umgesetzt, das hängt damit zusammen, dass wir noch keine Haushaltsmittel haben. Wir hoffen, dass wir spätestens 2015 eine funktionierende VOL-Stelle und eine funktionierende VOB-Stelle haben, wo man dann auch solche Probleme möglicherweise zu lösen hat.

Ich komme zu der Selbstreinigung, das ist das wesentlich spannendere Thema.

Wie gesagt, was ist denn eigentlich Selbstreinigung? Selbstreinigung kann ja eigentlich nur eingreifen, wenn ich gegen etwas verstoßen habe, was meine Zuverlässigkeit als Bieter und Bewerber infrage gestellt hat. Eine Sperre, nur weil ich an einem Kartell beteiligt war, das möglicherweise den öffentlichen Auftraggeber nicht betrifft: ist das schon eine Frage der Unzuverlässigkeit? Kann ich dann von einem Unternehmer verlangen, dass er entsprechende Reinigungsmaßnahmen, Selbstreinigungsmaßnahmen ergreift? Denken Sie an den berühmten Fall der internationalen Bestechungsfälle unserer großen Unternehmen. Kann ich das zum Anlass nehmen und verlangen, dass mir nachgewiesen wird, dass ein Unternehmen aus seinen Erfahrungen oder Korruptionsgeschichten Konsequenzen gezogen hat und auch im Kleinen ein entsprechendes System aufgebaut hat, dass so etwas nie mehr passiert. Siemens wird sich wahrscheinlich bei einem kleinen Auftrag bei einem kleineren oder mittleren öffentlichen Auftraggeber nicht mehr in die Gefahr begeben, aber ihm hängt das immer noch an.

Oder bei den Fällen, die wir in Deutschland jetzt hatten, zum Beispiel die Fälle der Feuerwehrfahrzeuge. Es gab eine Zeit, da konnten die Gemeinden keine Feuerwehrfahrzeuge mehr kaufen, weil alle in den Kartellen verstrickt waren, zumindestens die bedeutenden, die leistungsfähigen Unternehmen; oder jetzt bei dem Schienenkartell, wie komme ich zu meinen Schienen, wenn alle in irgendeiner Form in einem Kartell befangen sind? Was kann ich von denen verlangen, auftragsbezogen, nur für mich? Oder aber auftraggeberbezogen, immer dann, wenn ich ausschreibe? Oder muss ein Unternehmen ein absolutes Selbstreinigungssystem haben, aufgrund dessen es dann gegenüber allen wieder sauber dasteht und damit seine Zuverlässigkeit im öffentlichen Auftragswesen gewährleistet ist.

Zurzeit haben wir die Regelung in den Vergabeordnungen, auch in denen der EU: In denen ist das immer nur auftragsbezogen gemeint. In Hessen gibt zwar eine Sperrliste, wie auch in anderen Bundesländern; aber jedes Mal muss man sich erkundigen, ob ein Unternehmen da gelistet ist und es muss eine Entscheidung getroffen werden, ob es unzuverlässig ist mit Blick auf den Auftrag, der hier eben zum Abschluss ansteht.

Die Bundesregierung und auch die anderen Parteien im Bund überlegen, in der nächsten Legislaturperiode ein sogenanntes Sperrverfahren in Form eines Gesetzes zu regeln. Da stellt sich als erstes die Frage, was ist das für ein Gesetz? Ist das öffentliches Recht, wie sieht es mit den Rechtsbehelfen aus, wie sieht es aus in Verfahren wo jemand für sich reklamiert, er habe den Selbstreinigungsprozess durchlaufen, aber er sei noch nicht von der Liste runtergenommen? Bewirbt ein Unternehmen sich in einem

EU-weiten Vergabeverfahren und geht es dann zur Vergabekammer, weil es aufgrund seiner Eintragung in die Sperrliste noch gesperrt sei? Da müssen sich möglicherweise dann die Vergabekammern und die OLG-Senate mit diesem Verfahren auseinandersetzen oder der BGH und der Europäische Gerichtshof. Wie sieht das aber zum Beispiel aus, wenn ein Unternehmen der Auffassung ist, es habe nach einem Kartell alles getan, sichergestellt, dass es nicht mehr wieder passiert: Die betreffenden Personen sind entlassen, damit sind die personellen Konsequenzen gezogen. Es hat ein Selbstreinigungssystem aufgebaut in organisations-technischer Hinsicht, beispielsweise durch ein Compliance-Management, durch ein Qualitätsmanagement nach der DIN ISO 9001, eines Code of Conduct. Es gibt viele Möglichkeiten zu begründen, man arbeite nach diesem System und sei jetzt wieder zuverlässig und daher in jedem Fall wieder zum Wettbewerb zuzulassen.

Auch wenn es ein öffentlich-rechtliches Verfahren ist oder ein zivilrechtliches Verfahren, dann gilt immer noch das Diskriminierungsverbot. Der öffentliche Auftraggeber darf nicht diskriminieren und er darf den Wettbewerb nicht behindern. Also auch den Wettbewerb des Unternehmers, seine Teilhabe am Wettbewerb. Da ist die Frage, in welchem Rechtssystem bewegen wir uns hier? Wenn es ein Gesetz gäbe, da bin ich möglicherweise der Auffassung, dann sind wir hier im Verwaltungsverfahrensrecht. Dann gibt es das übliche Verfahren, wie wir es mal gelernt haben mit Widerspruch und Klage. Aber wo? Klage beim Verwaltungsgericht? Dann kann es passieren, dass da auf einmal die Frage der Selbstreinigung auftaucht, mit der Anschlussfrage, wo sie dann aufschlägt in der Gerichtsbarkeit. Hier brauchen wir Klarheit, hier brauchen wir auch im Interesse unserer Unternehmen, aber auch der öffentlichen Auftraggeber, eine klare Regelung.

Was wir noch überlegen, ist, ob die Kriterien, die ein Selbstreinigungsverfahren begründen können, gesetzlich geregelt werden. In der Richtlinie werden entsprechende Regelungen sein, vor allem Schadenskompensation und Compliance-Management in irgendeiner Form. Aber es gibt möglicherweise noch andere Möglichkeiten, dass beispielsweise der kleine oder mittlere Unternehmer sagt, er habe seinen Akquisiteur rausgeworfen und ansonsten garantiere er, dass das hier nicht mehr passiert. Oder ein großes Unternehmen sagt, das war nur eine Niederlassungsleistung, unsere Niederlassungen stehen im Wettbewerb untereinander, jeder muss zusehen, dass er zu seinem Auftrag kommt. Wir haben entsprechende Regelungen getroffen, wir haben auch eine allgemeine Compliance-Regelung getroffen, damit sind wir eigentlich jetzt soweit wieder gesäubert, so dass wir entweder gar nicht auf die Liste kommen oder aber, dass wir sofort wieder heruntergenommen werden müssen, weil wir nachweisen können, dass wir entsprechende Maßnahmen getroffen haben.

Kann aber der öffentliche Auftraggeber weitere Kriterien zugrunde legen, bevor er ihn wieder aus der Liste streicht? Beispielsweise in Nordrhein-Westfalen: Er muss nachweisen, dass er Tariftreuerecht einhält. Ich meine nicht das Tarifrecht, das für ihn

ohnehin gilt nach Tarifvertragsgesetz und nach allen anderen Regeln, wie dem Entsendegesetz, sondern ganz offen dieses Tariftreuerecht. Muss es ein frauenfreundlicher Betrieb sein, kann der Auftraggeber das dann zum Gegenstand einer Sperre machen, wenn auffällt, dass vom Unternehmen eine falsche Erklärung abgeliefert wird? Kann es deshalb auf die Sperrliste gesetzt werden? Wie kommt es wieder runter? Nach welchen Kriterien?

Hier muss die rechtsetzende Einrichtung des Bundes und der Länder mehr Klarheit schaffen, sonst verstricken wir uns in ewigen Vergabeprozessen mit dem Nachteil, dass es dann nur noch Rahmenverträge gibt, alle mit einer Laufzeit um die vier Jahre und dann sagt sich der Auftraggeber, ich gebe mir das Ausschreibungsverfahren einmal, alle vier Jahre und dann habe ich wenigstens meine Ruhe. Da kann man auch wieder darüber diskutieren, ob das überhaupt ein Grund für einen Rahmenvertrag ist? Da fangen wieder neue Diskussionen an.

Also. Code of Conduct, Organisation, Compliance-Management, personelle Konsequenzen, diese Fragen, die müssen geklärt werden. Das europäische Recht spricht eigentlich nur Schadensmanagement, also Wiedergutmachung an. Kann man überhaupt eine Schadenswiedergutmachung machen in einem Kartell? Wer stellt denn fest, wie überhöht die Preise waren? Die Preisprüfer nach der Preisprüfungsverordnung werden das möglicherweise auch nicht können, weil sie die ganze Struktur des Unternehmens, die Kostenstruktur des Unternehmens, die Kostenleistungsrechnung des Unternehmens erst untersuchen müssten, um da eine Aussage zu treffen. Was wäre ein Wettbewerbspreis oder aber sind Wettbewerbspreise dann alle die Preise der Kartellanten? Gibt es noch andere, die möglicherweise andere Preise haben? Die sind aber möglicherweise nicht gleichwertig. Da haben wir noch sehr große Probleme bei der Findung einer Selbstreinigung und Wiederzulassung zum öffentlichen Auftragswesen. Und wie gesagt, unsere Idee ist eigentlich – zumindest in Hessen –, wir möchten eigentlich nur Fragen der Zuverlässigkeit geklärt wissen. Wenn ein Unternehmen in einem Kartell war und ist kräftig abgestraft, es hat ein entsprechendes Compliance-Management umgesetzt und es stellt in Aussicht, den Schaden wie auch immer zu regulieren, dann ist der Streit über die Höhe sehr, sehr schwierig und sehr zeitaufwändig und auch unwirtschaftlich. Und da sind wir wieder am Anfang. Vergaberecht soll wirtschaftlich sein, wir wollen eigentlich nicht die Vergaberechtsprechung weiterbringen, sondern wir möchten Verträge schließen und bestimmte Umsätze tätigen, damit wir etwas in die Welt setzen, das die öffentliche Hand braucht bzw. was wir als Bevölkerung von der öffentlichen Hand erwarten.

Wie gesagt, vergabefremde Aspekte sind für uns kein Reizthema, sondern waren schon immer ein Thema. Dies wird jetzt weiter ausgebaut werden und wir müssen uns jetzt Gedanken machen, wie fangen wir diese sogenannten vergabefremden Aspekte ein. Und da ist zurzeit wenigstens nur die Rechtsprechung dazu aufgerufen.

Deshalb darf ich jetzt den Stab weitergeben an Herrn Dicks.

Workshop 1: Vergaberecht und Kartellrecht

Einführung

Heinz-Peter Dicks

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Düsseldorf

Mit den Themen angesprochen sind Schnittstellen zwischen Vergabe- und Kartellrecht. Soweit ich nicht von Entscheidungen des OLG Düsseldorf berichte, gebe ich lediglich persönliche Rechtsmeinungen wieder.

I. Bietergemeinschaften/Einkaufsgemeinschaften und deren kartellrechtliche Zulässigkeit

1. Kartelle sind auf Bieter- und Auftraggeberseite zu thematisieren. Es kann sie auf beiden Seiten geben. Bieter- und Einkäufergemeinschaften berühren das Kartellverbot (Art. 101 AEUV, § 1 GWB). Sie können kartellrechtlich bekämpft werden, was auf ein Einschreiten der Kartellbehörden hinauslaufen kann, also des Bundeskartellamts oder der Landeskartellbehörden, die dazu bislang freilich noch keine nachhaltigen Initiativen ergriffen haben. Kartellbildungen können aber auch in Vergabeverfahren eine Rolle spielen, zum Beispiel dann, wenn Bieter geltend machen, Auftraggeber hätten ein unzulässiges Einkaufskartell gegründet (wie im Fall OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.05.2002, Verg 6/02: Gemeinsamer Einkauf von Plaketten für Kfz-Kennzeichen durch mehrere Kreise und kreisfreie Städte in Westfalen). Auch Bieter können in den Verdacht kommen, ein Kartell eingegangen zu sein, um den Markt gegen (vor allem gegen vordringende) Wettbewerber abzuschotten und um die Preise zu halten oder zu erhöhen (durch Quoten- oder Preiskartelle). Wenn ich hier zum Beispiel gehört habe: Eine Bietergemeinschaft aus 16 Unternehmen ist gegenüber der Deutschen Bahn aufgetreten, dann kann das durchaus schon den Anfangsverdacht eines Bieterkartells hervorrufen.

   Auch im Düsseldorfer Vergabesenat hatten wir zum Beispiel mehrmals den Eindruck, dass in nordrhein-westfälischen Großstädten Kartellabsprachen zwischen

Abschleppunternehmern bestanden. Kartellrechtlich kamen wir da nicht heran, weil wir in tatsächlicher Hinsicht zu wenig wussten und keine erfolgversprechenden Ermittlungsansätze sahen. Wir haben die Fälle seinerzeit vergaberechtlich (gewissermaßen mit dem „Florett") gelöst – mit dem Ergebnis, dass Kartelle neutralisiert worden sind. Fundstellen möchte ich nicht angeben, weil sie Rückschlüsse auf Beteiligungen ermöglichten.

2. Zunächst ist aber darüber nachzudenken, ob und in welchem Umfang Kartellrecht in Vergabenachprüfungsverfahren überhaupt zu prüfen ist. Kartellvorschriften sind außervergaberechtliche Normen. Das kann eine vergaberechtliche Befassung mit solchen Vorschriften verhindern. Wie kommt Kartellrecht in das Vergaberecht hinein? Sind außervergaberechtliche Normen in Vergabenachprüfungsverfahren überhaupt zu prüfen? Das wird mancherorts verneint. Dabei geht es freilich auch um „Erbhöfe", bei denen sich mögliche Betroffene in der „Lufthoheit" über angestammte Rechtsgebiete (zum Beispiel im Entsorgungsrecht oder bei kommunalwirtschaftlichen Betätigungen) durch konkurrierende Entscheidungen der Vergabenachprüfungsstellen tangiert fühlen. Was für sich betrachtet kein beachtliches Kriterium ist. Denn im Fall einer Rückforderung von nach öffentlichem Recht gewährten Beihilfen entscheiden zum Beispiel auch Verwaltungsgerichte darüber, ob – im Sinn einer rechtlichen Vorfrage – Vergaberecht eingehalten worden ist (vgl. z.B. OLG Münster, Urt. v. 20.04.2012, 4 A 1055/09).

   In § 97 Abs. 7 GWB steht: Es geht im Vergabenachprüfungsverfahren (nur) um die Einhaltung oder Nichteinhaltung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren. § 104 Abs. 2 GWB bestimmt: Vor den Vergabenachprüfungsstellen können (nur) Rechte geltend gemacht werden, die auf Vornahme oder Unterlassen einer Handlung des Auftraggebers in einem Vergabeverfahren gerichtet sind. Auch besagt § 107 Abs. 2 Satz 1 GWB: Bei der Antragsbefugnis geht es um eine Rechtsverletzung des Antragstellers durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften.

   Dies hat den Vergabesenat des OLG Düsseldorf in einer früheren Entscheidung (Beschl. v. 22.05.2002, Verg 6/02) dazu bewogen zu sagen, kartellrechtliche Prüfungen sind im Vergabenachprüfungsverfahren nicht anzustellen, weil es dabei eben nicht um eine Beachtung oder Nichtbeachtung von Vergabevorschriften gehe, und der gegen ein Kartell geführte Angriff sich nicht auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung des Auftraggebers in einem Vergabeverfahren richte. Tatsächlich werden kartellrechtliche Absprachen – gleichviel auf welcher Seite – in aller Regel im Vorfeld einer Ausschreibung getroffen. Zu denken gibt daran allerdings: Kartellabsprachen, wenn sie getroffen worden sind, wirken schwerwiegend, ja zersetzend, auf den Bieterwettbewerb ein und in das Vergabeverfahren hinein, und darum müssten die Vergabenachprüfungsinstanzen dergleichen – ergebnisorientiert betrachtet – im Nachprüfungsverfahren eigentlich prüfen und auch sanktionieren können. Über die Jahre hinweg, in denen der Düs-

seldorfer Vergabesenat immer wieder mit außervergaberechtlichen Rechtsverstößen befasst gewesen ist (z.B. mit den rechtlichen Grenzen kommunalwirtschaftlicher Betätigung, mit Patentrecht, HOAI, Kartellrecht und immer wieder mit Entsorgungsrecht), hat sich die Haltung des Senats dazu gewandelt. Den aktuellen Erkenntnisstand fassen zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2012 zusammen:

a) OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.08.2012 (VII-Verg 105/11) betreffend Entsorgungsleistungen (siehe auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.08.2008, VII-Verg 42/07 und Beschl. v. 09.11.2011, VII-Verg 35/11):

   Erforderlich ist eine vergaberechtliche Anknüpfungs- oder Brückennorm – gewissermaßen eine rechtliche „Einbruchstelle" –, innerhalb der eine Inzidentprüfung der außervergaberechtlichen Vorschrift stattzufinden hat (bestätigt durch BGH, Beschl. v. 18.06.2012, X ZB 9/11).

   Ein Beispiel (wobei ich den Sachverhalt vereinfache): Eine Stadt in Nordrhein-Westfalen beabsichtigte, die Abfallentsorgung qua Dienstleistungskonzession an ein privates Entsorgungsunternehmen zu vergeben – außerhalb eines geregelten Vergabeverfahrens. Das private Unternehmen sollte dafür von den Einwohnern Entgelte erheben. Der Antragsteller wollte die Stadt mit dem Nachprüfungsantrag zwingen, ein Vergabeverfahren nach dem vierten Teil des GWB durchzuführen. Er machte geltend, die Erteilung einer Dienstleistungskonzession sei nach dem seinerzeit geltenden KrW-/AbfG unzulässig. Diese Frage ist inzident im Rahmen der in die Zuständigkeit der Nachprüfungsinstanzen fallenden Prüfung zu beantworten, ob die Beschaffung dem Vergaberechtsregime unterliegt (BGH a.a.O.).

   Und ein weiteres Beispiel: In der Sache OLG Düsseldorf, VII-Verg 105/11, ging es unter anderem darum, ob die Leistungsbeschreibung und die Zuschlagskriterien mit unionsrechtlichen und nationalen Vorgaben (z.B. im KrW-/AbfG und im neuen Kreislaufwirtschaftsgesetz) übereinstimmten. Vergaberechtliche Anknüpfungsnormen für eine Überprüfung waren in diesem Fall die Vorschriften über die Leistungsbeschreibung und die Zuschlagskriterien in der VOL/A-EG und in der Richtlinie 2004/18/EG (siehe OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.08.2012, VII-Verg 105/11).

b) OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.06.2012 (VII-Verg 7/12), eine Beschaffung durch eine gesetzliche Krankenkasse betreffend (Fertigspritzen):

   „Es spricht einiges dafür, Kartellrechtsverstöße im Vergabenachprüfungsverfahren zu berücksichtigen, wenn sie von den Nachprüfungsstellen ohne aufwändige Untersuchungen einwandfrei festzustellen sind." Im entschiedenen Fall waren wettbewerbswidrige Absprachen allerdings nicht feststellbar getroffen worden.

   Eine Argumentationshilfe dazu hat der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs im Beschluss vom 18.01.2000 (KVR 23/98, Beschlussabdruck S. 21) gegeben: „Das unter einem besonderen Beschleunigungsbedürfnis stehende Vergabeverfahren (Bemerkung: und infolgedessen auch das demselben Kautel unterliegende

Nachprüfungsverfahren) ist zur Klärung komplexer und bei einer Prüfung von Kartellrecht regelmäßig aufgeworfener Fragen der Marktabgrenzung und der Bewertung der Stellung des Auftraggebers im fraglichen Markt nicht geeignet."

Dies hat auch mit Zumutbarkeitsgesichtspunkten zu tun. Insoweit ist auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf zum Stadtschloss Berlin zu verweisen, die einen Perspektivwandel in der Rechtsprechung des Senats eingeleitet hat (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.12.2009, VII-Verg 39/09 m.w.N.). In einer späteren Entscheidung hat der Senat dies dahin zusammengefasst (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.08.2012, VII-Verg 10/12):

„Die Rechtsprechung des Senats akzentuiert die vergaberechtliche Überprüfung der Beschaffungsentscheidung des Auftraggebers insoweit anders, als vor dem Hintergrund der vom Vergaberecht gleichermaßen bezweckten und darum ebenfalls in den Blick zu nehmenden Verwaltungsaufgabenerfüllung die Effektivität der Beschaffung von einer wettbewerblichen Norminterpretation nicht verdrängt werden darf (siehe zum selben Thema auch Frister, VergabeR 2011, 295; Burgi, NZBau 2009, 609). Damit ist die Forderung nach einer umfänglichen Verobjektivierung der Beschaffungsentscheidung nicht zu vereinbaren, denn dadurch erhöhten sich, und zwar ohne die Beschaffung im Sinn eines „best value for taxpayers money" zu fördern, fühlbar nicht nur der Zeitaufwand bei den Vergabeverfahren, sondern auch die Transaktionskosten beim öffentlichen Auftraggeber und würde das Verfahren noch komplizierter, als es ohnehin schon ist. Die vergaberechtlichen Prüfungs- und Untersuchungspflichten des Auftraggebers unterliegen Zumutbarkeitsgrenzen (so auch Scharen, GRUR 2009, 345, 347 f.; EuGH, Urt. v. 15.05.2008, C-147 und 148/06, Secap, NZBau 2008, 453, Rn. 29 f.)." Das Vergabeverfahren will nach dem Zweck des Gesetzes innerhalb zeitlich überschaubarer Grenzen mit einem Zuschlag beendet werden. Der Auftraggeber verfügt in dieser Zeit für Überprüfungen nur über begrenzte Möglichkeiten. Deshalb sind die dem Auftraggeber im Vergabeverfahren obliegenden Aufklärungs- und Prüfungsaufgaben zu begrenzen (so auch Scharen a.a.O.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.11.2011, VII-Verg 35/11).

Im Ergebnis sind kartellrechtliche Einwendungen – gleichviel, ob von Bieter- oder Auftraggeberseite – im Vergabenachprüfungsverfahren relevant, wenn ein vergaberechtlicher Anknüpfungspunkt besteht, und in diesem Rahmen § 1 GWB (und genauso Art. 101 Abs. 1 AEUV), inzident zu prüfen ist. Vergaberechtliche Anknüpfungsnormen sind insoweit zum Beispiel:

- § 19 EG Abs. 3 f) VOL/A betreffend einen Ausschluss der Angebote von Bietern, „die eine wettbewerbsbeschränkende Abrede" getroffen haben;
- § 97 Abs. 1 GWB: Waren, Bau- und Dienstleistungen werden „im Wettbewerb" beschafft, mithin der Wettbewerbsgrundsatz.

Dabei ist freilich immer im Blick zu behalten: Kartellrechtliche Prüfungen müssen dem Auftraggeber zuzumuten und innerhalb des überschaubaren Zeitraums, der für das Vergabeverfahren vorgesehen ist, zu leisten sein. Nichts anderes hat für das Nachprüfungsverfahren zu gelten. Dies bedeutet, dass langwierige und aufwändige Untersuchungen nicht stattfinden müssen. Eine Anhörung weniger Zeugen oder von persönlich Beteiligten ist hingegen zumutbar. Komplizierte Marktabgrenzungen sind bei Bietergemeinschaften (oder Kartellabsprachen) ohnehin eher entbehrlich. Dass auch Marktabgrenzungen innerhalb zumutbarer Frist in einem Vergabe- und Nachprüfungsverfahren bewältigt werden können, hat sich in einem Verfahren des OLG Düsseldorf erwiesen, das eine Gesamt- oder Fachlosvergabe von Unterhalts- und Glasreinigungsleistungen betroffen hat (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.1.2012, VII-Verg 52/11, NZBau 2012, 324: Erstattung von zwei Sachverständigengutachten im Senatstermin; vgl. zu diesem Problemkreis ferner OLG Koblenz, Beschl. v. 4.4.2012, 1 Verg 2/11).

3. Kartellrechtliche Anforderungen an Bietergemeinschaften

Zivilrechtlich sind Bietergemeinschaften bürgerlich-rechtliche Gesellschaften (§ 705 ff. BGB). In der Regel wird dabei durch Vereinbarung eine gegenseitige Verpflichtung der Beteiligten begründet, von eigenen Angeboten abzusehen und mit anderen Unternehmen nicht zusammenzuarbeiten (oder eine derartige Verpflichtung besteht bereits per se). Nach einem Zuschlag wird aus der Bietergemeinschaft die sog. Arbeitsgemeinschaft (ARGE).

a) In kartellrechtlicher Hinsicht ist festzustellen: Bietergemeinschaften führen im Prinzip zu einer Wettbewerbsbeschränkung. Sie sind geeignet, die Zahl der Angebote und die Auswahlmöglichkeiten des Auftraggebers beim Zuschlag zu vermindern. Zu unterscheiden sind zwei Fallgestaltungen:

a) Sind verschiedene sachliche und räumliche (relevante) Märkte betroffen, gehören die beteiligten Unternehmen insbesondere unterschiedlichen Branchen an und besteht zwischen ihnen kein potenzieller Wettbewerb, ist durch Eingehen einer Bietergemeinschaft eine Wettbewerbsbeeinträchtigung real nicht zu besorgen. In solchen Fällen sind Bietergemeinschaften kartellrechtlich in aller Regel unbedenklich.

b) Sind die Beteiligten hingegen aktuelle oder potenzielle Wettbewerber und (jedenfalls teilweise) auf demselben relevanten Markt tätig – wobei nicht schon eine Ausschreibung einen solchen Markt eröffnet –, ist zu fragen:

Sind die beteiligten Unternehmen (ein jedes für sich) zu einer Teilnahme an der Ausschreibung mit einem eigenen Angebot aufgrund ihrer (objektiven) betrieblichen oder geschäftlichen Verhältnisse (Kapazitäten und deren Bindung, finanziellen Ressourcen, Gerätebestand, fachlichen Kenntnissen) gemäß den Anforderungen der Ausschreibung objektiv nicht leistungsfähig? Und versetzt sie

erst der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft in die Lage, sich an der Ausschreibung mit einem erfolgversprechenden Angebot zu beteiligen? Bejahendenfalls wird der Wettbewerb durch die Bietergemeinschaft im Ergebnis gefördert und ist die Bietergemeinschaft kartellrechtlich zugelassen (vgl. zum Ganzen BGH, Urt. v. 13.12.1983, KRB 3/83, Bauvorhaben Schramberg, GRUR 1984, 379, WuW/E BGH 2050, 2051; BGH, Urt. v. 05.02.2002, KZR 3/01, Jugendnachtfahrten, WuW/E DE-R 876, 878 sowie OLG Düsseldorf, Beschl. v. 03.06.2004, VI-W [Kart] 13/04; Beschl. v. 23.03.2005, VII-Verg 68/04; Beschl. v. 09.11.2011, VI-Verg 35/11, NZBau 2012, 252; Beschl. v. 11.11.2011, VII-Verg 92/11, NZBau 2012, 255; KG, Beschl. v. 21.12.2009, 2 Verg 11/09, BeckRS 2010, 03552; OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 27.06.2003, 11 Verg 2/03, NZBau 2004, 60; OLG Koblenz, Beschl. v. 29.12.2004, 1 Verg 6/04, BeckRS 2011, 06302).

b) In jüngerer Zeit ist in der Literatur in einer die Praxis verunsichernden Weise angenommen worden, das OLG Düsseldorf habe in den oben genannten Entscheidungen vom 09. und 11.11.2011 die Eingehung von Bietergemeinschaften durch ein neues subjektives Tatbestandsmerkmal erschwert, wonach die Zusammenarbeit eine im Rahmen wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Handelns liegende Unternehmensentscheidung zu sein habe (vgl. Jäger/Graef, NZBau 2012, 213; Gabriel, VergabeR 2012, 555). Dazu ist zu sagen: Der Gedanke wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen unternehmerischen Verhaltens ist bereits im Urteil „Jugendnachtfahrten" des Bundesgerichtshofs so formuliert worden (a.a.O.). Der Bundesgerichtshof hat eine Wettbewerbsbeschränkung durch Eingehen einer Bietergemeinschaft verneint, wenn eine selbständige Leistungserbringung wirtschaftlich unzweckmäßig und kaufmännisch unvernünftig ist, dies aber nur in der oben unter a) bb) dargestellten (zweiten) Fallgestaltung, in der die an einer Bietergemeinschaft Beteiligten Wettbewerber sind (in jenem Fall Taxiunternehmer). Das OLG Düsseldorf hat den Beteiligten bei der Entscheidung, dann eine Bietergemeinschaft einzugehen, eine Einschätzungsprärogative zuerkannt (mit der Rechtsfolge einer eingeschränkten gerichtlichen Nachprüfung). Dies ist keine Verschärfung der Anforderungen an Bietergemeinschaften, sondern eine Erleichterung, die dem Umstand Rechnung trägt, dass bei Unternehmensentscheidungen in aller Regel Entscheidungsspielräume bestehen. Davon abgesehen ist die Unternehmensentscheidung für eine Bietergemeinschaft selbstverständlich anhand objektiver Kriterien auf ihre Rechtfertigung zu überprüfen (vgl. BGH WuW/E BGH 2777, 2779; OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1625, 1630). Das ist aber nichts Neues. Richtig betrachtet haben die genannten Literaturstimmen darum grundlos verunsichert. Bietergemeinschaften sind in der Rechtsprechung bislang großzügig für zulässig erachtet worden und es ist nicht zu erkennen, dass sich hieran etwas ändert.

c) Eine weitere Entscheidung des Kartellsenats des OLG Düsseldorf möchte ich abschließend erwähnen, und zwar den Beschluss vom 03.06.2004, VI-W (Kart) 14/04: Kartellrechtliche Zulässigkeit von Bietergemeinschaften bedeutet nicht, dass der Auftraggeber diese vergaberechtlich zulassen muss. Der Auftraggeber kann Bietergemeinschaften untersagen. Unionsrechtlich gesehen ist dies in dieser Generalität fraglich, weil damit eine Einschränkung des Bieterwettbewerbs verbunden sein kann.

4. Auf kartellrechtliche Anforderungen an Einkaufsgemeinschaften möchte ich – weil außerhalb des Themas liegend – der Vollständigkeit halber nur kursorisch eingehen. Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand lassen haushalterisch nicht vernachlässigbare Kosteneinsparungen erwarten. Das in Haushaltsordnungen enthaltene Gebot zu sparsamer und wirtschaftlicher Haushaltsführung fordert darum nachgerade, dass von Auftraggebern nach Möglichkeit auch Einkaufsgemeinschaften eingegangen werden. Solche Einkaufsgemeinschaften werden auch praktiziert (Beispiele: Einkaufsgemeinschaft kommunaler Krankenhäuser, bei Feuerwehren, bei Energiebezug, bei IT-Dienstleistungen [Bremen, Hamburg, Schleswig-Holstein], bei Telekommunikationseinrichtungen, bei gemeinsamer Beschaffung von Dienstbekleidung für die Polizei [Hamburg und Niedersachsen]; bei länder- und gemeindeübergreifenden gemeinsamen Beschaffungsstellen). Solche Sammelausschreibungen können in verschiedenen, freigestellten Rechtsformen erfolgen (Kooperation von Kommunen, Einrichtung zentraler Beschaffungsstellen, Beauftragen unabhängiger Beschaffungsstellen [auch privater Unternehmen]). Aber immer nur auf freiwilliger Basis.

   Das Unionsvergaberecht schließt zentrale Beschaffungen nicht aus (vgl. z.B. Art. 1 Abs. 10, Art. 11 Abs. 1 Richtlinie 2004/18/EG und Erwägungsgrund 9). Der Bundesgerichtshof (Urt. v. 12.11.2002, KZR 11/01, Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge) hat dazu entschieden:

   Eine (kommunale) Einkaufsgemeinschaft ist im Prinzip ein nach Art. 101 AEUV, § 1 GWB unzulässiges Nachfragekartell. Eine (z.B. kommunale) Einkaufsgemeinschaft kann jedoch nach § 4 Abs. 2 GWB a.F. (nunmehr § 3 GWB n.F.) als sog. Mittelstandskartell zugelassen sein, wenn sich die dadurch entstehende Nachfragemacht zu keiner wesentlichen (spürbaren) Beeinträchtigung des Wettbewerbs eignet. Das ist der wesentliche Punkt. Daran gemessen ist die Entscheidung des OLG Düsseldorf im Beschluss vom 22.05.2002, Verg 6/02 (keine kartellrechtliche Prüfung bei gemeinsamem Einkauf von Plaketten für Kfz-Nummernschilder), im Ergebnis vielleicht doch richtig. Der seinerzeit in Betracht zu ziehende einschlägige Markt ist in sachlicher und geographischer Hinsicht wohl bundesweit abzugrenzen. Anbieter haben auf die Nachfrage durch andere Kreise und kreisfreie Städte im Land Nordrhein-Westfalen und in anderen Ländern ausweichen können,

weswegen eine Eignung zur Wettbewerbsbeeinträchtigung zu verneinen gewesen ist.

II. Selbstreinigung nach Bieterkartellen (unter besonderer Berücksichtigung der VOL/A-EG)

Erforderlich sind einige Vorbetrachtungen, die ich thesenartig dahin zusammenfassen möchte:

1. Teilnahme an einem Kartell berührt die Eignung als Bieter, und zwar in der Ausprägung der Zuverlässigkeit (§ 97 Abs. 4 Satz 1 GWB, § 19 EG Abs. 5 VOL/A). Zuverlässigkeit setzt begrifflich voraus: Der Bieter lässt eine in jeder Hinsicht einwandfreie Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags erwarten – so zum Beispiel hinsichtlich der Gewährleistung, aber auch hinsichtlich der Expektanz, der Auftraggeber werde nicht mittels Kartellabsprachen (Quoten- oder Preisabsprachen) um einen im Wettbewerb gebildeten Preis betrogen. Insoweit ist an einen Beschluss des BGH vom 28.06.2005 (KRB 2/05) zu erinnern (Beschlussabdruck S. 11):

   „Nach ökonomischen Grundsätzen wird bei Kartellen regelmäßig eine Kartellrendite entstehen. Deshalb spricht eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass das Kartell gebildet und erhalten worden ist, weil es höhere Preise als am Markt sonst erzielbar erbringt. Je länger und nachhaltiger ein Kartell praktiziert wurde und je flächendeckender es angelegt ist, umso höhere Anforderungen sind an die Annahme zu stellen, dass ein wirtschaftlicher Vorteil aus der Kartellabsprache nicht entstanden ist." Der Kartellrendite entspricht vice versa generell ein Schaden der öffentlichen Auftraggeber, die Waren oder Dienstleistungen vom Kartell bezogen haben.

   Ein Bieter darf nicht nur, sondern ist (zwingend) vom Auftraggeber als ungeeignet abzulehnen, wenn hinsichtlich seiner Zuverlässigkeit auch nur Zweifel bestehen. Insoweit besteht kein Ermessen. Der Auftraggeber darf Bieter auch bei einer Risikolage als nicht zweifelsfrei geeignet ausschließen. Das ergibt sich aus dem Gesetz (vgl. § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB: „Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben." § 19 EG Abs. 5 VOL/A: „Bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, sind nur Bieter zu berücksichtigen, die die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erforderliche Eignung besitzen." § 16 EG Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 VOB/A regelt im Übrigen gleiches) und ist in der vergaberechtlichen Rechtsprechung bislang nicht in Frage gestellt worden.

   Zweifel an der Eignung müssen allerdings auf einer gesicherten Erkenntnisgrundlage (Tatsachen- oder Entscheidungsgrundlage) beruhen (vgl. BGH, Urt. v. 26.10.1999, X ZR 30/98, NZBau 2000, 36, 37). „Gesichert" bedeutet: Unstreitige, nachgewiesene, mit liquiden Beweismitteln vom Auftraggeber beweisbare (nach-

weisliche), zugestandene oder als zugestanden zu behandelnde Tatsachen (§ 138 Abs. 3 ZPO analog). Mithin: Vorgetragene Verdachtsmomente oder bloße Pressemitteilungen rechtfertigen keinen Ausschluss.

Die Beurteilung der Eignung ist eine Prognoseentscheidung. Dabei hat der Auftraggeber im Rechtssinn einen Beurteilungsspielraum. Dessen Ausübung ist nur beschränkt kontrollierbar, nämlich darauf: Ist der Entscheidung ein vollständig und zutreffend ermittelter Sachverhalt zugrunde gelegt worden, besteht mithin eine gesicherte Tatsachengrundlage? Sind keine sachfremden, willkürlichen Erwägungen angestellt worden? Hält sich die Beurteilung im Rahmen allgemein anerkannter Bewertungsgrundsätze und ist sie mit anderen Worten im Ergebnis vertretbar? Wenn beurteilungsfehlerfrei Zweifel an der Eignung verbleiben, ist der betreffende Bieter vom weiteren Vergabeverfahren zwingend auszuschließen. Sein Angebot kann nicht in die dritte und vierte Wertungsstufe kommen.

Wie ist im Verhältnis dazu aber § 6 EG Abs. 6 VOL/A zu verstehen? Die Vorschrift steht in einer merkwürdig ungeklärten Beziehung zu dem Rechtssatz, dass Bieter, deren Eignung (und Zuverlässigkeit) zweifelhaft ist, vom Vergabeverfahren auszuschließen sind. Ihr zufolge können Bewerber vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, die (unter anderem) nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben (z.B. durch Beteiligung an einer Kartellabsprache), die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt. Verfügt der Auftraggeber bei einer Ausschlussentscheidung wegen Eignungsmangels demnach also doch über Ermessen? Dies wird gelegentlich angenommen, doch ist zu bedenken: § 6 EG Abs. 6 VOL/A geht wörtlich auf Art. 45 Abs. 2d Richtlinie 2004/18/EG zurück: „Von der Teilnahme am Vergabeverfahren kann jeder Wirtschaftsteilnehmer ausgeschlossen werden, der im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, die vom öffentlichen Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde." Erwägungsgrund 43 der Richtlinie erläutert dazu: „Enthält das nationale Recht entsprechende Bestimmungen, so kann ein Verstoß gegen Rechtsvorschriften über unrechtmäßige Absprachen bei öffentlichen Aufträgen als schwere Verfehlung betrachtet werden." Daraus geht m.E. hervor, dass Art. 45 Abs. 2d Richtlinie 2004/18 nicht mehr sein will als eine an die Mitgliedstaaten gerichtete Ermächtigung, in einem typisierten, die Zuverlässigkeit berührenden Fall den Ausschluss von Bietern vorzusehen. In Deutschland ist Art. 45 Abs. 2d Richtlinie 2004/18 in der Weise umgesetzt worden, dass Bieter, denen es nach fehlerfreier Beurteilung des Auftraggebers an Zuverlässigkeit mangelt, vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen.

2. Die Rechtsfolgen der Beteiligung an einem Bieterkartell können rigide sein. In Betracht kommen kumulativ:
   - Ausschluss aus einem konkreten Vergabeverfahren (siehe oben),
   - Auftragssperre (Vergabesperre) durch öffentliche Auftraggeber,

- Schadensersatz gegenüber Auftraggebern
- und daneben eine Belangung mit Bußgeldern durch die Kartellbehörden.

Bloßes Verhängen einer Sperrfrist durch Auftraggeber halte ich dagegen für kontraproduktiv. Dadurch ändert sich nichts.

a) Zur Auftragssperre (die ggf. vor den Zivilgerichten zu bekämpfen ist):

Es besteht der Erfahrungssatz, dass Bieter, die sich in der Vergangenheit an Kartellabsprachen beteiligt haben, dies auch in Zukunft tun werden, wenn dem nicht effektive Riegel vorgeschoben worden sind. Die Beteiligung an einem Kartell begründet insoweit eine tatsächliche Vermutung, die von den betreffenden Bietern zu entkräften ist (eine bieterseits zu leistende Bringschuld). Ein Mittel der Wahl ist insoweit die sog. Selbstreinigung, wobei die einzelnen getroffenen Maßnahmen von den Bietern nachzuweisen sind und der Auftraggeber zu entscheiden hat, ob diese ausreichen.

Eine Selbstreinigung stellt sowohl vergangenheits- als auch zukunftsbezogene Anforderungen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.04.2003, Verg 43/02, NZBau 2003, 578; Beschl. v. 09.04.2003, Verg 66/02; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 29.12.2003, 1 Verg 4/03, NZBau 2004, 346; OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 20.07.2004, 11 Verg 6/04; OLG Brandenburg, Beschl. v. 14.12.2007, Verg W 21/07, NZBau 2008, 277 sowie dazu Prieß/Stein, NZBau 2008, 230; KG, Urt. v. 17.1.2011, 2 U 4/06; Vergabekammer Lüneburg, Beschl. v. 24.03.2011, VgK-4/2011, NZBau 2011, 574 mit Anm. Hölz/Ritzenhoff, NZBau 2012, 28; Vergabekammer Lüneburg, Beschl. v. 14.02.2012, VgK-5/212, BeckRS 2012, 04249; Dabringhausen/Fedder, VergabeR 2013, 20). Mit Bezug auf die Vergangenheit zum Beispiel:

- Unverzügliche und rückhaltlose Aufklärung des Sachverhalts (intern oder extern) und Mitwirkung an Ermittlungen des Auftraggebers und der Kartellbehörden. Es kann jedoch nicht gesagt werden, dass nur „Kronzeugen" und nicht genauso anderweite Kooperationen diese Voraussetzung erfüllen können.
- Vollständige Trennung von den für den betroffenen Geschäftsbereich Verantwortlichen (Gesellschaftern, Vertretungsorganen [Geschäftsführern, Vorständen]) und am Kartell beteiligten Mitarbeitern. Ausgeschiedenen Personen muss jede künftige Einflussnahme auf die Geschäftsführung verwehrt sein. Strafrechtliche Grundsätze wie die über die Aussetzung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung haben hier nichts zu suchen.

Mit Blick in die Zukunft:

- Die betroffenen Unternehmen haben strukturelle und organisatorische Maßnahmen zu treffen, die erwarten lassen, dass gleichartige Verfehlungen künftig unterbleiben. Als solche kommen in Betracht:

- Compliance-Maßnahmen (dreifach kombiniert, und zwar präventive Unterrichtung und Schulung der Mitarbeiter – präventive Kontrolle – repressive Ahndung von Verstößen):

Auch Unternehmensleitlinien zur Verhütung von Verstößen kommen in Betracht. Die Verhaltensrichtlinien des Bundesverbandes Materialwirtschaft, Einkauf und Logistik e.V. (BME) sind m.E. insoweit ein vorbildlicher Ansatz.

Es muss konsequent vermittelt werden, dass Compliance-Verstöße bis hin zur Vorstands- und Geschäftsführungsebene arbeitsrechtliche Folgen haben (Kündigung – und zwar ohne Abfindungen, was in Arbeitsverträge zu implementieren ist). Daneben kann (unternehmensintern oder -extern) eine Compliance-Stelle errichtet und gegebenenfalls eine Trennung der Verwaltung vom operativen Bereich vorgesehen werden.

- Mitwirkung (Kooperation) bei der Aufklärung durch Ermittlungsbehörden und Auftraggeber sowie Schadenswiedergutmachung ist auch für die Zukunft relevant. Nur wer sich zu einem vergangenen Fehlverhalten bekennt und gleichzeitig sichtbar mit den Folgen „aufräumt", also auch Schadensersatz leistet, dessen Beteuerung ist glaubhaft, dass er um eine Verhinderung gleichartigen Fehlverhaltens in Zukunft ernsthaft und nachhaltig bemüht ist.

b) Zu Schadensersatzansprüchen:

Insoweit ist auf die sekundäre Darlegungslast des kartellbeteiligten Bieters hinzuweisen (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 138 ZPO Rn. 8 m.w.N.). Unsubstantiiertes Bestreiten eines Schadens ist eignungsschädlich, zumal Kartelle erfahrungsgemäß wirtschaftliche Vorteile für die Kartellanten und umgekehrt Schäden auf Auftraggeberseite hervorbringen (siehe BGH, Beschluss vom 28.6.2005, KRB 2/05).

3. Bei nachweisbaren Kartellabsprachen werden Bieter von sich aus Selbstreinigungsmaßnahmen darzulegen und nachzuweisen haben, wollen sie im Vergabeverfahren verbleiben. Umgekehrt wird der Auftraggeber keinen Bieter wegen des Verdachts, an einem Kartell beteiligt zu sein, von der Ausschreibung ausschließen dürfen, ohne dem betreffenden Bieter im Wege einer Aufklärung über die Eignung (in einem Zwischenverfahren) zuvor Gelegenheit gegeben zu haben, den Verdacht durch Darlegen einer Selbstreinigung zu entkräften (§ 18 EG VOL/A).

Wir sehen: Bietergemeinschaften werfen eher weniger Unklarheiten auf, wenn man von Kartellbildungen absieht, die Selbstreinigung aber umso mehr. Einzelheiten sind noch weithin ungeklärt. Die neuen Unionsrichtlinien werden die nationalen Handlungsspielräume vorgeben.

Workshop 1: Vergaberecht und Kartellrecht

Zusammenfassung der Aussprache

In der Aussprache ging es vor allem um die Frage, welche Anforderungen an die Selbstreinigung zu stellen sind.

In Bezug auf die Vergangenheit wurden eine vollständige Sonderprüfung und das Trennen von Mitarbeitern, die an dem Kartell beteiligt waren, für erforderlich gehalten. Dabei dürfte es nicht genügen, dass die Geschäftsführer umgesetzt worden seien. Vielmehr müsse ihnen künftig jeglicher Einfluss auf die operative Tätigkeit des Unternehmens vorenthalten werden.

Mit Blick in die Zukunft wurden Compliance-Maßnahmen, aber auch die Schadenswiedergutmachung, d.h. ein Schadensausgleich, genannt. Problematisch seien die Abwicklung im Einzelnen und die Frage, wie weit die Anforderungen an die Selbstreinigung jeweils gehen müssten.

Noch gäbe es dazu in Deutschland keine rechtlichen Regelungen, sondern nur Rechtsprechung. Das europäische Recht indes lege in Artikel 55 Abs. 4 des Entwurfes einer neuen Vergaberichtlinie die Anforderungen an eine Selbstreinigung, u.a. den Schadensausgleich, fest. Danach müsse der Wirtschaftsteilnehmer nachweisen, dass er einen Schadensausgleich gezahlt oder sich zur Zahlung einer Entschädigung verpflich-

tet habe. Insofern werde man auch bei der Richtlinienumsetzung in Deutschland den Schadensausgleich als eine Voraussetzung der Selbstreinigung vorsehen.

Fraglich sei jedoch, wie in Fällen zu verfahren sei, in denen ein Bieter in einem Vergabeverfahren bestreitet, in einem früheren Vergabeverfahren gegen Kartellrecht verstoßen zu haben und seine Kartellbeteiligung nicht erwiesen ist. Gilt dann trotzdem eine Pflicht zur Aufklärung bzw. eine Verpflichtung zur Schadenswiedergutmachung? Wie weit geht die Aufklärungs- und Nachweispflicht, in den engen zeitlichen Grenzen eines neuen Vergabeverfahrens seine Unschuld zu beweisen? Oder liegt die Beweislast beim Auftraggeber, weil die Kartellbeteiligung dieses Bieters in dem früheren Verfahren noch nicht erwiesen ist?

Dazu wurde einerseits vertreten, den Kartellanten dürfe nicht zugestanden werden, einen Schaden ins Blaue hinein pauschal zu bestreiten, weil jedes Kartell auch wirtschaftliche Vorteile/Erträge mit sich bringe. Wirtschaftlichen Erträgen stünde auf der anderen Seite ein Schaden für den betreffenden Auftraggeber gegenüber. Daher sei anzunehmen, dass ein Kartell auch den Auftraggeber geschädigt habe. An der Aufklärung darüber müssten Kartellanten mitwirken. Nicht unbedingt notwendig sei hingegen ein vollständiger Schadensausgleich bereits zum Zeitpunkt der nächsten Beteiligung an einer Ausschreibung.

Der Auffassung, der Nachweis der Eignung und der Zuverlässigkeit sei grundsätzlich Sache des Bieters oder Bewerbers, wurde andererseits entgegen gehalten, dass ein Bieter, der eine Beteiligung an einem Kartell bestreite, nicht zur Schadenswiedergutmachung verpflichtet sein könne. Voraussetzung für diese Verpflichtung sei ein Nachweis des Kartellrechtsverstoßes. Die Prüfung der Eignung müsse auf gesicherten Erkenntnissen basieren. Der Auftraggeber dürfe einen Bieter wegen fehlender Eignung nur ausschließen, wenn er gesicherte Erkenntnisse über Zweifel an der Zuverlässigkeit, beispielsweise durch eine Kartellrechtsbeteiligung, habe. Gesicherte Erkenntnisse lägen nach den Maßstäben des Zivilrechts vor, wenn Tatsachen unstreitig, nachgewiesen, mit liquiden Beweismitteln beweisbar oder zugestanden bzw. als zugestanden zu behandeln seien. Sei dies nicht gegeben, könne dem Auftraggeber unmöglich zugemutet werden, ein Kartell aufzuklären. Da er nicht über Ermittlungsmöglichkeiten verfüge, müsse er sich auf die Vorarbeit der Ermittlungsbehörden verlassen. Ein Bußgeldbescheid genüge wohl nicht als Nachweis, dass eine Kartellbeteiligung vorliege.

Aus der Vergabepraxis in Bremen wurde demgegenüber berichtet, dass ein Bußgeldbescheid über wenigsten 2.500,- Euro gemäß Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz und Arbeitnehmerentsendegesetz für den Ausschluss genüge. Dies gelte sogar dann, wenn ein Bußgeldbescheid noch nicht ergangen sei, der Zoll aber über gesicherte Erkenntnisse verfüge und es auf einen Bußgeldbescheid über wenigsten 2.500,- Euro hinauslaufe. Die Vergabestellen würden dann von den Zollbehörden vorsorglich unterrichtet, wenn zumindest kein begründeter Zweifel mehr daran bestehe, dass ein Bußgeldbescheid erlassen werde. Die Vergabestellen müssten einen Bieter vor einem

Ausschluss anhören. Dazu setzten sie eine kurze Frist. Schweige ein Bieter, werde er aus dem Vergabeverfahren als ungeeignet ausgeschlossen.

Diese Praxis stieß im Auditorium auf Kritik. Niemand müsse sich selbst beschuldigen und Beweismittel, die zu seiner Verurteilung oder seinem Ausschluss führen, selbst bekanntgeben. Zudem könne nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts über effektiven Rechtsschutz die Frist zur Stellungnahme nicht so kurz gesetzt werden, dass ein Bieter faktisch keine Chance habe, zu überlegen oder sich rechtlich beraten zu lassen, wie er auf den drohenden Ausschluss reagieren solle. Werde er dennoch gesperrt und der Bußgeldbescheid möglicherweise später aufgehoben, mache sich die Behörde schadenersatzpflichtig.

Auf die besondere Situation der Vergabestellen aufgrund von landesrechtlichen Regelungen wies ein weiterer Beitrag hin. Auch nach dem TVgG NRW oder dem Korruptionsbekämpfungsgesetz NRW genügten bereits gesicherte Erkenntnisse im Ermittlungsverfahren, um die Eintragung im Vergaberegister und damit die Feststellung der Unzuverlässigkeit verfahrensrechtlich zu verankern. Sollte auf Bundesebene ein zentrales Vergaberegister eingeführt werden, sei es von entscheidender Bedeutung, rechtsstaatliche Anforderungen strikt einzuhalten. Zu bedenken sei hier vor allem, dass es um einen vorläufig ermittelten Sachverhalt gehe und ein massiver Eingriff in Bieterrechte drohe.

Vergabestellen wurde geraten, bei Gesetzen, in denen an diesen frühen Punkt des Ermittlungsverfahrens bzw. der nur vorläufigen Erkenntnis angeknüpft werde, nicht die bestehende Eintragung eines Bieters mit einem automatischen Ausschluss zu verknüpfen. Ein Vergaberegister böte nur Anhaltspunkte für die Vergabestelle, bei dem betreffenden Bieter nachzufragen. Denn rechtsstaatlich sei die Unschuldsvermutung auch in kartellrechtlichen Verfahren sehr hoch zu bewerten.

Dem entspreche die Regelung des TVgG NRW. Die Ausschlussentscheidung sei in das Ermessen der Vergabestelle gestellt. Danach sei der Vortrag, es hätten Selbstreinigungsaktivitäten stattgefunden, durchaus möglich. Das Korruptionsbekämpfungsgesetz führe hingegen bereits zu einer Eintragung allein durch die laufenden Ermittlungsverfahren und die dadurch gewonnenen gesicherten Erkenntnisse. Dann könne der Bieter nur noch die Löschung durch eigene Aktivitäten bei nachgewiesener Selbstreinigung verlangen.

Aber selbst wenn die Kartellbeteiligung eines Bieters in einem früheren Vergabeverfahren erwiesen sei, könne der Nachweis, dass die notwendigen Selbstreinigungsmaßnahmen eingeleitet bzw. vollzogen worden seien, in einem laufenden Vergabeverfahren im Einzelfall sehr schwierig sein. Grenzen setze hier der enge zeitliche Rahmen des laufenden Vergabeverfahrens. Hier stelle sich die Frage, wie viel Zeit der Auftraggeber dem Bieter für den Nachweis zugestehen müsse.

Aus der vergaberechtlichen Praxis wurde berichtet, in diesem Fall lasse man mangels ausdrücklicher Regelung beispielsweise ein Anerkenntnis des Schadensersatzes dem Grunde nach genügen. Über die Schadenshöhe selbst könne später entschieden werden. In Betracht käme zudem ein Vergleich als Kompensation. Hier liege der wirtschaftliche Vorteil der öffentlichen Hand darin, dass Zeit und Kapazitäten gespart werde.

Im Einzelfall könne aber dennoch viel Unklarheit darüber herrschen, was der Einzelne tun müsse. Der Umfang richte sich u.a. danach, wie tief ein Bieter im Kartell verstrickt gewesen sei. Der Spiritus Rector eines Kartells werde andere Selbstreinigungsmaßnahmen bis hin zum Auswechseln seiner Vertretungsorgane unternehmen müssen, während ein Mitläufer vielleicht nur untergeordnete Mitarbeiter aus seinem Betrieb entfernen müsse. Auch das könne bereits den zeitlichen Rahmen eines Vergabeverfahrens sprengen. Gleichwohl sei die Anhörung eines Zeugen für den Auftraggeber durchaus zumutbar. Denn auch im Vergabenachprüfungsverfahren würden Zeugen oder Sachverständige angehört. Mit angemessener Vorbereitung dauere so ein Vergabeverfahren statt drei Monaten dann vier oder fünf Monate oder ein Nachprüfungsverfahren statt fünf Wochen dann neun Wochen. Diese zeitliche Verzögerung sei noch hinnehmbar und zumutbar.

Diskutiert wurde auch, wie sich die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit durch eine Selbstreinigung zu einer gesetzlichen Sperrfrist verhalte. Das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz enthalte z.B. die Regelung, dass Verstöße zu einem Ausschluss von bis zu 3 Jahren führen, ohne dass eine Verknüpfung zwischen dieser Dreijahresfrist und aktiven Maßnahmen zur Wiedergutmachung bestünde. Würde die Sperrfrist vor Ablauf obsolet, wenn ein Bieter Selbstreinigungsmaßnahmen innerhalb von beispielsweise Tagen durchgeführt hätte? Und wäre ein Bieter nach Ablauf der 3 Jahre automatisch zuverlässig, wenn er gar nichts unternommen hat?

Hierauf wurde die Auffassung vertreten, dass eine befristete Sperre nach Ablauf der Sperrfrist auslaufe und der Gesperrte grundsätzlich anschließend wieder zuverlässig sei. Gegen den Sinn von Sperrfristen wurde eingewandt, dass diese lediglich eine Strafe darstellten und der Ablauf von Sperrfristen nichts über die Wiedererlangung der Eignung aussage. Wenn eine Sperrfrist ablaufe, ohne dass im Rahmen der Selbstreinigung erforderliche Umstrukturierungen an dem Unternehmen vorgenommen worden seien, sei das Unternehmen genauso ungeeignet wie zuvor.

Workshop 2: Nachhaltige Beschaffung als Aufgabe der öffentlichen Beschaffer?

Moderation und Einführung

Norbert Portz

Deutscher Städte- und Gemeindebund, Bonn

Ich darf an meiner Seite drei Akteure auf diesem Workshop-Podium begrüßen: Zum einen Herrn Michael Arenz. Herr Arenz gehört beim BMI der Projektgruppe „Umsetzung nachhaltige Beschaffung" an. Weiter heiße ich Herrn Hans-Martin Fischer vom Zentralverband für Elektrotechnik und Elektroindustrie in Frankfurt am Main und Herrn Rechtsanwalt Dr. Lutz Horn von der Kanzlei GÖRG, ebenfalls Frankfurt, willkommen.

Wir haben bereits heute Morgen im Wissenschaftlichen Beirat etwas zur Thematik auch dieses Workshops gehört. Jedoch waren die Begrifflichkeiten „Strategische Beschaffung" und „Sekundärziele" andere als die jetzige Überschrift „Nachhaltige Beschaffung". Gemeint ist aber im Grundsatz das Gleiche.

„Nachhaltigkeit" ist ein sehr alter Begriff, der aus der Forstwirtschaft stammt und dort bedeutet, dass nicht mehr Holz gefällt werden darf als nachwachsen kann. Im modernen Gebrauch beinhaltet der Begriff „Nachhaltigkeit" drei und im Vergaberecht sogar vier Säulen. Diese haben ein ausgewogenes Gleichgewicht von Ökonomie, Sozialem, Ökologie und nach § 97 Abs. 4 GWB zusätzlich auch die Innovation bei der Beschaffung zum Ziel.

Warum ist aber das Thema der nachhaltigen Beschaffung nach wie vor aktuell, obwohl es ja schon im letzten Jahr Gegenstand der forum vergabe Gespräche war? Zum einen glaube ich, dass der Umgang mit nachhaltiger Beschaffung politisch, rechtlich und im Vollzug eines der dynamischsten Themen im Vergaberecht ist. Zum anderen rückt gerade in jüngerer Zeit neben dem Thema des Umweltschutzes und der Energieeffizienz

mehr und mehr die Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Beschaffung in den Vordergrund.

Soziale Verpflichtungen werden den Auftraggebern, insbesondere Kommunen, vermehrt über Landesrecht vorgegeben. So enthält etwa das Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen Vorgaben zu sozialen Kriterien, etwa zur Einhaltung konkreter Tariflöhne oder auch zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen.

Neben der Frage, wie vergaberechtlich mit derartigen Vorgaben auf den einzelnen Stufen des Vergabeverfahrens, also der Leistungsbeschreibung, der Eignung und der Wertung, umzugehen ist, spielt der praktische Vollzug bei der Umsetzung der Nachhaltigkeitsziele im Vergabeverfahren eine Rolle. Dabei geht es etwa um die Frage, ob es ausreicht, wenn sich Vergabestellen von den Bietern Eigenerklärungen geben lassen, wonach diese den an sie gestellten ökologischen oder sozialen Verpflichtungen nachkommen. Eine wietere Frage ist, ob das Thema der „Nachhaltigen Beschaffung" in der Praxis vor Ort in den Vergabestellen und dort insbesondere in den Köpfen der Chefs angekommen ist.

Zusätzlich interessant ist, welche Folgen die jüngeren Neuregelungen der Vergabeordnung haben. Danach muss die Energieeffizienz bei der Leistungsbeschreibung zwingend von den Bietern abgefordert werden bzw. sie ist bei den Wertungskriterien angemessen zu berücksichtigen. Die Frage ist, ob hieraus ein vergaberechtlicher Drittschutz folgt, der in Nachprüfungsverfahren von Unternehmen geltend gemacht werden kann.

All dies, meine sehr verehrten Damen und Herren, sind Themen, die es in diesem Workshop zu diskutieren gilt.

Workshop 2: Nachhaltige Beschaffung als Aufgabe der öffentlichen Beschaffer?

Einführung

Michael Arenz

Projektgruppe „Umsetzung nachhaltige Beschaffung" (PG NB)
beim Bundesministerium des Innern

Guten Tag meine Damen und Herren. Zunächst herzlichen Dank dafür dass ich hier die Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung vorstellen darf. Die Projektgruppe „Umsetzung nachhaltige Beschaffung" (PG NB) beim Bundesministerium ist beauftragt worden, die Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung, die beim Beschaffungsamt des BMI angesiedelt wird, aufzubauen und konzeptionell vorzubereiten. Dies wurde auch erfolgreich umgesetzt. Gemäß dem Auftrag des Staatssekretärsausschusses für nachhaltige Entwicklung im Maßnahmenprogramm vom 06.12.2010, hatten wir 18 Monate Zeit, aber wir konnten das in 12 Monaten schaffen. Dieses Jahr im Mai war diese Kompetenzstelle freigegeben.

Was ist die Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung? Ich will es kurz machen. Uns geht es um zwei Voraussetzungen, nämlich die horizontale und die vertikale Integration. Die horizontale Integration bedeutet, dass wir zuständig sind für alle Bundesressorts, also für alle Bundesministerien mit deren Beschaffungsstellen. Die vertikale Integration bedeutet, dass wir genauso zuständig sind für alle Bundesländer mit den Gemeinden, mit den Kommunen, mit den Städten. Und weil das in Deutschland erstmalig und einmalig ist wurden wir von der Bundesregierung als Leuchtturmprojekt 2013 ausgezeichnet und die Kanzlerin hat am 13. Mai in Berlin uns und auch unsere Webplattform offiziell als Kompetenzstelle freigegeben.

Was ist nun Nachhaltigkeit? Nachhaltigkeit ist normalerweise mit drei Säulen versehen, nämlich ökonomisch, ökologisch und sozial. Wir nehmen die innovative Säule

noch dazu und arbeiten aber deswegen mit dem neu aufgebauten Kompetenzzentrum für innovative Beschaffung, das im Rahmen des Bundeswirtschaftsministeriums aufgebaut worden ist, eng zusammen.

Konkret, welche Aufgaben haben wir nun? Wenn ein Beschaffer in den 30.000 Beschaffungsstellen in Deutschland nachhaltig beschaffen soll oder möchte und er gibt irgendwelche Schlagworte in Google ein, wird er mit 16 Millionen Links „erschlagen". Unsere Aufgabe ist es nun, dem Beschaffer ein Instrument an die Hand zu geben, das genau alle Informationen für die nachhaltige Beschaffung filtert und bewertet und auf einer Webplattform und über eine Hotline, die wir als E-Mail- und als Telefonhotline aufgebaut haben, zur Verfügung stellt. Dazu haben wir zunächst ein umfangreiches Netzwerk aufbauen müssen, das heißt, wir waren mit NGOs im Gespräch, mit Ministerien auf Bundesebene, auf Länderebene, wir waren mit der Industrie im Gespräch, mit Verbänden und haben so bezüglich Nachhaltigkeit ein wirklich umfangreiches Netzwerk aufgebaut, das wir jetzt auch nutzen, um bestimmte Fragen beantworten zu können.

Was machen wir weiterhin? Wir schreiben keine Leitfäden selbst, wir werden nie einen selbst schreiben, dazu haben wir keine Ressourcen und auch das Fachwissen nicht. Was werden wir machen? Wir sichten Leitfäden die bereits auf dem Markt sind, die uns zur Verfügung gestellt werden oder die wir auch selber recherchieren. Diese Leitfäden möchten wir mit anderen, also mit unseren Partnern in dem Netzwerk, bewerten; wir möchten sie einsortieren und, wenn sie dann gebraucht werden, für den Beschaffer auf unserer Webplattform zum Downloaden oder zur Einsicht bereitstellen. Das gilt für alle anderen Informationen wie Handlungsleitfäden ebenso. Wir haben eine Telefonhotline sowie eine E-Mail-Hotline, die auch schon gut genutzt wird und zwar seit dem Mai in signifikant gestiegener Weise. Wir haben Anfragen von Beschaffungsstellen aus kleinen Gemeinden, aber auch von großen Beschaffungsstellen die wirklich detaillierte Probleme haben und die wir auch mit Hilfe unseres Netzwerkes beantworten konnten.

Wir bereiten zurzeit auch Schulungen und Beratungen vor und möchten das sowohl intern als auch extern machen. Intern heißt, dass wir schon mit den Fachhochschulen des Bundes und der Länder gesprochen haben; wir möchten also die nachhaltige Beschaffung in die Laufbahnausbildung integrieren. Wir möchten auch externe Schulungen anbieten. Das heißt, wir möchten Ad-hoc-Ausbildungen anbieten, aber auch, wenn irgendein Bedarfsträger, ein großes Beschaffungsamt eine Schulung möchte und wir sollen bezüglich der Nachhaltigkeit dort mitarbeiten, werden wir uns mit denen verständigen. Und nicht zuletzt machen wir Besuche und auch Vor-Ort-Beratung, wenn es denn wirklich große und detaillierte Probleme sind.

Unser Hauptinstrument ist die Webplattform (www.nachhaltige-beschaffung.info). Auf dieser Webplattform sind alle notwendigen Informationen und Dokumente gespeichert. Hier mussten wir mit allen 16 Bundesländern ins Gespräch kommen, weil wir für

jedes Bundesland eine eigene Subseite haben. Diese sind alle gleich aufgebaut, jedes Bundesland hat eine eigene Seite für die es verantwortlich ist mit der Befüllung von Dokumenten. Damit stellen wir sicher, dass für jedes Bundesland genau die richtigen und aktuellen und rechtsgültigen Unterlagen zur Verfügung gestellt werden. Wir betreuen diesen Bereich nur redaktionell. Für den Bund sind wir zuständig. Wir stellen auf der Webplattform alle Informationen für die Bundesressorts zur Verfügung. Wir haben verschiedene Workflows eingebaut, dass zum Beispiel nach einer gewissen Zeit die eingestellten Dokumente angezeigt werden und wir prüfen dann nach, ob die noch gültig sind oder ob sie ausgetauscht werden müssen. Gegebenenfalls setzen wir uns mit den Ansprechpartnern der Länder in Verbindung um dieses zu regeln. Damit wollen wir sicherstellen, dass zum einen immer die richtigen aktuellen rechtsgültigen Unterlagen vorhanden sind und zum anderen, dass wir auch keinen Datenfriedhof oder Dokumentenfriedhof anlegen.

Wie kommen die Dokumente auf die Plattform? Hier sind wir auf die Hilfe der Kommunen, der Gemeinden und der Länder angewiesen. Länder, Gemeinden und Kommunen sollen oder müssen ihre Unterlagen, ihre Best-Practice-Beispiele, ihre Leitfäden, ihre Handlungsleitfäden, also alle Informationen die sie auf dieser Plattform haben möchten, an den entsprechenden Ansprechpartner des Landes weitergeben und dieser stellt sie über einen Workflow, den wir bereitgestellt haben, auf unseren Server ein. Für den Bund werden wir diese Aufgaben übernehmen.

Workshop 2: Nachhaltige Beschaffung als Aufgabe der öffentlichen Beschaffer?

Einführung

Hans-Martin Fischer

Zentralverband Elektrotechnik und Elektronikindustrie, Frankfurt am Main

Wir haben im ZVEI zum Begriff der Nachhaltigkeit eine etwas differenzierte Einstellung. Die hängt davon ab, was man unter Nachhaltigkeit versteht. So sind einige Aspekte dieses Begriffes sehr vage und entsprechen auch nicht mehr seinem Herkommen aus dem Umweltschutzgedanken. Generell kann eigentlich niemand gegen Nachhaltigkeit in seinem ursprünglichen Sinne sein. Aber in Deutschland und in der EU und gibt es Auslegungen von Nachhaltigkeit, da passt das Wort nach unserer Auffassung nicht; es gibt aber Auslegungen für Teilbereiche, da können wir durchaus damit leben und da passt Nachhaltigkeit auch gut in die Vergabewelt und zur Aufgabe der wirtschaftlichen Beschaffung.

Nachhaltige Beschaffung unter dem Aspekt Life-cycle-cost ist nach unserer Auffassung eigentlich die richtige Idee, wobei dies im Grunde schon immer möglich gewesen ist. Zurzeit ist das Problem nicht das Rechtliche, denn bei der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes kann am Ende des Tages der Preis zumindest alleine nicht entscheidend sein. Der Auftraggeber muss sehen, was über die Jahre für Kosten verursacht werden. Und so hat zu meiner Freude das Umweltbundesamt bereits 2008 verlautbart, dass auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge grundsätzlich alle Kosten, die während des Lebenszyklus eines Produkts anfallen, berücksichtigt werden können. Die Frage ist nur, warum macht man das bis jetzt so selten. Unsere Rückfragen bei Kommunen, Gemeinden und anderen öffentlichen Auftraggebern, größeren und kleineren, haben ergeben, dass es letzten Endes ungelöste Probleme der Praxis sind, die einer verbreitenden Anwendung entgegenstehen. Man hat manchmal die Befürchtungen bei dem Vergabebeamten, dem berühmten EVVO, dem einfachen Vergabebeamten vor Ort, wie er einen nominal höheren Preis im Falle einer Überprüfung

rechtfertigen soll, zumal ihm ein Tool fehlt, mit dem er nachprüfungsfest die Energieeffizienz berechnen kann. Und davon handelt der Film den wir gedreht haben. Man kann ihn sich auch bei YouTube angucken, auch auf Englisch, wenn Sie das mal nichtdeutschsprachigen Kollegen und Kolleginnen vorführen wollen.

Die Botschaft von dem Ganzen ist, dass man nicht unbedingt das im Film dargestellte Modell verwenden muss, aber dass es einen Bedarf gibt nach praxisorientierter Hilfestellung und die rechtliche Regelung allein es nicht tut. Wie eben gesagt, muss man den Leuten Tools an die Hand geben, damit sie die Lebenszykluskosten sicher ermitteln und handhaben können. Wir sehen zum Beispiel, dass im Beleuchtungsbereich zunehmend auch Gemeinden mehr auf Life-cycle-costs achten. Es gibt nach meinem Wissen auch Überlegungen der EU-Kommission, wie man da Hilfestellungen leisten kann. Und wenn das unter Nachhaltigkeit fällt, haben wir keine Probleme damit.

Workshop 2: Nachhaltige Beschaffung als Aufgabe der öffentlichen Beschaffer?

Einführung

Dr. Lutz Horn

GÖRG, Frankfurt am Main

Wir als Berater stehen direkt an der Front, meistens bei Auftraggebern, und müssen dafür Sorge tragen, dass die Regelungen insbesondere bei der EU-Vergabe rechtssicher angewendet werden. Ich habe einige Praxisbeispiele mitgebracht, bei denen ich meine, dass man durchaus kritisch dazu stehen kann. Richtige Lösungen haben wir noch nicht entdeckt. Es fehlen nicht nur Handreichungen, sondern es fehlt Grundlagenarbeit. Lassen Sie uns gleich über die Praxis sprechen.

Ein klassisches Beispiel für das, was auch im politischen Rahmen immer wieder eine Rolle spielt, sind Prüfsiegel für ökologische und soziale Standards. Das ist alles schön und gut. Aber wenn Sie sich die grundlegende Norm im EU-Recht ansehen, Art. 50 Satz 3 VKR, ist festzuhalten, dass der Praxisnutzen jedenfalls teilweise dadurch entwertet wird, dass die Auftraggeber verpflichtet sind, auch gleichwertige Nachweise zuzulassen. Das stellt keine besondere Neuerung dar, die in der Norm formuliert wird, sondern es handelt sich um die eine konsequente Fortführung des vergaberechtlichen Grundsatzes, wonach etwas Gleichwertiges als Nachweis grundsätzlich vom Auftraggeber akzeptiert werden muss. Daher können Auftraggeber zwar ein bestimmtes Siegel vorgeben. Sie können es jedoch nicht als Ausschlusskriterium vorschreiben. Sie stehen im Ergebnis vor den Angeboten und müssen prüfen, ob das angebotene Siegel dem gewünschten entspricht. Auftraggeber sind damit im Ergebnis gehalten, bei abweichend von den Vorgaben angebotenen Prüfsiegeln die Gleichwertigkeit zu prüfen. Haben Sie Glück, weisen die Bieter die Gleichwertigkeit mit dem Angebot nach. Aber können Sie einen Bieter ausschließen, wenn der Gleichwertigkeitsnachweis nicht da ist? Das dürfte vor dem Hintergrund der im geltenden Recht vorhandenen Nachforderungsmöglichkeiten für fehlende Erklärungen und Nachweise nicht ohne Wei-

teres rechtssicher möglich sein. Deswegen ist der vergaberechtliche Nutzen in der Praxis in diesem Bereich nach unserer Ansicht eher fragwürdig. Jedenfalls kann eine Vergabestelle insoweit nicht uneingeschränkt das kaufen, was eigentlich nach ihrer Einschätzungsprärogative ursprünglich gewünscht worden ist, unabhängig davon, ob es bezogen auf das Prüfsiegel richtig ist oder nicht.

Ein zweiter Punkt ist die Forderung, dass Lieferleistungen frei von Kinderarbeit sein müssen. Da berichte ich nichts Neues, ich will es aber trotzdem nicht unerwähnt lassen, insbesondere weil vielfach Mustereigenerklärungen kursieren, die – wie wir meinen – nicht rechtssicher sind. Dort soll von Bietern erklärt werden, dass der Beschaffungsprozess oder gar die ganze Produktionskette frei von Kinderarbeit ist. Das kann in aller Regel kein Bieter erklären. Es sei denn, der Bieter stellt die Produkte selbst her, was selten der Fall ist. Angelehnt an die noch gar nicht so alte BGH-Rechtsprechung, kann ein Auftraggeber eine für den Bieter unzumutbare Erklärung nicht in rechtmäßiger Weise fordern. Im Ergebnis muss die Vergabestelle damit überlegen, ob sie einen solchen Nachweis überhaupt fordert, wenn sie ihr Vergabeverfahren rechtmäßig führen möchte. Zur Vermeidung von Risiken wäre davon im Zweifel abzuraten. Das ist ähnlich wie mit Tariftreueerklärungen, unabhängig von den landesrechtlichen Regelungen, die inzwischen existieren.

Auch das dritte Beispiel kommt täglich in der Praxis vor und macht Schwierigkeiten: Bei der Vergabe von Entsorgungsdienstleistungen. Abfälle müssen mit LKWs eingesammelt werden. Das heißt, dass die LKWs ein wesentliches Mittel sind, um den Auftrag ausführen zu können. Die Vergabeverordnung schreibt uns in § 4 Abs. 6b) VgV vor, dass für diesen Fall die Energieeffizienz angemessen als Zuschlagskriterium zu berücksichtigen ist. Das ist machbar, wenn Polizeifahrzeuge beschafft werden und zwar solange wir uns im PKW-Bereich bewegen. Bei größeren LKW, die für Entsorgungsdienstleistungen benötigt werden, existieren keine DIN-Norm-Verbräuche mehr, auf deren Grundlage üblicherweise verglichen werden kann. Der Verbrauch hängt nämlich hier sehr davon ab, wie die Beschaffenheit der Strecke ist, wie das Gebiet ist, ob viele Berge dabei sind, ob enge Straßen befahren werden müssen, etc. Sie können nicht mehr rechtssicher vergleichen, wenn Sie versuchen, so zu werten, wie es der Bundesverordnungsgeber hier vorgesehen hat. Wahrscheinlich hat er das gar nicht bedacht, sondern vorrangig Lieferleistungen im Blick gehabt. Tatsache ist aber, dass diese Norm bei korrekter Anwendung schnell in den Dienstleistungsbereich führt und Vergabestellen dann damit konfrontiert sind, dass sie im Ergebnis nicht mehr diskriminierungsfrei werten können. Die praktische Lösung, die wir versucht haben, ist folgende gewesen: Wir haben dieses Kriterium „umgestaltet" und sind im Ergebnis auf Euroschadstoffklassen gegangen. Von der Bieterseite ist das nicht gerügt worden. Im Ergebnis ist auf dieser Basis eine diskriminierungsfreie Wertung bei der Vergabe von Entsorgungsdienstleistungen möglich, indem unterschiedliche Abgasklassen abgefragt und eben auch entsprechend unterschiedlich bewertet werden. Normativ steht

das nicht mehr in Einklang mit dem Wortlaut des § 4 Abs. 6b VgV. Gemessen an dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz, stellt dies jedoch zumindest einen tauglichen Versuch dar, in irgendeiner Form der verordnungsgeberischen Anordnung als Vergabestelle Rechnung zu tragen.

Solche Probleme nehmen bei der stärker werdenden Verrechtlichung im Vergaberecht erheblich zu. Ich habe inzwischen auch das Resümee aller zur Kenntnis genommen und teile dies, dass wir Gefahr laufen, die Vergabestellen mit solchen Vorgaben vielleicht nicht zu überfordern. Jedenfalls stellen wir sie aber vor schwierig zu erfüllende Aufgaben.

Workshop 2: Nachhaltige Beschaffung als Aufgabe der öffentlichen Beschaffer?

Zusammenfassung der Aussprache

Ausgangspunkt der Diskussion war die Frage, ob die Forderung nach nachhaltiger Beschaffung überhaupt Akzeptanz finden würde. Hinsichtlich der Situation vieler Auftraggeber und insbesondere kleiner und mittlerer kommunaler Vergabestellen wurde darauf hingewiesen, dass diese teilweise noch immer der Kameralistik unterliegen und von einer Mangelverwaltung geprägt seien. Auch die sogenannten Schutzschirmkommunen wurden angesprochen. Auf Ebene der größeren Auftraggeber, wie etwa der Länder, wurden hingegen eine breite Akzeptanz und erfolgreiche Anwendungen gesehen. Viele Regelungen seien jedoch über die Maßen detailliert und würden letztlich die Auftraggeber selber überfordern. Von Auftragnehmerseite gab es kritische Anmerkungen; so könnten die Forderungen an den Produktionsprozess die unternehmerische Freiheit einengen und letztlich dazu führen, dass Unternehmen keine gesonderten Herstellungsprozesse nur für öffentliche Auftraggeber einführen und damit als Anbieter wegfallen. Es wurde daher eine pragmatische Herangehensweise gefordert, um möglichst viele Marktteilnehmer auf Nachfrager- und Anbieterseite einbeziehen zu können.

Als besondere Aspekte wurden die Verlässlichkeit der Bieterangaben sowie die Beschränkung auf zumutbare und nachprüfbare Angaben angesprochen sowie die komplexen Wertungsprozesse, insbesondere weil auch die Wertung der Nachprüfung in Vergabeverfahren unterliegt.

Von diesen Bedenken weitgehend ausgenommen wurden ausdrücklich energieeffiziente Beschaffungen, weil hierfür viele geeignete Stellschrauben gesehen wurden, die überwiegend im Bereich der Leistungsbeschreibung liegen.

Kontrovers diskutiert wurde die Frage der Berechnung von Lebenszykluskosten. Einige Teilnehmer sprachen die Probleme bei der objektiven und zuverlässigen Ermittlung und Berechnung der Lebenszykluskosten an. Unter Hinweis auf die Öffentlich-Privaten-Partnerschaften wurde jedoch darauf verwiesen, dass es durchaus möglich sei, auch für komplexe und sehr ausdifferenzierte Vorhaben bundesweit anerkannte Berechnungsmethoden zu finden und zu etablieren.

Ein weiteres Thema war die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen. Es bestand in den Redebeiträgen Einigkeit, dass es unmöglich sei, diese Normen bis in die letzte Verästelung der Produktionskette durchzusetzen. Dies scheitere an rechtlichen und tatsächlichen Problemen, nicht zuletzt an der Mehrstufigkeit der Herstellungsprozesse, und der Tatsache, dass bestimmte Produkte oder Materialien praktisch nur aus kritisch zu sehenden Ländern kommen würden. Es wurde jedoch auf Mustervereinbarungen hingewiesen, wenigstens die zweite Zulieferebene einzubeziehen. Dies sei in einer Vereinbarung des Bundes mit dem Bitkom vorgesehen und für die Textilbeschaffung in Planung.

Übergabe der Festschrift: „Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung 15 Jahre GWB-Vergaberecht“

Niels Lau

Bundesverband der Deutschen Industrie e. V., Berlin

„Vom Geschick der Geschichtsschreiber hängt der Ruhm der Fürsten ab“, soll König Friedrich II. – der Große –, ein Freund der Vermarktungsstrategie eigenen Tuns, gesagt haben. Dieses Motto trifft auf den heute von uns zu Ehrenden ausdrücklich nicht zu.

Meine Damen und Herren, Sie haben sich hier zusammengefunden und ich darf Sie zu dieser kleinen Feierstunde im Rahmen der 16. forum vergabe Gespräche sehr herzlich begrüßen. Anlass unseres Zusammenkommens ist die Ehrung von Herrn Dr. Fridhelm Marx.

Der Rahmen passt deshalb gut, weil Herr Marx lange Jahre aktives – und konstruktives – Mitglied des Vorstandes des forum vergabe e. V. war. Er passt auch deshalb gut, weil hier eine Vielzahl derjenigen zusammengekommen sind, mit denen und gegen die Fridhelm Marx argumentiert und gestritten und mit denen er sich versöhnt, gleichwohl immer an der Sache orientiert den wesentlichen Teil seines beruflichen Lebens diskutiert hat.

Der Versuch, Herrn Dr. Marx zu beschreiben – wie üblich bei „Ehrungen“ – fällt einerseits leicht, andererseits nicht. Denn sich und anderen hat Fridhelm Marx es nicht immer leicht gemacht. Aber allem vorangestellt kann konstatiert werden, dass Fridhelm Marx das Vergaberecht unstreitig lebt und verkörpert, wohl auch im Hinblick darauf, was die „Nachhaltigkeit“ seines Wirkens betrifft.

Neben der Materie selbst beherrschte und beherrscht Fridhelm Marx nach allgemeiner Auffassung die „Register“ Ehrlichkeit, Beharrlichkeit, argumentative Stringenz – einige würden sagen: Schärfe – und eine gewisse intellektuelle Unerbittlichkeit. Unterschätzen darf und durfte man vor allem sein Gedächtnis nicht.

Zugleich war und ist das alles gepaart mit ständiger Dialogbereitschaft, Witz und der Fähigkeit, auch über sich selbst lachen zu können.

Immer nah an den Themen und den Personen – auch das ist Fridhelm Marx. Dazu eine Anekdote aus meiner Erinnerung: Als ich im BDI die Aufgaben von Timm R. Meyer übernahm, kam anlässlich der „Stabübergabe“ Herr Marx sofort auf mich zu und frag-

te mich darüber aus, was ich denn vorher beruflich und thematisch bearbeitet hätte. Nach Aufklärung und Erläuterung der Sektoren, mit denen ich mich zuvor beschäftigt hatte, wurde mir sofort Interesse auch an diesen Themen vermittelt und eine Visitenkarte in die Hand gedrückt.

Zusammengefasst: Zu ehren ist daher der Mensch, der Experte, der „politische" Beamte, der Dialogpartner und nicht zuletzt der forum-vergabe-Unterstützer. Was liegt da näher, als dies durch ein Medium zu tun, dem sich Fridhelm Marx stets verpflichtet fühlte und fühlt, nämlich der schriftlich geäußerten Meinung.

Lieber Herr Dr. Marx, wir haben uns entschlossen – orientiert an den groben zeitlichen Gegebenheiten in Ihrer Person und den geschilderten Inhalten –, Ihnen eine Sammlung von Auffassungen in gedruckter Form zuzueignen. Ich darf zugleich im Namen der Herren Dr. Rüdiger Kratzenberg, der leider heute nicht hier sein kann, und Dr. Hans-Joachim Prieß sprechen und stehe gleichfalls für Vielzahl von Mitstreitern, ohne die das Kompendium nicht entstanden wäre und deren Mehrzahl heute hier anwesend ist.

Herausgekommen ist eine so genannte Festschrift, die gegenwärtig in Komprimiertheit und Komplexität wohl ihresgleichen sucht. Sie erhalten hier und heute das erste druckfrische Exemplar mit allen guten Wünschen. Lesen müssen Sie allerdings selbst, denn eine mittlerweile modern gewordene Executive Summary erhalten Sie jetzt nicht.

Nehmen Sie dieses Buch auch als Dank der „Gemeinde" an jemanden, der uns in Erinnerung bleiben wird.

Lieber Herr Dr. Marx, was ich in dieser kurzen Ansprache vergessen habe, steht in dem Buch – meine Damen und Herren, ich danke Ihnen und will nicht länger alleine sprechen, denn Gesprächsstoff gibt es wie immer genug.

Verleihung des International Public Procurement Award – IPA 2013 –

Laudatio

Prof. David Capitant

Universität Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Sehr geehrte Frau Koch, es ist mir eine besondere Freude, hier beim forum vergabe das Wort anlässlich der IPA-Preisverleihung zu ergreifen. Mir bietet es die Gelegenheit, Sie in diesem renommierten Kreis willkommen zu heißen, wo Ihnen die besten Spezialisten des Vergaberechts begegnen werden, die sich hier eineinhalbjährlich treffen, um einen scharfen Blick auf die neuesten Fragen des Bereiches zu werfen, heftige Debatten zu führen und manchmal neue Lösungen zu skizzieren. Sie selbst werden sich ohne Mühe in diese Gesellschaft integrieren, da Sie sich schon mit viel Erfolg einer der grundlegenden Fragen des Vergaberechts gewidmet haben und zwar der Suche nach dem richtigen Gleichgewicht zwischen Strenge und Flexibilität in der Regelung der Auftragsvergabe. Die Suche nach diesem nie zu findenden Gleichgewicht hat Gesetzgeber, Richter und Akademiker sowie die Praxis immer wieder beschäftigt.

Vor kurzem noch konnte ich die neu publizierten Verwaltungsarchive der Bauarbeiten des Versailler Schlosses im 17. Jahrhundert lesen. Mehrmals schon wurden durch königliche Erlässe die derzeitigen Regelungen geändert, um – das war der Rat des Rechnungshofes – die Genauigkeit und die Preise der Aufträge zu verbessern, ohne – das war die Forderung der Architekten – die Qualität der Handwerker zu reduzieren. Das Gleiche ist sicherlich beim Bauen von Sanssouci zu beobachten und die heftige Diskussion im forum vergabe hat auch heute noch gezeigt, wie groß die Spannung um die Flexibilisierung bei den EU-Richtlinien ist.

In Ihrer Doktorarbeit mit dem Titel „Flexibilisierungspotenziale im Vergabeverfahren" haben Sie sich auf zwei Instrumente konzentriert: Nachverhandlungen und Nebenan-

gebote. Die Reduzierung auf zwei sehr gut gewählte Fragen war ein Grund des Erfolges Ihrer Forschung, die es Ihnen erlaubt hat, in die Tiefe zu gehen. Vielleicht ist es der Betreuung Ihres Doktorvaters zu verdanken, Herrn Prof. Dr. Burgi, den ich auch ganz besonders deshalb begrüßen möchte. Diese beiden erforschten Mittel einer Flexibilisierung, Nebenangebote und Nachverhandlungen, sind komplementär in den Nachverhandlungen, die im privaten Geschäft sehr üblich sind, im nationalen Recht der Auftragsvergabe aber explizit verboten sind, mit der Schwierigkeit die darin liegt, dass der Unterschied zwischen Nachverhandlungen und Aufklärungsgespräche manchmal nicht ganz einfach zu stellen ist.

Im Gegenteil, obwohl der Zugang zu Nebenangeboten als Flexibilisierungspotenzial ausdrücklich vorgesehen ist, wird es vielleicht nicht so viel von der Praxis benutzt, wie es möglich oder gar wünschenswert wäre. Sehr zu begrüßen sind auch in Ihrer Arbeit die zahlreichen rechtsvergleichenden Darstellungen, besonders mit US-amerikanischem Recht sowie mit schweizerischem Recht und auf internationaler Ebene mit dem GPA-Abkommen. Dank dieser Vergleiche können Sie sehr weit über die Darstellung des Rechtszustandes hinausgehen und sehr interessante Entwicklungsvorschläge formulieren. Immer beweisen Sie ein profundes Verständnis für die komplexen rechtlichen, wirtschaftlichen und politischen Zusammenhänge.

All diese Qualitäten Ihrer Arbeit haben die Jury dazu bewogen, Ihnen, Frau Koch, den IPA-Preis von 10.000,- Euro dieses Jahr zuzusprechen. Mit mehreren anderen hochinteressanten Werken haben Sie mit konkurriert: durch die Jahre erfreut sich der IPA-Preis über die immer bessere Qualität der Werke, die zu uns kommen. Nun haben Sie den Preis bekommen. Eine Auszeichnung haben Sie übrigens schon für diese Arbeit mit dem Aulinger-Preis 2012 im Januar dieses Jahres erhalten. Als Vertreter der IPA-Preisjury möchte ich Ihnen zu diesem vorzüglichen Erfolg ganz herzlich gratulieren.

Verleihung des International Public Procurement Award – IPA 2013 –

Darstellung der wesentlichen Ergebnisse der Arbeit durch die Preisträgerin

Dr. Frauke Koch

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit großer Freude, aber immer noch ungläubig, nehme ich heute Abend den International Public Procurement Award entgegen. Zunächst möchte ich mich ganz herzlich bei meinem Vorredner, Herrn Capitant, für die einführenden und lobenden Worte bedanken. Ganz besonders großer Dank gebührt der Jury, die meine Arbeit als Beste ausgewählt und mit dem mehr als großzügigen Preis ausgezeichnet hat und dem forum vergabe für die Stiftung des Preises. Herzlich danken möchte ich darüber hinaus meinem Doktorvater Prof. Dr. Martin Burgi. Ohne ihn würde ich heute hier nicht stehen – er hat mich nicht nur exzellent betreut, sondern mir auch Mut gemacht, mich überhaupt auf diesen Preis zu bewerben.

Gleichwohl habe ich als ehemalige „Vollblutsportlerin" gedanklich mit dem Gewinnen gespielt. Bei diesem Gedankenspiel erschien mir das Halten eines 10-minütigen Vortrages vor erfahrenen und renommierten Vergaberechtlern, die ich größtenteils in meiner Arbeit zitiert habe, als eine einfache Übung. Als es aber tatsächlich soweit war, hatte ich große Mühe festzulegen, welche Inhalte meiner Arbeit ich Ihnen heute Abend kurz vorstellen will. Denn dazu musste ich, offen gestanden, meine Arbeit nach – gefühlter – langer Zeit erst einmal wieder in die Hand nehmen und lesen, ohne dabei auf Rechtschreibung, Form und Stil zu achten! Schwierig war die Auswahl aber auch deshalb, weil ich rund 350 Seiten gebraucht habe, um meine Gedanken und Ergebnisse zu Flexibilisierungspotenzialen im Vergabeverfahren auf Papier zu bringen! Letztlich habe ich mich dann entschieden, Ihnen 3 prägnante Punkte vorzustellen: das Warum, Wie und Was.

Zunächst zum Warum meiner Arbeit, d.h. zum Hintergrund. Vergaberecht ist – wie wir alle wissen und spätestens im Verlauf der heutigen Veranstaltung eindrücklich erfahren haben – eines der pflichtenreichsten und kompliziertesten Rechtsgebiete. Gerade deshalb wünschen sich alle beteiligten Akteure, Auftraggeber, Bieter, Wissenschaftler und die Politik, Vereinfachung und Möglichkeiten zum Abweichen von einem starren Regime, also Möglichkeiten, um das Vergabeverfahren flexibler, praxisgerechter zu gestalten und gleichzeitig best value einzukaufen. Und so habe ich mit meiner Arbeit untersucht, wie und an welchen Stellen das nationale Vergaberecht flexibilisiert werden kann, und zwar schwellenwertübergreifend und unabhängig von der Auftragsart.

Damit sind wir auch schon beim nächsten W, dem Wie. Mit dem Wie meine ich die Methode meiner Arbeit. Um das Flexibilisierungspotenzial eines vergaberechtlichen Instrumentes objektiv beurteilen zu können, habe ich ein viergliedriges Prüfungsraster entwickelt. Dieses Raster habe ich dann auf Nachverhandlungen und Nebenangebote als zwei von mir ausgewählte Flexibilisierungspotenziale angewendet. Heute Abend möchte ich mich aber auf die Darstellung des Prüfungsrasters beschränken. Auf der ersten Ebene des Prüfungsrasters, der Ebene der Funktionsadäquanz, werden die Vor- und Nachteile der angedachten Flexibilisierung dargestellt und auf ihre Vereinbarkeit mit vergaberechtlichen Zielsetzungen und Prämissen überprüft. Mit anderen Worten geht es auf dieser Ebene darum, inwiefern die Flexibilisierungsmaßnahme den vergaberechtlichen Zielen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit und dem Ziel freien Wettbewerbs als Garant für wirtschaftliche Entscheidungen dient. Hier geht es auch um die Verträglichkeit mit dem Ziel der Förderung von KMU´S. Denn ein Flexibilisierungsinstrument ist nur flexibilisierungsgeeignet und chancenträchtig, wenn es sich mit anderen vergaberechtlichen Zielsetzungen verträgt und möglichst vielen Akteuren vorteilhafte Entscheidungen garantiert. Ob das Instrument tatsächlich sinnvoll ist, kann zudem durch empirische Befunde – soweit verfügbar – untermauert werden.

Auf der zweiten Prüfebene, der Ebene des Rechts, folgt dann die Vereinbarkeit des Flexibilisierungsinstruments zunächst mit europäischen Primär- vor allem aber dem Sekundärrecht. Da die Vergabekoordinierungsrichtlinie sich in der Tendenz als sehr flexibilisierungsfreundlich zeigt und wenig Handfestes bietet, entscheiden vor allem die Vergabegrundsätze über die rechtliche Machbarkeit und das Ausmaß einer Flexibilisierung. Zu prüfen ist auf dieser Ebene auch der nationale Rechtsrahmen, um festzustellen, inwieweit Veränderungen notwendig und geboten sind und wie weitgehend Flexibilisierungsmaßnahmen sein müssen.

Auf der nachfolgenden Ebene, der Ebene der Inspiration, folgt ein Blick auf das Vergaberecht anderer Staaten. Denn Reisen bildet bekanntlich. Vor allem lohnt sich eine Reise in das deutlich flexiblere amerikanische Vergaberecht, um sich flexible Lösungen abzuschauen.

Auf der letzten Ebene, der Ebene der Durchführbarkeit, habe ich dann meine Ergebnisse und Erkenntnisse der Prüfebenen im Hinblick auf Nachverhandlungen und Ne-

benangebote zusammengeführt und Lösungsmöglichkeiten für das offene Verfahren entwickelt.

Kommen wir nun – ganz kurz – zum Was, den Kernergebnissen meiner Arbeit. Wie erwähnt möchte ich nicht meine Ergebnisse zu Nachverhandlungen und Nebenangeboten vorstellen, sondern mich auf eine allgemeine Flexibilisierungsaussage beschränken:

Wie meine Untersuchung gezeigt hat, bestehen erhebliche Flexibilisierungsunterschiede zwischen europäischem und nationalem Vergaberecht. Das europäische Vergaberecht ist dabei tendenziell flexibilisierungsfreundlicher. Den Unterschied machen vor allem die Auslegung und das Verständnis der Vergabegrundsätze aus. Denn während das europäische Vergaberecht mit den Vergabegrundsätzen lediglich dynamische Rahmenvorgaben setzt, neigt der nationale Gesetzgeber zu einer Überinterpretation der Vergabegrundsätze und leitet aus ihnen, insbesondere dem Wettbewerbsgrundsatz, die weitreichendsten Pflichten ab. Dies aus Angst vor Manipulation und Willkür; doch das deutsche Vergaberecht ist erwachsen und gefestigt, so dass in Deutschland – im Gegensatz zu vergaberechtlich unerfahrenen Ländern – keine übertrieben strengen Regeln erforderlich sind. Deshalb appelliere ich mit meiner Arbeit dazu, die vorhandenen Flexibilisierungsspielräume zu nutzen. Denn es ist an der Zeit, sich auf den Wesensgehalt der Vergabegrundsätze zurückzubesinnen und – wie es Herr Gröning heute Morgen treffend formuliert hat – „die Zügel locker zu lassen".

Herzlichen Dank für ihre Aufmerksamkeit!

Podiumsdiskussion: Zugangsbeschränkungen für Waren oder Unternehmen aus Drittstaaten?

Moderation und Einführung

Dr. Christian Pitschas

BERNZEN SONNTAG, Genf

A. Der Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission

Der von der Kommission im März 2012 vorgelegte Vorschlag für eine Verordnung über den Zugang von Waren und Dienstleistungen aus Drittländern zum Binnenmarkt für das öffentliche Beschaffungswesen (hiernach „Verordnungsvorschlag" oder „Verordnung")[1] verfolgt im Wesentlichen zwei Anliegen: Zum einen soll die Kommission ein Instrument an die Hand bekommen, mit dem sie Drittländer dazu bewegen kann, ihre öffentlichen Beschaffungsmärkte stärker für Waren, Dienstleistungen und Anbieter aus der EU zu öffnen; dieses „Marktöffnungsinstrument" steht im Vordergrund des Vorschlags.[2] Zum anderen sollen die von der Union in internationalen Handelsverträgen – sowohl auf multilateraler als auch auf bilateraler Ebene – übernommenen Verpflichtungen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe in das Unionsrecht umgesetzt werden; diese „Umsetzungsfunktion" ist von nachgeordneter Natur.[3]

Der Vorschlag sieht zwei verschiedene Mechanismen vor: einen zentralen und einen dezentralen Mechanismus.[4] Der *dezentrale* Mechanismus greift bei öffentlichen Ausschreibungen ab einem geschätzten Auftragswert von 5 Mio. Euro und zeichnet sich

[1] COM(2012) 124 final, 21.3.2012.

[2] Siehe die Begründung des Verordnungsvorschlags, S. 2f. (Punkt 1., Gründe und Ziele); dort ist vom „Hauptziel" die Rede.

[3] Ebenda (dort als "ein weiteres Ziel" bezeichnet).

[4] Siehe den Überblick in der Begründung des Verordnungsvorschlags auf S. 7.

dadurch aus, dass öffentliche Auftraggeber in der Union die Kommission um Genehmigung ersuchen können, Angebote vom Vergabeverfahren auszuschließen, die wertmäßig zu mehr als die Hälfte aus Waren oder Dienstleistungen aus Drittstaaten bestehen, sofern diese Waren und Dienstleistungen keinen internationalen Verpflichtungen der EU unterliegen (sog. "nicht erfasste Waren oder Dienstleistungen"). Die Kommission genehmigt den Ausschluss, wenn das betreffende Drittland den Waren und Dienstleistungen aus der EU keinen substanziell gleichwertigen Marktzugang einräumt.

Der zentrale Mechanismus beinhaltet drei Schritte: In einem ersten Schritt kann die Kommission ein Untersuchungsverfahren durchführen, das sich auf restriktive, insbesondere diskriminierende, Beschaffungspraktiken in einem Drittland bezieht; die Einleitung eines solchen Untersuchungsverfahrens kann von einem Wirtschaftsbeteiligten aus der EU oder einem Mitgliedstaat beantragt werden oder ex officio durch die Kommission erfolgen. Falls die Kommission in einem Untersuchungsverfahren entsprechende restriktive (diskriminierende) Beschaffungspraktiken feststellt, kann sie in einem zweiten Schritt Verhandlungen mit dem betreffenden Drittstaat aufnehmen, um diesen dazu zu bewegen, die Praktiken einzustellen. Falls diese Verhandlungen kein befriedigendes Ergebnis zeitigen, kann die Kommission in einem dritten Schritt Gegenmaßnahmen gegen nicht erfasste Waren und Dienstleistungen aus dem betreffenden Drittstaat verhängen. Konkret würde die Kommission es öffentlichen Auftraggebern in der Union vorschreiben, Angebote, deren Gesamtwert zu mehr als 50% aus nicht erfassten Waren oder Dienstleistungen aus dem betreffenden Drittstaat bestehen, von Vergabeverfahren auszuschließen, oder auf den Teil der Angebote, die aus solchen Waren bzw. Dienstleistungen bestehen, einen obligatorischen Preisaufschlag zu erheben. Von der Anwendung dieser Maßnahmen dürfen öffentliche Auftraggeber allerdings dann absehen, wenn sie andernfalls ihre Beschaffungsbedürfnisse nicht decken könnten, oder es zu einer unverhältnismäßigen Erhöhung des Preises oder der Kosten des Auftrags käme.

B. Problemlagen des Verordnungsvorschlags

Der Vorschlag ist in mehr als einer Hinsicht problematisch; hier sollen lediglich die Problemlagen aus Sicht des Außenhandelsrechts bzw. -politik angeschnitten werden. Diese Problemlagen sind:

- die handelspolitische Wirksamkeit und Notwendigkeit der vorgesehenen Mechanismen;
- die Kompetenz zum Erlass der vorgeschlagenen Verordnung auf der Grundlage des Art. 207 Abs. 2 AEUV; und
- der Konflikt mit GPA-Parteien, deren Waren oder Dienstleistungen von Gegenmaßnahmen der Kommission betroffen wären.

1. Handelspolitische Wirksamkeit und Notwendigkeit

Der Vorschlag soll die Kommission in die Lage versetzen, öffentliche Beschaffungsmärkte in Drittstaaten zu öffnen bzw. dort zu Lasten von Waren, Dienstleistungen und Anbietern aus der EU bestehende restriktive (diskriminierende) Praktiken zu beenden. Zum einen bestehen Zweifel daran, ob die hierzu vorgesehenen Mechanismen die erforderliche handelspolitische Wirksamkeit entfalten können, zum anderen bestehen Zweifel daran, ob sie handelspolitisch überhaupt notwendig sind.

a) Dezentraler Mechanismus

Der dezentrale Mechanismus dürfte jedenfalls handelspolitisch kaum wirksam sein, weil die Kommission öffentliche Auftraggeber in der Union nicht dazu verpflichten kann, von diesem Mechanismus Gebrauch zu machen. Vielmehr liegt es allein im Ermessen der öffentlichen Auftraggeber, ob sie einen solchen Antrag stellen.[5] Ein überzeugender politischer Druck auf Drittländer lässt sich so nicht aufbauen. Davon ist auch deshalb nicht auszugehen, weil nicht zu erwarten steht, dass öffentliche Auftraggeber in der Union in hohem Maße ihre Antragsbefugnis wahrnehmen werden.

Schlimmstenfalls könnte es gar zu einer Fragmentierung des Binnenmarktes kommen, wenn öffentliche Auftraggeber aus den südlichen Mitgliedstaaten entsprechende Anträge in weitaus höherer Zahl stellten als öffentliche Auftraggeber aus den nördlichen Mitgliedstaaten. Eine solche Entwicklung wäre aus Sicht des Binnenmarktes höchst unerwünscht. Hinzu kommt, dass das Wissen um die Antragsbefugnis öffentlicher Auftraggeber einige Bieter dazu verleiten könnte, auf öffentliche Auftraggeber in unerlaubter Weise einwirken zu wollen – sei es, um einen Ausschluss bestimmter Angebote zu erreichen, sei es, um einen Ausschluss bestimmter Angebote zu verhindern. Derartige Versuche der Einflussnahme würde die unabdingbare Unabhängigkeit der öffentlichen Auftraggeber gefährden sowie die gebotene Transparenz und (wettbewerbliche) Neutralität des Vergabeverfahrens in Frage stellen.

b) Zentraler Mechanismus

Anders stellt sich die Lage beim zentralen Mechanismus dar, weil die Initiative insoweit (auch) bei der Kommission liegt.[6] Jedoch weist auch dieser Mechanismus aus handelspolitischer Sicht eine „offene Flanke" auf: die Ausnahmetatbestände. Diese erlauben es den öffentlichen Auftraggebern, die von der Kommission verhängten Gegenmaßnahmen nicht anzuwenden. Natürlich setzt das voraus, dass die Vorausset-

5 Art. 6 Abs. 1 der Verordnung hebt ab auf den "Antrag öffentlicher Auftraggeber/Vergabestellen", Art. 6 Abs. 2 der Verordnung beginnt mit den Worten: „Wenn öffentliche Auftraggeber/Vergabestellen beabsichtigen, einen Ausschluss von Angeboten auf der Grundlage von Abs. 1 zu beantragen".

6 Art. 8 Abs. 1 der Verordnung leitet ein mit den Worten: "Die Kommission kann jederzeit auf eigene Initiative ... eine Untersuchung ... einleiten".

zungen des jeweiligen Ausnahmetatbestands gegeben sind, aber diese belassen den öffentlichen Auftraggebern durchaus einen gewissen Beurteilungsspielraum.[7]

Einem „Missbrauch" der Ausnahmetatbestände sind zwar Grenzen gezogen, weil öffentliche Auftraggeber die Kommission benachrichtigen müssen, wenn sie die Ausnahmetatbestände heranziehen, und ihre diesbezügliche Entscheidung ausführlich begründen müssen;[8] zudem kann die Kommission bei (offensichtlich) fehlerhafter Anwendung der Ausnahmetatbestände den Korrekturmechanismus gemäß den Richtlinien 89/665/EWG bzw. 92/13/EWG anwenden. Dennoch ist nicht auszuschließen, dass es – spiegelbildlich zum dezentralen Mechanismus – zu einer divergierenden Praxis der öffentlichen Auftraggeber kommt, was einerseits die handelspolitische Wirksamkeit des zentralen Mechanismus und andererseits das Funktionieren des Binnenmarktes im öffentlichen Auftragswesen beeinträchtigen würde.

c) Handelspolitische Notwendigkeit

Unabhängig von den vorstehend genannten Bedenken gegen die handelspolitische Wirksamkeit stellt sich die Frage nach der handelspolitischen Notwendigkeit der Verordnung. In der Begründung des Vorschlags heißt es, dass „Hauptproblem der EU besteht darin, dass sie bei Verhandlungen mit internationalen Handelspartnern nicht über eine ausreichend starke Position verfügt, um Ungleichgewichte abzubauen und im Interesse der EU-Unternehmen wesentliche Marktzugangszusagen zu erreichen".[9]

Diese Aussage bedarf der Relativierung, denn natürlich verhandelt die EU – mit Ausnahme des plurilateralen GPA – keine reinen „Beschaffungsabkommen";[10] vielmehr enthalten die von der Union ausgehandelten Freihandelsabkommen jeweils ein Kapitel über das öffentliche Auftragswesen. Die entsprechenden Kapitel in den zuletzt mit Südkorea und jüngst mit Singapur geschlossenen Freihandelsabkommen zeichnen sich sogar durch eine besondere Regeldichte und eine über den im Rahmen des (alten) GPA erreichten Stand der Marktöffnung aus.[11] Die sich abzeichnenden künftigen Freihandelsabkommen (insbesondere mit den USA) dürften diesen Trend sogar noch verstärken.[12]

[7] Der Ausnahmetatbestand nach Art. 10 Abs. 1 a) der Verordnung stellt darauf ab, ob keine anderen Waren oder Dienstleistungen erhältlich sind, "die ihren Anforderungen entsprechen"; der zweite Ausnahmetatbestand nach Art. 10 Abs. 1 b) hebt auf eine mit der Anwendung der Gegenmaßnahme verbundenen „unverhältnismäßigen Erhöhung" ab.

[8] Siehe Art. 10 Abs. 2 der Verordnung.

[9] Begründung des Verordnungsvorschlags, S. 3.

[10] Die einzige Ausnahme stellt das bilaterale Beschaffungsabkommen mit der Schweiz von 1999 dar, das allerdings im Gesamtkontext der 1999 mit der Schweiz im Paket geschlossenen bilateralen Abkommen zu sehen ist.

[11] Siehe den Überblick über das Freihandelsabkommen mit Südkorea auf folgender Internetseite (aufgerufen am 15.10.2013): http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/october/tradoc_148303.pdf und mit Singapur auf folgender Internetseite (aufgerufen am 15.10.2013): http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/september/tradoc_151723.pdf .

[12] In den Verhandlungen mit den USA will die EU u.a. einen signifikant höheren Marktzugang zum öffentlichen Beschaffungsmarkt in den USA erreichen, siehe den Überblick über die diesbezügliche Verhandlungsposition der EU auf folgender Internetseite (aufgerufen am 15.10.2013): http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/july/tradoc_151623.pdf .

In den Verhandlungen über den Abschluss eines Freihandelsabkommens ist das öffentliche Auftragswesen nur einer von vielen Bereichen: Wenn die EU für diesen Bereich weitreichende Marktzugangszusagen des auserkorenen Handelspartners erreichen will, muss sie im Gegenzug bereit sein, dafür auf anderen Feldern, an denen der andere Partner ein besonderes (offensives oder defensives) Interesse hat, Entgegenkommen zu zeigen. Insofern könnte sich das Drohen mit einem Untersuchungsverfahren oder mit Gegenmaßnahmen eventuell als kontraproduktiv erweisen.

Zuletzt ist in diesem Zusammenhang auf den neuesten Bericht der Kommission über potenziell handelsbeschränkende Maßnahmen von Drittstaaten, mit denen die EU besonders intensive Handelsbeziehungen hat, hinzuweisen.[13] In diesem Bericht hat die Kommission im Bereich des öffentlichen Auftragswesens insbesondere in drei Ländern neue handelsbeschränkende Praktiken ausgemacht: Argentinien, Brasilien und Indien.[14] Mit keinem dieser Länder hat die EU bisher ein Freihandelsabkommen geschlossen, aber Verhandlungen über den Abschluss entsprechender Abkommen laufen. Es bleibt abzuwarten, ob es der Kommission in diesen Verhandlungen gelingen wird, den Abbau restriktiver Praktiken bzw. die Einräumung von Marktzugangszusagen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zu erreichen; ggf. könnten entsprechende Zusagen zu einer unabdingbaren Voraussetzung für den Abschluss eines Freihandelsabkommens erklärt werden.

2. Umsetzung der gemeinsamen Handelspolitik

Die Verordnung soll auf Art. 207 AEUV gestützt werden. Art. 207 Abs. 2 AEUV sieht den Erlass von Verordnungen durch das EP und den Rat vor, „mit denen der Rahmen für die Umsetzung der gemeinsamen Handelspolitik bestimmt wird".

Die verbindliche Vorgabe, die von internationalen Verpflichtungen der EU erfassten Waren und Dienstleistungen „wie Waren und Dienstleistungen aus der Europäischen Union" zu behandeln,[15] setzt die aus den besagten Verpflichtungen folgende Pflicht zur Inländerbehandlung um. Art. 207 Abs. 2 AEUV bildet insoweit eine taugliche Rechtsgrundlage.

Die beiden Marktöffnungsinstrumente (zentraler und dezentraler Mechanismus) betreffen unmittelbar nur die von internationalen Verpflichtungen nicht erfassten Waren und Dienstleistungen; insoweit geht es also – anders als bei der vorstehend benannten Pflicht zur Inländerbehandlung – nicht um die Umsetzung entsprechender Verpflichtungen. Allerdings spricht Art. 207 Abs. 2 AEUV von der „Umsetzung der gemeinsamen Handelspolitik". Diese umfasst nach Art. 206 AEUV die schrittweise

[13] Der Bericht datiert vom 2. September 2013 und ist auf folgender Internetseite aufrufbar (aufgerufen am 15.10.2013): http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=960 .

[14] Diese drei Länder sind nicht Parteien des GPA.

[15] Art. 4 der Verordnung.

„Beseitigung der Beschränkungen im internationalen Handelsverkehr". Diesem Ziel dient der Vorschlag im Grundsatz.

Dennoch verbleiben gewisse Zweifel. Beide Mechanismen wirken, wenn auch in unterschiedlicher Weise und Intensität, auf das Verhalten öffentlicher Auftraggeber sowie den Ablauf von Vergabeverfahren im Binnenmarkt ein und betreffen damit unmittelbar dessen Funktionieren, mittelbar auch die Inanspruchnahme der Grundfreiheiten im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe. Dabei ist zu berücksichtigen, dass beide Mechanismen – und damit zugleich die „Umsetzung der gemeinsamen Handelspolitik" – auf die Mitwirkung der öffentlichen Auftraggeber angewiesen sind. Unter dem dezentralen Mechanismus liegt die Antragsbefugnis und somit die Einschaltung der Kommission ausschließlich in den Händen der öffentlichen Auftraggeber. Im Rahmen des zentralen Mechanismus können öffentliche Auftraggeber davon absehen, die von der Kommission beschlossenen Gegenmaßnahmen anzuwenden, wenn (nach ihrer Auffassung) einer der beiden Ausnahmetatbestände eingreift, ungeachtet ihrer Pflicht, die Kommission darüber zu informieren, und der Berechtigung der Kommission, die öffentlichen Auftraggeber zu Korrekturen aufzufordern, wenn (nach ihrer Ansicht) die öffentlichen Auftraggeber sich (offensichtlich) zu Unrecht auf einen Ausnahmetatbestand berufen haben.

Insoweit stellt sich die Situation anders dar als beispielsweise bei der Handelshemmnisverordnung, die gleichfalls die Durchführung eines Untersuchungsverfahrens seitens der Kommission vorsieht,[16] an dessen Ende die Kommission (ggf. nach vorheriger Durchführung eines verbindlichen Streitbeilegungsverfahrens) Gegenmaßnahmen gegen Drittländer verhängen kann, wenn sich Verhandlungen über den Abbau der in einem Untersuchungsverfahren identifizierten Handelshemmnisse als erfolglos erweisen.[17] In diesem Fall hängt es allein von der Kommission ab, ob und wie sie auf den Außenhandel der Union mit dem betreffenden Drittland einwirkt; einer Mitwirkung anderer Stellen bedarf es dafür nicht.

Vor diesem Hintergrund fragt sich, ob Art. 207 Abs. 2 AEUV allein eine geeignete Rechtsgrundlage für die Verordnung abgibt, soweit die beiden Mechanismen der Marktöffnung betroffen sind. Es ist zu überlegen, ob daneben nicht zumindest Art. 114 AEUV heranzuziehen ist. Diese Vorschrift sieht wie Art. 207 Abs. 2 AEUV das ordentliche Gesetzgebungsverfahren vor. Außerdem ermächtigt sie zum Erlass von Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, womit alle Rechtsakte im Sinne des Art. 289 Abs. 1 AEUV erfasst sind, also auch Verordnungen.

[16] Verordnung des Rates (EG) Nr. 3286/94 vom 22. Dezember 1994, Abl. Nr. L 349/71 vom 31.12.1994. Die Handelshemmnisverordnung verlangt grundsätzlich einen Verstoß gegen Pflichten, die in einem internationalen Handelsvertrag niedergelegt sind.

[17] Hierzu hat die Kommission gleichfalls einen Verordnungsvorschlag unterbreitet, COM(2012) 773 final vom 18. Dezember 2012.

An dieser Problematik zeigt sich ganz allgemein – über den Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe hinaus – die (potenziell immense) „Hebelwirkung" der Umsetzungsbefugnis nach Art. 207 Abs. 2 AEUV für den Binnenmarkt. Solange Freihandelsabkommen (neben dem traditierten, aber immer weniger bedeutsamen Abbau von Zöllen) sich darauf beschränkten, nicht-tariffäre (regulatorische) Handelshemmnisse nur insoweit zu disziplinieren, als dass mit dem bestehenden (sekundären) EU-Regelwerk für den Binnenmarkt vereinbar ist, war eine „echte" Umsetzung der in den Abkommen übernommenen Verpflichtungen im Sinne einer Rechtsänderung (zumeist) nicht vonnöten. Je mehr sich künftige Freihandelsabkommen (wie etwa das angestrebte TTIP mit den USA) jedoch mit regulatorischen Hindernissen für den Handel befassen, und damit eine Anpassung der Binnenmarktgesetzgebung erfordern werden, je mehr wird sich die besagte Hebelwirkung des Art. 207 Abs. 2 AEUV zeigen – und die Diskussion darüber anheizen, ob diese Norm als einzige Rechtsgrundlage für eine derartige Umsetzung der gemeinsamen Handelspolitik taugt.

3. Konflikt mit GPA-Parteien

Zuletzt ist darauf einzugehen, ob die beiden vorgesehenen Mechanismen unter Umständen Konflikte mit anderen GPA-Parteien heraufbeschwören könnten.

a) Nicht erfasste Waren und Dienstleistungen

Wie zuvor erläutert, sollen sich die Gegenmaßnahmen – Ausschluss vom Vergabeverfahren oder obligatorischer Preisaufschlag – auf von internationalen Verpflichtungen nicht erfasste Waren und Dienstleistungen erstrecken. Zu dieser Kategorie gehören nach den Begriffsbestimmungen allerdings auch „Waren und Dienstleistungen aus einem Land, mit dem die Union eine solche [internationale] Vereinbarung geschlossen hat, wobei die betreffenden Waren und Dienstleistungen jedoch nicht dieser Vereinbarung unterliegen".[18] Mit anderen Worten: Selbst wenn zwischen der EU und dem betreffenden Drittland eine internationale Vereinbarung über den Zugang zum jeweiligen öffentlichen Beschaffungsmarkt besteht, kann es zur Verhängung besagter Gegenmaßnahmen kommen, wenn die Waren und Dienstleistungen des Vertragspartners nicht von den jeweiligen Marktöffnungsverpflichtungen erfasst sind. Nachfolgend soll in dieser Hinsicht nur das GPA – als Paradebeispiel einer (plurilateralen) internationalen Vereinbarung über die Öffnung öffentlicher Beschaffungsmärkte – in den Blick genommen werden.

[18] Artikel 2(1)(e) der Verordnung.

b) Marktzugangsverpflichtungen nach dem GPA

Das GPA umfasst zurzeit 15 Vertragsparteien (wobei die EU als eine Vertragspartei gezählt ist) und ist Teil der WTO-Rechtsordnung.[19] Neben auf die Durchführung von Vergabeverfahren bezogenen (materiellen und prozeduralen) Pflichten beinhaltet das GPA Marktzugangszusagen der GPA-Parteien. Diese Zusagen fallen grob gesprochen in zwei Kategorien: Die erste Kategorie umfasst die Vergabestellen der GPA-Parteien, die diese dem Anwendungsbereich des GPA unterwerfen. Die zweite Kategorie erfasst die Waren und Dienstleistungen, die nach dem Willen der GPA-Partei in den Anwendungsbereich des GPA fallen. Beide Kategorien sind das Ergebnis von Verhandlungen zwischen den GPA-Parteien. Erst vor kurzem gelang es den GPA-Parteien, sich auf eine Revision des GPA zu verständigen, zu der neben einer (behutsamen) Änderungen der GPA-Regeln auch erweiterte Marktzugangszusagen der GPA-Parteien zählen.[20]

Im Hinblick auf die in den Verhandlungen vereinbarten Marktzugangszusagen der GPA-Parteien erhebt sich die Frage, wie GPA-Parteien auf ein gegen sie gerichtetes Untersuchungsverfahren oder gar etwaige Gegenmaßnahmen reagieren würden.

In handelspolitischer Hinsicht würden solche Schritte die vom neuen GPA (GPA 2012) vorgeschriebenen künftigen Verhandlungen über weitere neue Marktzugangszusagen[21] sicherlich belasten, weil sie aller Voraussicht nach als Versuch aufgefasst würden, diesen Verhandlungen vorzugreifen bzw. sie durch unerwünschten Druck zu beeinflussen, zumal diese Verhandlungen nicht lediglich als jeweils rein bilaterale Verhandlungen zwischen den GPA-Parteien (EU – USA, EU – Japan; EU – Korea, etc.) verstanden werden dürfen.

In handelsrechtlicher Hinsicht würden derartige Maβnahmen zwar nicht gegen die Pflichten der EU aus dem GPA verstoßen. Aber eine von einer solchen Maßnahme betroffene GPA-Partei könnte sich unter Umständen veranlasst sehen, eine sogenannte Nichtverletzungsbeschwerde nach der auf das GPA anwendbaren WTO-Streitbeilegungsvereinbarung gegen die EU zu erheben.[22] Eine derartige Beschwerde kann von einem WTO-Mitglied (hier eine GPA-Partei) erhoben werden, wenn es der Auffassung ist, dass eine Maβnahme eines anderen WTO-Mitglieds (hier die EU) seine aus einem WTO-Abkommen (hier das GPA) folgenden Vorteile schmälert oder vernichtet. Voraussetzung dafür ist der Nachweis durch die beschwerdeführende Partei, dass sie berechtigte Erwartungen hegen durfte, wonach die (direkt oder indirekt) aus den Marktzugangszusagen der gegnerischen Partei folgenden Vorteile nicht durch spätere

[19] Anhang 4 zum WTO-Übereinkommen; als plurilaterals Abkommen bindet es nur die WTO-Mitglieder, die dieses Abkommen ausdrücklich angenommen (ratifiziert) haben, Artikel II:3 des WTO-Übereinkommens.

[20] Siehe den Überblick auf folgender Internetseite (aufgerugfen am 15.10.2013): http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm .

[21] Artikel XXII:7 GPA 2012.

[22] Art. 26.1 DSU.

Maßnahmen dieser Partei beeinträchtigt würden.[23] Ob die erwähnten Maßnahmen der EU solche Folgen hätten, lässt sich naturgemäß nicht abstrakt beantworten. Aber es ist darauf zu verweisen, dass die anderen GPA-Parteien ihre Marktzugangszusagen im Rahmen des GPA natürlich auch vor dem Hintergrund eines (relativ) offenen Marktzugangs zum öffentlichen Beschaffungsmarkt der EU gemacht haben.

C. Schlussbetrachtung

Im Vordergrund der hiesigen Anmerkungen stehen die denkbaren handelspolitischen Auswirkungen der von der Kommission vorgeschlagenen Verordnung. Am Rande wurde auch auf mögliche Gefahren für den Binnenmarkt hingewiesen. Daneben wirft der Verordnungsvorschlag weitere Fragen auf, wie etwa die nach einer weiteren Bürokratisierung und dem Zuwachs an Machtfülle für die Kommission.

Eine ganze Reihe von Mitgliedstaaten steht dem Vorschlag skeptisch gegenüber und ist offenbar nicht davon überzeugt, dass es einer solchen Verordnung bedarf. Diese Haltung sieht sich durch die hier genannten Bedenken bestätigt.

[23] Panelbericht in *Japan – Film*, WT/DS44/R, Rz. 10.64ff.

Podiumsdiskussion: Zugangsbeschränkungen für Waren oder Unternehmen aus Drittstaaten?

Statement

Ulrich Paetzold[1]

Hauptgeschäftsführer, Verband der Europäischen Bauwirtschaft

Zur Beruhigung all derjenigen, die schon Herzjagen bekommen, wenn sie nur von Marktschließung, Marktzugang und Ähnlichem hören, weise ich gleich zu Beginn darauf hin, dass der Vorschlag der Kommission m.E. nach allen Berechnungen, die man anstellen kann, keine Chance hat, im Ministerrat angenommen zu werden. Wie Sie wissen, wird dieses Gesetzgebungsverfahren noch durch das Nizza-Abstimmungsverfahren geregelt, also noch nicht mit dem Erfordernis einer doppelten Mehrheit wie nach dem Lissabon-Vertrag.

Market Access Regulation

Council adoption unlikely, unless ...

"Nice"	needs	for	against	sceptic	undecided
Memb. States	173/345	147	155	24	19
block. min.	91/345 38% pop	44,2%	50,3%	3,1%	2,5%

Zur Verabschiedung der Verordnung würden 173 Punkte benötigt, wobei sich das Fehlen Kroatiens bei dieser Berechnung nicht entscheidend auswirkt. Nach den uns vorliegenden Informationen gibt es zurzeit 147 Stimmen für ein solches Rechtsinstrument und 155 dagegen, sowie einige Skeptische oder Unentschiedene. Die Mehrheit gegen den Vorschlag ist

[1] Leicht überarbeitete Mitschrift des frei gehaltenen Vortrags. Die dabei verwendete und zum Verständnis des Texts zT erforderliche englischsprachige PowerPoint-Präsentation ist auf der Website des forum vergabe verfügbar.

allerdings nicht der wichtigste Punkt. Wichtiger ist, dass eine Sperrminorität von 91 Punkten bzw. 38 % der Bevölkerung ausreichen würde, um eine Annahme des Vorschlags durch den Rat zu verhindern. Und das gibt eine gewisse Sicherheit, dass der Vorschlag im Ministerrat nicht angenommen wird.

Damit wäre das Thema eigentlich erschöpft, so dass wir hier auch aufhören könnten. Aber das wäre vielleicht für einen Vortrag beim forum vergabe etwas knapp und außerdem ist das Thema auch von allgemeiner Bedeutung. Voraussichtlich wird die Kommission mit diesem Vorschlag den zweiten Schiffbruch erleiden, nachdem sie vor ein paar Jahren schon einmal mit dem Vorschlag für ein Marktzugangs-Instrument keinen Erfolg hatte. Die Mehrheit der Mitgliedsstaaten möchte offensichtlich ein solches Instrument nicht und ich werde versuchen, Sie heute davon zu überzeugen, dass es besser wäre, wenn die Mitgliedsstaaten der EU ein Marktzugangs-Instrument zur Verfügung stellen würden.

Allgemeine Vorbemerkungen

Als Verband der Europäischen Bauwirtschaft sind wir, um gleich jeden Zweifel auszuschließen, für freien Wettbewerb auf offenen Märkten, weltweit, und wir fänden es ganz großartig, wenn das auf der ganzen Welt praktiziert würde und nicht nur in Europa. Ganz allgemein müssen wir einen Unterschied machen zwischen unseren "defensiven" Interessen, wenn Drittlandsunternehmen auf dem EU-Binnenmarkt tätig werden, und unseren "offensiven Interessen", wenn EU Unternehmen in Drittländer exportieren.

Für den "defensiven" Bereich haben uns die Gegner des Vorschlags gesagt, das sei alles über die "ungewöhnlich niedrigen Angebote" zu regeln. Aber leider handelt es sich bei den entsprechenden Texten der zukünftigen Vergaberichtlinie um nette Prosa, die letzten Endes in der Praxis nichts nutzen wird. Andererseits versuchen wir, Marktöffnung von Drittländern dadurch zu erzielen, dass wir ihnen mit gutem Beispiel vorangehen und hoffen, damit Erfolg zu haben. Es ist fraglich, ob das wirklich der richtige Weg ist.

Im Moment diskutiert die EU jedenfalls mit verschiedenen Drittländern, gibt ihnen ein gutes Beispiel und hofft, dass das irgendwann einmal zu etwas führt. Gerade im Baubereich sind die Ergebnis nicht beeindruckend!

Deswegen ist vielleicht jetzt der Moment gekommen, die Taktik zu ändern und die Verhandlungsposition der EU etwas zu stärken, um vor allem auch den anderen zu zeigen dass die EU willens und in der Lage ist, sich gegebenenfalls zu verteidigen. Dabei sollte immer der Grundsatz gelten: "Lieber nicht, aber wenn es unvermeidlich ist, dann lasst es uns doch machen".

Wenn man allerdings schon von vornherein zugibt, sich erstens nicht verteidigen zu können und es zweitens auch gar nicht zu wollen, dann ist die Verhandlungsposition alles andere als optimal. Insoweit bewundere ich die Mitarbeiter der Kommission für

ihr Engagement, überhaupt noch zu solchen Verhandlungen zu fahren, bei denen sie nichts in der Hand haben.

Außerdem hören wir als Argument gegen ein Marktzugangsinstrument, dass es sich dabei um ein falsches Signal handele. Aber wenn wir schon Signale ausschicken, dann stellt sich doch die Frage, welches Signal wir ausschicken möchten. Haben wir ein besseres Signal als das der Verteidigungsbereitschaft?

Wir könnten einfach weitermachen wie bisher; denn die Erfahrung zeige, dass Diskussionen im Lauf der Zeit auch zu Ergebnissen führen. Ob wir das noch erleben?

Wir könnten auch sagen: „Kommt ruhig auf unseren Binnenmarkt, wir werden uns nie verteidigen und wir sind politisch so korrekt, dass wir nicht mal das Wort 'Gegenseitigkeit' in den Mund nehmen, weil wir wissen dass Euch das nicht gefällt." Und dann könnten wir noch eine fürchterliche Drohung ausstoßen: „Aber wenn sich Euer Verhalten nicht ändert, dann überlegen wir nochmal neu."

Das könnten wir alles machen, auch wenn sich natürlich die Frage stellt, ob das letzten Endes weiterführt.

Ein weiterer Aspekt klingt auf Englisch ganz gut, auf Deutsch etwas weniger, nämlich die Unterscheidung zwischen „protection" und „protectionism", d.h. zwischen Schutz und Protektion. Schutz richtet sich gegen unfaire Handelspraktiken, während Protektionismus auch völlig einwandfreien Wettbewerb behindert. Das ist also nicht dasselbe. Man könnte das vergleichen mit chirurgischen Eingriffen, die objektiv gesehen den Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung erfüllen, aber letzten Endes unerlässlich sind und positive Ergebnisse erzielen. So ähnlich könnte man das hier auch sehen.

Dann heißt es, es bestehe die Gefahr von Gegenmaßnahmen. Das ist klar, Gefahren bestehen immer, man kann sie nicht ausschließen. Das Verblüffende dabei ist, dass die Wirtschaftszweige, die Angst vor solchen Maßnahmen haben, selbst von offenen Märkten profitieren, während diejenigen, die wie der Bau vor völlig geschlossenen Märkte stehen, keine Angst vor solchen Maßnahmen haben - wir haben natürlich auch wenig zu verlieren. So gesehen ist es logisch, dass es Wirtschaftszweige gibt, die schreckliche Angst haben.

Nur, aus welchem Grund sollten Wirtschaftszweige, die praktisch nicht vom öffentlichen Auftragswesen leben und offene Märkte haben, einer Branche wie dem Bau, der von öffentlichen Aufträgen lebt und geschlossenen Märkten gegenübersteht, genau in diesem Bereich Schwierigkeiten machen dürfen?

Man muss sich auch fragen, ob es wirklich richtig ist, einen zukunftsträchtigen Sektor wie den Bau zu opfern und einfach im Regen stehen zu lassen.

Und dann kommen wir zu einem sehr interessanten Thema. Die Kommission behauptet ja, die EU sei prinzipiell offen. Das steht allerdings nirgends, weder im Primär- noch

im Sekundärrecht. De facto stimmt vermutlich die Aussage, die EU sei weitgehend offen. Für Deutschland stimmt es sowieso, weil die Bundesrepublik schon sehr früh beschlossen hat, sich selbst für offen zu erklären, ohne irgendwelche Gegenleistungen einzufordern. Das spricht natürlich dafür, dass die EU eigentlich nicht so offen sein kann, wenn ein Staat dies für sich einseitig bestimmen muss. Deswegen bestreite ich, dass es eine Rechtsgrundlage für die Behauptung gibt, die EU sei im Prinzip offen.

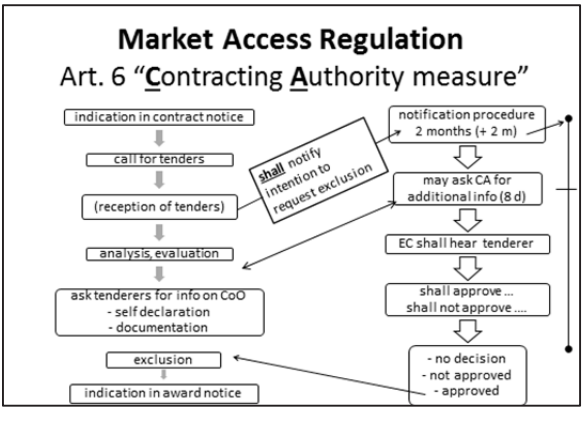
Die Kommissionsbeamten sagen dann immer, es gebe aber auch keine Rechtsgrundlage für die Behauptung, die EU sei im Prinzip geschlossen. Das ist korrekt, auch eine solche Vorschrift gibt es nirgends.

Allerdings stellt sich die Frage, aus welchem Grund wir all diese EU-Richtlinien brauchen oder auch mit der ganzen Welt über Marktöffnung verhandeln, wenn die EU doch bereits prinzipiell offen ist. Die Öffnung anderer, geschlossener Märkte werden wir jedenfalls nicht erzielen können, wenn wir in den Verhandlungen nichts anzubieten haben. Insoweit wäre es wichtig, der EU ein vernünftiges Marktzugangs-Instrument an die Hand zu geben.

Dazu heißt es, ein solches Instrument würde die Glaubwürdigkeit der EU in Gefahr bringen. Auch das glaube ich nicht. Im Gegenteil, jemand der dezidiert zeigt, dass er eine bestimmte Position vertritt und im Zweifel auch bereit ist, dafür zu kämpfen, stärkt seine Verhandlungsposition, vorausgesetzt, es handelt sich nicht um allgemeine pauschale Maßnahmen, sondern um gezielt zur Marktöffnung eingesetzte. Mit anderen Worten: es handelt sich um eine klare Aufforderung an andere Länder, ihre Märkte so zu öffnen wie wir auch unsere Märkte öffnen.

Die EU-Verordnung

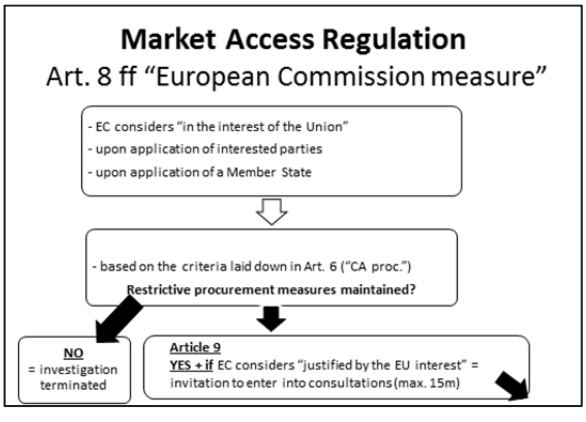
Und jetzt kommen wir zu dem Vorschlag der Kommission, den der Herr Vorsitzende gerade schon erwähnt hat. Es gibt die beiden Verfahren und dann auch den Artikel mit den ungewöhnlich niedrigen Angeboten. Sie werden feststellen, dass dieser Vorschlag handwerklich extrem schlecht gemacht ist. Er kann nämlich gar nicht funktionieren.



Im Deutschen heißt es, dass die Kommission in einzelnen Vergabeverfahren "auf Antrag" prüft. Aber in dem ganzen Text wird "der Antrag" nicht weiter angesprochen. Und es heißt immer nur, dass Sie, wenn Sie als Auftraggeber beabsichtigen, einen Ausschluss zu beantragen, dies der Kommission mitteilen müssen. Die Kommission darf also eigentlich

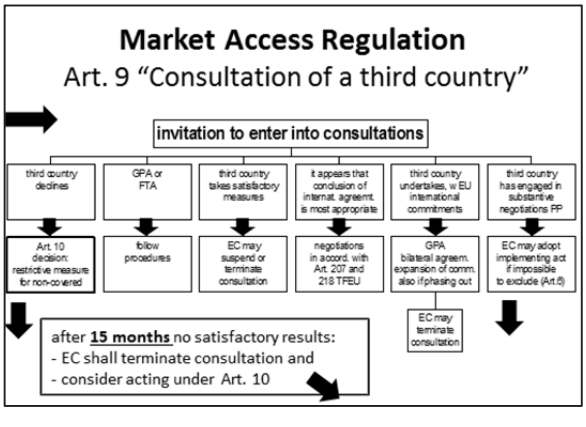
erst arbeiten wenn ein Antrag gestellt ist. Aber dann soll sie im nächsten Satz aufgrund einer Nachricht, dass man vielleicht daran denkt unter Umständen am Ende was zu beantragen, anfangen zu arbeiten.

Der Vorschlag ist also offensichtlich mit heißer Nadel gestrickt, ohne dass sich jemand gefragt hat, ob man das überhaupt, so wie es jetzt vorgesehen ist, anwenden kann.



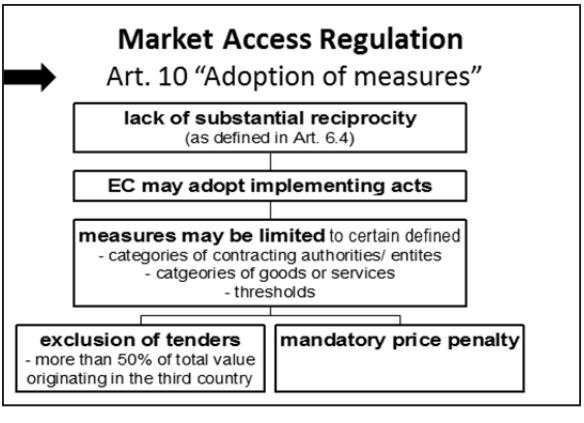
Das andere Verfahren bezüglich des generellen Marktzugangs kann als solches funktionieren, hat aber auch ein paar grundlegende Nachteile. Zum einen hängt alles immer davon ab, ob die Kommission der Auffassung ist, es liege im Interesse der Union. Und das bestimmt die Kommission ganz alleine. Ein Rechtsmittel zur Überprüfung einer solchen Entscheidung ist nicht vorgesehen.

Und dann sind die Fristen zu beachten: Vorgesehen sind 9 Monate, mit 3 Monaten Verlängerungsfrist, um alles Mögliche in Erfahrung zu bringen, maximal 15 Monate. Die kommen im Zweifel noch dazu.



Wenn es dann weitergeht in dem Verfahren, dann sehen Sie, dass es nach dieser Einladung, in Beratungen mit der Kommission einzutreten, eine ganze Reihe von Alternativen gibt. Und wenn dann nochmal 15 Monate verstrichen sind und es immer noch keine befriedigenden Ergebnisse gibt, dann kann die Kommission daran denken, Maßnahmen zu ergreifen. Es geht also noch nicht darum, dass die Kommission Maßnahmen ergreift, sondern sie kann erst einmal anfangen darüber nachzudenken. Wie gesagt, wir waren bei 12 Monaten plus 15 Monaten plus 15 Monaten. Das kann ganz schön lang werden.

Nach Ablauf dieser Zeit kann die Kommission entscheiden, ob sie ein Verfahren einleitet. Sie muss nichts machen, sie kann es machen, sie darf es machen. Und die möglichen Maßnahmen sind auch nicht so besonders streng, das heißt das Verfahren ist völlig unkontrollierbar, die Kommission kann schalten und walten wie es ihr gefällt. Es gibt für Dienstleistungen wie den Bau keine Möglichkeit, wie beispielsweise bei den Anti-Dumping-Verfahren für den Import von Waren, die Kommission zu zwingen, überhaupt irgendein Verfahren einzuleiten. Die Kommissionsentscheidung wird nicht einmal durch die Ergebnisse ihrer Nachforschungen und Diskussionen vorgegeben. Deswegen habe ich, wie ich gestehen muss, die ganze Aufregung über diesen Vorschlag nicht so sehr verstanden.



Die Regeln über das Herkunftsland sind in der Tat etwas unglücklich. Denn das Ziel ist ja nicht, Auftraggeber außerhalb Deutschlands in die Lage zu versetzen, z.B. deutsche Autos von öffentlichen Aufträgen auszuschließen, weil sie einen hohen Anteil in China produzierter Komponenten enthalten. Dass man diesen Text auch so verstehen könnte, daran hat bei der Kommission sicherlich niemand gedacht.

Weil die Kommission auch immer noch durch externe Expertise beraten werden muss, werden in diesem Bereich gleich zwei Ausschüsse damit beschäftigt, nämlich der für das öffentliche Auftragswesen und der für Außenhandel. Je nachdem in welchem Unterparagraphen man sich bei diesem Vorschlag bewegt, ist dann der eine Ausschuss oder der andere oder beide zu beteiligen. Manchmal müssen sie, manchmal können sie zu Rate gezogen werden. Das ist ein Ergebnis der gemeinschaftlichen Arbeit, der genau das Verhältnis der Generaldirektionen Binnenmarkt und Außenhandel wiedergibt. Bei Vorträgen zu diesem Thema treten Kommissionsbeamte nämlich auch meist zu zweit auf, vermutlich weil ihre fachspezifischen Interessen nicht vollständig übereinstimmen: Schutz fairen Wettbewerbs auf dem Binnenmarkt einerseits und unbegrenzt freier Wettbewerb als Quelle von Fortschritt andererseits.

Letztendlich erwähnt der Vorschlag auch "ungewöhnlich niedrige Angebote", ohne jedoch einen Beitrag zur Behandlung dieses Problems anzubieten.

Zum Abschluss mein „Covec-Test", der sich auf das chinesische Staatsbauunternehmen bezieht, das in Polen den Zuschlag für zwei Autobahnlose erhalten hatte. Die Kommission hatte uns versprochen, einen Vorschlag vorzulegen, der solche Fälle in Zukunft verhindern würde. Aber wie Sie sehen, hätte dieser Vorschlag im Covec-Fall

nicht geholfen. Wenn die polnischen Auftraggeber weiterhin an solche Angebote vergeben wollen, dann könnte dieser Vorschlag das nicht verhindern. Letzten Endes hängt alles nur von der Frage ab, ob wir als Europäische Union willens sind, uns gegen solche unfairen Praktiken zu verteidigen oder nicht.

Und wie sieht es heute aus? Es gibt EU-Staaten die den Ausschluss von Drittlandsunternehmen einfach praktizieren, was korrekt ist. Erstaunlicherweise geht die Kommission nicht dagegen vor, obwohl sie angeblich die Möglichkeit dazu hätte. Wenn es jetzt diese Verordnung gäbe, auch in der Form wie sie MdEP Daniel Caspary, der Berichterstatter des Parlaments, vorschlägt, dann dürften die betroffenen Mitgliedsstaaten diese Praxis auf einmal nicht weiterführen.

Deswegen müssten m.E. jetzt eigentlich die bisherigen Befürworter dieser Verordnung dagegen sein, damit sie wenigstens das bisschen behalten, was es in der Praxis schon gibt, während die bisherigen Gegner jetzt dafür sein müssten, damit die betreffenden Staaten in Zukunft diese Praxis nicht fortsetzen. Allein diese eigentlich logische Kehrtwende innerhalb eines Legislativverfahrens, deutet darauf hin, dass dieses Thema noch weiterer Aufklärung und Diskussion bedarf.

Podiumsdiskussion: Zugangsbeschränkungen für Waren oder Unternehmen aus Drittstaaten?

Statement

Marc Steiner

Richter am Schweizerischen Bundesverwaltungsgericht

Ich schildere Ihnen zunächst die Strategie der Schweiz. Wir haben festgestellt, dass wir zum Teil Probleme mit Drittstaaten haben. Das sind natürlich nicht Entwicklungsländer, sondern das sind die emerging economies, die aufstrebenden Nationen, die dann auch von handelspolitischen Maßnahmen im Sinne einer europäischen „market access"-Regulierung betroffen wären. Und die Schweizer haben genau die gleiche Problemlage, wir haben einfach gesagt, wir versuchen es ein bisschen anders, indem wir zum Beispiel ein bilaterales Abkommen mit China abgeschlossen haben, in welchem – und das ist für Welthandelsabkommen keineswegs selbstverständlich –, das öffentliche Beschaffungswesen mit adressiert ist.

Dazu ein paar einleitende Bemerkungen. Die Schweiz und die Volksrepublik China haben am 06. Juli 2013 durch unseren Wirtschaftsminister und den chinesischen Handelsminister ein Freihandelsabkommen perfektioniert, das einerseits eine gewisse technische Zusammenarbeit vorsieht und sonstige nicht-tarifäre Handelshemmnisse adressiert, aber vor allem eben auch die Zusammenarbeit im Bereich öffentliches Beschaffungswesen vorsieht. Dazu gehören spezifische Transparenzpflichten, Auskunftsstellen, damit Regulierungslasten so gelöst werden können, dass man sich informieren kann und als Unternehmer eine Chance hat, dann trotzdem ein Angebot zu machen, das den Standards im Drittstaat entspricht, weil die Schweiz hofft, dies hilft den Anbietern ein bisschen durch das Regulierungsdickicht zu kommen. Weiter haben sich die Vertragsparteien verpflichtet, die Konsultation zu vertiefen und zwar einerseits in die Richtung, dass China dem GPA beitritt. Und sobald China dem Government Procurement Agreement beitreten würde, würde die Bauindustrie vielleicht eine etwas

andere Attitude hier zeigen, weil man einen Teil der Probleme wahrscheinlich durch den GPA-Beitritt in den Griff kriegen könnte. Aber dazu bin ich gespannt, nachher noch Ulrich Paetzold zu hören. Und das zweite ist dann die Frage, ob nicht aus bilateraler Sicht noch zusätzlich das eine oder andere möglich ist, soweit weiter gehende Vereinbarungen mit dem GPA vereinbar sind. Die Schweiz versucht die Dinge proaktiv anzugehen und die Handelsbedingungen für unsere exportorientierte Wirtschaft zu verbessern. Dahinter steckt der Wunsch, der exportorientierten Wirtschaft gutes Business zu ermöglichen und sie möglichst nicht zu stören. Und stören würden wir sie dann, wenn wir dieses Market Access Regulation-Thema offensiv diskutieren würden, weil das wohl Effekte mit sich brächte, die unerwünscht sind und die Ruhe des Business infrage stellen würden.

Eine zweite schweizerische Eigenheit die auch bei Ihnen in dieser Market Access Regulation zum Thema wird, betrifft die Aussage der Kommission, wonach die ILO Core Labour Standards (insb. betreffend Zwangs- und Kinderarbeit) ein Teil der Maßnahmen sind, um mit Drittstaaten umzugehen. Denn wenn man sagt, dass die Anbieter, die aus diesen Drittstaaten kommen, zumindest gewisse Standards einhalten müssen, wenn sie hier offerieren wollen, dann wird natürlich der Spielraum für Dumping nach unten in gewisser Weise begrenzt und dann würde das zum gemeinsamen Thema gehören.

Und jetzt sind wir in der rechtspolitisch absolut paradoxen Situation, dass der BDI, der ILO Core Labour Standards nicht als vergaberechtliche Vorgabe (Ausschlussgrund gemäß Entwurf für die klassische Vergaberichtlinie) will, genau diese Standards der Bau- oder Textilindustrie verkaufen müsste als Maßnahme, um in gewisser Weise die schlimmsten Formen von Dumping aus Drittstaaten-Angeboten zu verhindern. Und das ist natürlich originell, nicht? Gerade aus der Sicht eines Justizangehörigen, der schmunzelnd feststellt, dass dadurch die rechtspolitischen Linien etwas verzogen werden. Bei uns zu Hause ist die Sache so, dass wir ohne Widerstand aus Wirtschaftskreisen gesagt haben, nach schweizerischem Vergaberecht auf Bundesebene sind ILO-Kernarbeitsnormen Ausschlussgründe, das heißt, wenn ein Unternehmer sie nicht einhält, wird er von der Vergabe ausgeschlossen (Art. 7 Abs. 2 der schweizerischen Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen in der seit 1. Januar 2010 geltenden Fassung).

Das hatte ich in Brüssel bereits so im Mai 2011 vor dem Binnenmarktausschuss vorgetragen und habe versucht, die Botschaft zu vermitteln, dass dieses Thema in der Revision der Vergaberichtlinien ebenfalls angegangen werden sollte. Das ist geschehen, wahrscheinlich nicht wegen dieser Intervention, aber Sie sehen aus dieser Anekdote, dass sich auch Dinge ändern in der Wahrnehmung der politisch begleitenden Akteure. Jetzt sind diese Standards natürlich in der Marktzugangsregelung auch wieder ein Thema. Interessant ist, dass in der Begründung zum Vorschlag der Kommission steht, „der Notwendigkeit der Einhaltung grundlegender Arbeitsnormen der ILO durch Dritt-

länder wird bereits mit der vorgeschlagen Reform der Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe Rechnung getragen", sodass es sich erübrigt, im vorliegenden Kontext darauf einzugehen. Zusammenfassend sieht die Kommission demnach ganz klar einen Konnex zwischen diesen Standards, die Drittstaaten Mindestvorgaben machen, einerseits und der Marktzutrittsregulierung andererseits, und das scheint mir äußerst interessant.

Dann sind da die von Ulrich Paetzold bereits erwähnten ungewöhnlich niedrigen Angebote. Auch da gibt es einen Konnex. Ergänzend zu den Bestimmungen über ungewöhnlich niedrige Angebote, die in der Richtlinienreform vorgesehen sind, soll im Vorschlag für die Verordnung zum Marktzugang in Art. 7 eine Verpflichtung geschaffen werden, die anderen Bieter zu informieren, wenn beabsichtigt wird ungewöhnlich niedrige Angebote zuzulassen. Das heißt, es wird eigentlich ein Instrument des traditionellen Vergaberechts fruchtbar gemacht für die Marktzutrittsfrage. Das scheint mir eine äußerst interessante Schnittmenge zu sein; darum möchte ich Sie gerne drauf hinweisen.

Aber gestatten Sie mir noch eine andere Bemerkung: Es kommt grundsätzlich darauf an, nach welcher Kultur Sie beschaffen; davon hängt es ab, wie stark Sie mit diesen Marktzutrittsproblemen überhaupt konfrontiert werden. Wenn Sie ohnehin ein relativ qualitätsbewusstes Einkaufssystem haben, sind Sie nicht so sehr mit diesen Market Access Themen konfrontiert, wie wenn Sie nach dem Lowest Price gehen; bei der Vergabe nach dem niedrigsten Preis eröffnen sich für Drittstaatenanbieter aus emerging economies ganz andere Chancen als bei der Vergabe nach dem besten Preis/-Leistungs-Verhältnis. Das heißt, je mehr Sie auf Qualität achten, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass eine Geschichte mit einem polnischen Autobahnteilstück, wie sie Kollege Paetzold vorhin erwähnt hat, vorkommt. Das heißt, ich glaube, dass es je nach Volkswirtschaft und Vergabekultur in der europäischen Union unterschiedliche Risiken gibt in diesem Bereich, und darüber sollten wir auch mal sprechen. Ich knüpfe hier an meine Wortmeldung von gestern an und sage, dass, wenn man mit Heide Rühle davon ausgeht, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot das Preis/Leistungs-Verhältnis so adressiert, dass der Qualität das richtige Gewicht zukommt und somit das Rennen nach dem preislich günstigsten, billigsten Angebot allein nicht mehr die Kultur beherrscht, dann würden sich in diesem Bereich auch einige Dinge ändern. Schön ist, dass im Vorschlag für die klassische Vergaberichtlinie dieses Thema jetzt nun offensichtlich auf der Agenda steht (Art. 66 des Entwurfs) und das wird das eine oder andere wahrscheinlich bewegen. Ganz in diesem Sinne sieht übrigens auch das schweizerische Vergaberecht die Vergabe nach dem niedrigsten Preis nur für weitgehend standardisierte Produkte vor (vgl. für die Bundesebene Art. 21 des schweizerischen Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen). Ich bin sehr gespannt auch auf Wortmeldung aus dem Publikum zu diesem Thema.

In diesem Sinne unterstreicht das Europäische Parlament in seiner Entschließung vom 25. Oktober 2011, dass der niedrigste Preis als ausschlaggebendes Kriterium nur im Falle von im höchsten Maße standardisierten Waren das entscheidende Kriterium sein soll und für den ganzen Rest der öffentlichen Aufträge sollen wir über das wirtschaftlich günstigste Angebot bzw. das beste Preis/Leistungs-Verhältnis reden und das würde natürlich auch in unserem Kontext den einen oder anderen Wandel bringen.

Bereits erwähnt hatte ich, dass durch die market access-Regulierung natürlich aus politischen Gründen, wie auch mit Blick auf die Lage am Markt, die Emerging Economies adressiert sind und sicher nicht die am wenigsten entwickelten Länder, auf die der Entwurf der Regulierung ganz klar nicht anwendbar ist (vgl. Art. 4 des Verordnungsentwurfs).

Jetzt kommen wir zu weiteren rechtspolitischen Themen, die Ulrich Paetzold auch schon angesprochen hat. Es ist nämlich die Frage, ob die EU als Vertreterin des Prinzips offener Märkte dann einen Imageschaden erleidet, wenn sie eine solche Market Access-Regulierung vorsehen würde. Dazu gibt es welthandelsrechtliche Publikationen, die dann sagen "buy national regulation is contrary to the spirit as well as the explicit objective of the government procurement agreement". Das ist eine mögliche Reaktion, aber die ist nicht ganz fair. Ulrich Paetzold hat es schon gesagt, es ist ja nicht so, dass die EU hier „buy-national" Regulierungen erlassen würde, sondern nur im Sinne der Retorsion Gegenmaßnahmen ins Auge fasst, wenn auf der anderen Seite etwas nicht klappt. Sie sagt, sie würde sich dann auch entsprechend verteidigen, das ist nicht dasselbe wie eine buy-national-policy, die unabhängig vom Verhalten der Gegenseite einfach den Markt schließt. Das ist ganz sicher ein Unterschied. Andererseits ist aber auch klar, und das hat Dr. Peter Schäfer (BDI) auch in Nottingham (Public Procurement – Global Revolution VI) gesagt, dass eine Marktzugangsregulierung Kommunikationsschwierigkeiten auf welthandelsrechtlicher Ebene mit sich bringt, wenn man ein solches Konzept im internationalen Kontext erklären müsste.

Der zweite Punkt ist natürlich, dass diese Market Access Regulierung, worauf Ulrich Paetzold bereits hingewiesen hat, eigentlich darauf tendiert, gar nie zur Anwendung zu kommen. Was die Kommission letztlich möchte ist, dass man die Drittstaaten, die Emerging Economies, dazu bringt, entweder dem GPA beizutreten oder bilaterale Abkommen zu schließen, die ohnehin dann zu einem konstruktiven Dialog in diesem Bereich führen. So gesehen wären die vorgeschlagene Regelung nur ein erhobener Mahnfinger mit präventiver Wirkung. Die logische Folge ist, und das sieht man dem Vorschlag sehr schön an, dass sobald dann der Drittstaat sagt, er trete dem GPA bei oder er trete in Verhandlungen über bilaterale Abkommen ein, dass auf EU-Seite die in der market access-Regulierung vorgesehenen Konsultationen beendet werden und gesagt wird, jetzt sei man eigentlich wieder im grünen Bereich. Das ist offensichtlich das Ziel, das heißt, die Frage ist, wie ich das richtig kommuniziere, ob ich das mit Hilfe

eines Hinweises mache, ich hätte noch einen Hammer in der Hinterhand wenn es nicht klappt, oder indem ich es auf die nette Art versuche.

Ja und dann ist die handelspolitische Frage, ob sich der angestrebte Präventiveffekt mit diesem Verordnungsvorschlag erreichen lässt? Das ist das, was Ulrich Paetzold tendenziell geltend machen würde. Oder handelt es sich um ein Signal, welches als Protektionismus missverstanden werden könnte und tendenziell einen Weg zu mehr unerwünschten Handelskonflikten vorzeichnet? Das ist das, was tendenziell Dr. Peter Schäfer und Dr. Hans-Joachim Prieß in Nottingham vorgetragen haben.

Dann ist es natürlich auch so, dass in der EU die Meinungen dazu alles andere als einheitlich sind. Sie haben die ganz hoch exportorientierten Nationen in Nordeuropa. Sie haben Deutschland, wo man sagt, man habe lieber Ruhe im Business und die paar Schwierigkeiten im Bausektor nehme man in Kauf. Und wir haben dann andere Volkswirtschaften bzw. Mitgliedstaaten, die sagen, ihr Exportbusiness sei nicht so blendend in den Emerging Economies, das heißt, man sei eigentlich politisch durchaus daran interessiert, dass man auf europäischer Seite einmal auf Hinterbeinen steht. Der BDI sagt natürlich, wir haben ja ganz große exportorientierte Unternehmen, die in China wunderbare Business-Opportunities im Energiesektor, Infrastrukturbereich, Bahn, Rollmaterial oder in anderen Bereichen. Und warum sollen wir das stören, indem wir ein Instrument dazwischen schieben, das die Harmonie stört. Das ist etwas vereinfacht gesagt der approach. Aus schweizerischer Sicht halten wir das nach meiner Wahrnehmung ganz ähnlich. Wir versuchen eigentlich möglichst Ruhe im Business zu behalten und sind ganz eifrig drauf bedacht, dass die EU uns nicht mit bilateralen Instrumenten zuvorkommt. Das ist in der Schweiz ein Thema. Die EU ist im Moment dran, mit den USA so ein Framework zu basteln, in dem man dann zu bilateralen Erfolgen kommen soll. Die Schweiz ist wiederum etwas nervös, wenn sie daran denkt, dass Sie da zuerst dran sind, und umso zufriedener sind wir, dass wir bei China zuerst dran sind. Das heißt, da sind wir jetzt gewissermaßen einen Schritt voraus. Die Schweiz ist insoweit ganz ähnlich aufgestellt wie Deutschland. Wir haben eine hoch exportorientierte Wirtschaft, die gute Business-Opportunities gerade in China hat, und wir würden uns wahrscheinlich – wenn wir in der EU wären – auch gegen eine Market Access Regulation in diesem Sinne wehren, um unserem Business eine Ruhe zu gönnen, die es braucht, und ja keine politischen Störgeräusche dazwischen zu schieben. Aber es ist natürlich nicht meine Aufgabe bzw. meine Rolle, die schweizerische Position zu definieren; das müsste das Wirtschaftsministerium tun. Und ich bitte Sie insofern, mich nicht bei meinen Worten zu behaften. Ich danke Ihnen für die Aufmerksamkeit.

Zugangsbeschränkungen für Waren oder Unternehmen aus Drittstaaten?

Zusammenfassung der Aussprache

In einer ersten, vertiefenden Diskussionsrunde auf dem Podium erläuterte Herr Paetzold, die Bauwirtschaft habe konkrete Vorschläge zur Verbesserung des Vorschlags der Kommission gemacht. Allerdings sei es schwierig, eine nachhaltige Verbesserung zu erreichen, wenn eine Gesetzgebung bereits vom Konzept her teilweise falsch angegangen worden sei. Im Rahmen der „defensiven Interessen" sei es der Bauwirtschaft stets darauf angekommen, Möglichkeiten zu schaffen, auf problematische Niedrigstpreisvergaben einwirken zu können, wenn öffentliche Auftraggeber es – wie in den polnischen Vergabefällen – offenbar unterließen, Maßnahmen gegen dumpingverdächtige Angebote zu treffen. Insoweit hätte die Bauindustrie eine Lösung bevorzugt, mit der man die Kommission von außen her zwingen könnte, ein Verfahren zu eröffnen, um solche problematischen Vergabefälle zu überprüfen. Im Kontext der „offensiven Interessen" sei es das Ziel der Bauwirtschaft, dass die auf dem Weltmarkt tätigen Bauunternehmen der EU Zugang zu den Märkten Chinas, Indiens und weiterer wichtiger Drittstaaten erhielten, so wie die Unternehmen dieser Länder offensichtlich auch Zugang zu den EU-Vergabemärkten hätten.

Bei den bisherigen chinesischen Marktöffnungsangeboten sei zu beachten, dass in China ein sehr wichtiger Unterschied zwischen „öffentlicher Beschaffung" und „öffentlicher Investition" gemacht werde, wobei letztere bedauerlicherweise nicht von der Marktöffnung erfasst werde. Dies betreffe beispielsweise Autobahnen, Eisenbahnen, Flughäfen, Dämme, Elektrizitätswerke, d.h. sehr interessante Bauprojekte, die europäische Bauunternehmen durchaus im Ausland ausführen könnten, die jedoch von der Marktöffnung ausgenommen seien.

Im Übrigen seien im ersten chinesischen Angebot für einen Beitritt zum Government Procurement Agreement der WTO (GPA) beispielsweise Tiefbau, Brunnenbauten und Ähnliches komplett ausgeschlossen worden. Ferner seien zahlreiche wichtige Auftraggeber – außer den zentralen Behörden – ausgeschlossen. Das inzwischen vorliegende dritte chinesische Angebot sei zwar geringfügig verbessert worden, auch insoweit bleibe es aber bei sehr langen Übergangsfristen und teils dauerhaft unakzeptabel hohen Schwellenwerten im Vergleich zu den übrigen GPA-Signatarstaaten. In An-

betracht der eher nur marginalen Verbesserungen könnten die bisherigen chinesischen Angebote daher nur als unzureichend bezeichnet werden.

Angesichts der bisher unbefriedigenden Verhandlungsfortschritte sei die Bauwirtschaft der Auffassung, die EU müsse sich mehr an der Verhandlungstaktik der USA orientieren. Diese begegne den zögerlichen Angeboten Chinas mit konkreter Androhung von Zugangssperren zu den US-Märkten, was offenbar erfolgreicher als die zurückhaltendere Gangart der EU sei. Er wolle nicht ausschließen, dass die Situation in anderen Bereichen wie in der Lieferindustrie anders zu beurteilen sei, doch sei die Lage für die Baubranche so nachteilig, dass es aus ihrer Sicht keinen Grund gebe, die Märkte in den genannten Drittstaaten nicht mit Nachdruck aufzubrechen.

Herr Steiner ging nochmals auf die von Herrn Dr. Pitschas angesprochenen bilateralen Freihandelsabkommen und die Frage ein, inwieweit diese Abkommen mit den darin enthaltenen Vergabekapiteln geeignete Mittel zur Öffnung noch verschlossener Drittmärkte seien. Da die Abkommen mit umfangreichen Vergabekapiteln noch relativ jung seien, könne man ihre praktische Wirkung noch nicht hinreichend beurteilen. Auch müsse man berücksichtigen, dass etliche Klauseln in diesen Abkommen eher Programm- bzw. Absichtserklärungen seien oder nur allgemeine Prinzipien zum Inhalt hätten, die nicht so detailliert wie die bindenden Vorschriften des EU-Vergaberechts seien. Möglicherweise könne der praktische Einfluss solcher Abkommen zunehmen, wenn mehr bindende vergaberechtliche Verpflichtungen darin aufgenommen würden.

Herr Dr. Pitschas stimmte dieser Einschätzung grundsätzlich zu. Das Abkommen mit Südkorea sei das erste Freihandelsabkommen, das ein „hartes Procurement-Chapter" enthalte. Dies bringe allerdings im Vergleich zum neuen GPA keinen Vorteil, weil es

noch vor Abschluss der jüngsten GPA-Revision ausgehandelt worden sei. Dagegen sei zu hoffen, dass die anstehenden Einigungen mit den USA und Japan über den Stand des GPA hinausgingen.

In der folgenden Diskussion unter Einbeziehung des Publikums bemerkte ein Vertreter der Anwaltschaft, das Problem der Abwehr problematischer Niedrigpreisangebote aus Drittstaaten sei durchaus real, nach seiner Erfahrung beispielsweise auch in Bereichen wie spezialisierten Transportdienstleistungen. Was die Kommission als Reaktion vorschlage, sei jedoch leider nicht zielführend. Für eine Abwehr problematischer Niedrigstpreisangebote sei ein zügig wirkendes Instrumentarium notwendig, um der Probleme Herr zu werden. Nach seiner anwaltlichen Erfahrung erscheine es – abweichend vom Kommissionsvorschlag – erforderlich, dass die Kommission den Mitgliedstaaten das Recht einräumen müsse, Sonderregeln für die Bewertung von Angeboten aus Drittstaaten vorzusehen.

Ein Vertreter des BDI unterstrich ebenfalls, dass der Kommissionsvorschlag in der vorliegenden Form nicht akzeptabel sei. Die gelegentlich angesprochenen Unterschiede zwischen der gesamtindustriellen Position des BDI und dem Standpunkt der Bauindustrie seien allerdings nicht so groß wie teilweise angeführt. Übereinstimmend mit der Bauindustrie vertrete der BDI die Ansicht, dass im Verhältnis zu Drittstaaten nach wie vor Probleme im Bereich der Marktöffnung beständen und dumpingverdächtige Angebote wie die Offerten chinesischer Staatsanbieter in Polen völlig unakzeptabel seien.

Allerdings habe der BDI von Anfang an auch deutlich gemacht, dass der Vorschlag der Kommission – und dabei vor allem die Zulassung komplizierter Ausschlüsse von Angeboten mit anteiliger Herkunft aus Drittstaaten – sehr kontraproduktiv wirken könnte. So dürfen die trotz der Probleme sehr bedeutenden außenwirtschaftlichen Gesamtinteressen im Verhältnis zu Drittstaaten wie China, Brasilien und Indien und drohende Negativ-Konsequenzen eines neuerlichen Protektionismus nicht übersehen werden. Aus allen Gründen habe der BDI in Abstimmung mit der Bauindustrie konstruktive Alternativvorschläge zu den Vorschlägen der Kommission vorgelegt. Diese seien vor allem auf eine Stärkung des Instruments des Ausschlusses ungewöhnlich niedriger Angebote und verstärkte Antidumpingmaßnahmen im Bereich der Dienstleistungen konzentriert. Leider habe die Kommission diese Vorschläge jedoch bislang nicht aufgegriffen. Dankenswert sei dagegen der Einsatz des BMWi, das wie der BDI und Vertreter weiterer nordeuropäischer EU-Mitgliedstaaten und Industrien gegen den Kommissionsvorschlag votiere.

Ein Vertreter des ZVEI bekräftigte ebenfalls, besser als problematische Ausschlussklauseln sei eine Stärkung der Regeln zum Ausschluss ungewöhnlich niedriger Angebote zwecks effektiver Bekämpfung von Dumpingangeboten. Die von der Kommission vorgeschlagenen Ausschlussmöglichkeiten würden dagegen neuerliche Probleme heraufbeschwören. So könnten viele in intensiven Handelsbeziehungen mit China

stehende deutsche Unternehmen durch neue Handelsstreitigkeiten empfindlich getroffen werden. Dies gelte auch für zahlreiche mittelständische Unternehmen. Die von der Kommission vorgeschlagenen Angebotsausschlüsse, die bereits ab einer anteiligen Warenherkunft aus Drittstaaten von nur mehr 50 % des Wertes eines Angebotes ansetzen, würden neue Hindernisse für europäische und voraussichtlich gerade auch deutsche Waren auch innerhalb des Binnenmarktes schaffen.

Eine Vertreterin des BMWi bekräftigte, die Bundesregierung habe sich klar gegen den Verordnungsvorschlag der Kommission positioniert. Dies heiße aber nicht, dass ihr die Forderung nach Marktöffnung in Drittstaaten nicht wichtig sei. Sie werde vielmehr in allen Kontakten zu Drittstaaten nachdrücklich geltend gemacht. Zumindest mit Blick auf die Freihandelsabkommen sei die Position der Kommission nicht so schwach wie oft behauptet. Insoweit seien in der jüngeren Vergangenheit auch Erfolge erzielt worden. Dies gelte z.B. für die Freihandelsabkommen mit Südkorea und Singapur und die noch laufenden Verhandlungen mit Kanada. Hier seien Ergebnisse zu erwarten, die über die Verpflichtungen nach dem GPA hinausgingen. Auch handele es sich bei den Klauseln in den neueren Freihandelsabkommen zunehmend um „harte" Verpflichtungen und nicht mehr nur um Programmsätze. In diesem Sinne werde nun auch mit den USA, Japan und den ASEAN-Staaten verhandelt.

Bezüglich der „defensiven Interessen" trat sie der Einschätzung entgegen, dass Deutschland die Interessen der Bauwirtschaft nicht genügend verteidige.

Bereits das geltende Vergaberecht biete etliche Möglichkeiten, darunter das Instrument zur Abwehr ungewöhnlich niedriger Angebote. Hinzu kämen arbeits- und lohnbezogene Anforderungen an den Einsatz von Arbeitskräften aus Drittstaaten in Deutschland, die nicht leicht zu erfüllen seien. Allerdings sei der Umgang mit der-

artigen Angeboten offenbar tatsächlich eine Frage der „Vergabekultur". Wenn auf das wirtschaftlich günstigste Angebot abgestellt werde, sei man nicht verpflichtet, das billigste zu nehmen. Auch sei insgesamt noch nicht erkennbar, dass der EU-Markt von Angeboten aus Drittstaaten überschwemmt werde. Laut Statistik gingen nur 4 % der Zuschläge an Bieter aus Drittstaaten, wobei möglicherweise eine leicht steigende Tendenz zu verzeichnen sei.

Im Rahmen der Schlussstatements ging Herr Paetzold nochmals auf das Instrument der ungewöhnlich niedrigen Angebote ein. In der Tat bestehe insoweit schon jetzt die Möglichkeit, ungewöhnlich niedrige Angebote auszuschließen. Voraussetzung sei allerdings, dass der Auftraggeber dies auch wolle. Insofern sei der Hinweis auf die „Vergabekultur" wichtig. Dass inzwischen offenbar mehr Stimmen für eine verschärfte Regelung zu ungewöhnlich niedrigen Angebote einträten, sei sehr zu begrüßen. Bedauerlich sei nur, dass dieses Signal in Brüssel offenbar nicht angekommen sei. So bleibe dies ein Thema für die nächste Vergaberechtsreform. Diplomatie in den internationalen Verhandlungen sei zweifellos wichtig; dennoch sollte bei den anstehenden Freihandelsverhandlungen mit den USA und Japan, deren eigene Märkte teils noch erheblich abgeschottet seien, in der Sache hart verhandelt werden.

Herr Steiner führte schließlich aus, im Weltkontext müsse man das GPA insgesamt als das erfolgreichste Instrument der Marköffnung im Vergabewesen würdigen. Bei allen genannten Problemen dürfe man nicht übersehen, dass das GPA grundsätzlich ein guter Ansatz sei. Er könne nur empfehlen, den Prozess der Ratifizierung der revidierten Fassung des Abkommens weiter aufmerksam zu verfolgen. Interessant erscheine auch, die weitere Entwicklung der künftigen Verhandlungsthemen im Rahmen der so genannten „Working-Packages" zu den weiteren GPA-Verhandlungen im Auge zu behalten. In dieser Hinsicht werde sich im Laufe der Zeit sicher weitere Dynamik entwickeln.

Podiumsdiskussion: Vergabe- und Tariftreuegesetze – sieht so die Zukunft des Vergaberechts aus?

Moderation und Einführung

Hans-Werner Behrens

Vorsitzender der 1. Vergabekammer des Bundeskartellamtes

Ich darf Sie herzlich begrüßen zur Podiumsdiskussion zu dem Thema der Vergabe- und Tariftreuegesetze. Wir haben ja gestern schon alle gelernt, dass das Vergaberecht seit seiner Kodifizierung im GWB eine äußerst dynamische Entwicklung genommen hat, an der sich die unterschiedlichsten Akteure sehr aktiv beteiligt haben. Der europäische Gesetzgeber, der nationale Gesetzgeber, die Oberlandesgerichte, die Vergabekammern und last but not least natürlich auch die Vergabe- und Vertragsausschüsse haben ihren Teil dazu beigetragen. Und von dieser Dynamik haben sich in den letzten Jahren offensichtlich auch die Länderparlamente infizieren lassen, indem sie sogenannte Tariftreue- und Vergabegesetze verabschiedet haben, die inzwischen nahezu flächendeckend mit unterschiedlichen Regelungstiefen fast das gesamte Bundesgebiet abdecken. Allein in Bayern gibt es kein Tariftreue- und Vergabegesetz, aber sonst im Prinzip in allen Ländern. Der Regelungsgehalt dieser Tariftreue- und Vergabegesetze hat eine gewisse Bandbreite und ist in den einzelnen Bundesländern sehr unterschiedlich. Das geht von der Festsetzung eines vergabespezifischen Mindestlohns über die Einhaltung von Umweltanforderung in Bezug auf das Produkt, der Einhaltung von ILO-Kernarbeitsnormen bis hin zur Frauenförderung. Vorreiter, was Regelungsgehalt und Regelungstiefe anbelangt, ist jetzt sicherlich das Land Nordrhein-Westfalen mit seinem Tariftreue- und Vergabegesetz, denn dort gibt es nicht nur das Tariftreue- und Vergabegesetz, sondern seit dem 1. Juni dieses Jahres ist dort auch eine Ausführungsverordnung zu diesem Vergabegesetz in Kraft. Hier handelt es sich also gewissermaßen um eine Kaskade innerhalb der Kaskade.

Was unsere Diskussion anbelangt, würde ich gern mit den Diskutanten und mit Ihnen die Tariftreue- und Vergabegesetze vor allen Dingen unter zwei Aspekten beleuchten. Das eine ist die Vergaberechtskonformität dieser Gesetze, die ja zumindest recht streitig diskutiert wird. Da nenne ich im Hinblick auf den vergabespezifischen Mindestlohn nur das Rüffert-Urteil des EuGH aus dem Jahr 2008, mit dem damals das niedersächsische Tariftreuegesetz gekippt wurde. Die Tariftreue- und Vergabegesetze werfen allerdings auch im Hinblick auf andere in ihnen enthaltene Regelungen die vergaberechtliche Frage auf, ob es sich hier noch um Anforderungen handelt, die einen Zusammenhang mit dem Auftrag aufweisen. Denn insoweit könnten den Tariftreue- und Vergabegesetzen höherrangige Regelungen, nämlich § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB sowie die Vorgaben in Artikel 26 der geltenden Vergabekoordinierungsrichtlinie entgegenstehen. Auch in Artikel 70 der neuen Vergabekoordinierungsrichtlinie finden wir ähnliche Vorgaben.

Der andere Aspekt den wir hier diskutieren wollen ist die Opportunität und Praktikabilität der Tariftreue und Vergabegesetze. Es ist unbestreitbar, dass diese Gesetze durchaus legitime gesellschafts-, sozialpolitische und umweltpolitische Ziele verfolgen. Es wird hier allerdings zu erörtern sein, ob das Instrumentarium des Gesetzes geeignet ist, diese Ziele zu erreichen. Ein weiterer Punkt, den wir hier beleuchten wollen, ist natürlich auch, wie sich denn eigentlich die praktische Anwendung der Tariftreue- und Vergabegesetze zum einen aus Sicht der betroffenen Unternehmen, die als Bieter an einem Vergabeverfahren teilnehmen, und zum anderen aus der Sicht der Vergabestellen, die ja in erster Linie Normadressaten dieser Gesetze sind, darstellt.

Podiumsdiskussion: Vergabe- und Tariftreue-gesetze – sieht so die Zukunft des Vergaberechts aus?

Statement

Dr. Kay-Uwe Rhein

Stadtrechtsdirektor der Stadt Mönchengladbach

Meine Damen und Herren, jenseits der politischen Großwetterlage und jenseits volkswirtschaftlicher Betrachtungsweisen bin ich als öffentlicher Auftraggeber verpflichtet, die mich jeweils treffenden Gesetze einzuhalten und bei Beschaffungen auch umzusetzen. Dabei stehe ich allerdings vor durchaus schwer zu bewältigenden praktischen Problemen. Mir gehen mittlerweile die Mitarbeiter aus, die noch fähig sind, dieses Regelgeflecht umzusetzen. Ich weiß aber auch von Auftragnehmerseite, dass denen ebenfalls die Mitarbeiter ausgehen. Das ist etwas unbefriedigend. Problematisch ist das „eigentlich nicht", denn die Nichtanwendung des Tariftreue und Vergabegesetzes NRW ist sanktionslos. Allerdings kann einerseits die Kommunalaufsicht tätig werden. Das Problem taucht andererseits dann auf, wenn ich Fördermittel einsetze, weil ein Verstoß gegen Vergaberecht zur Rückforderung der Fördermittel führt. Also setze ich das Vergabegesetz um und handele damit auch gesetzeskonform, jedenfalls weitestgehend.

Die Probleme fangen eigentlich auf der Bieterseite an, da jedes Bundesland mittlerweile ein eigenes Gesetz hat, mit unterschiedlicher Regelungstiefe, so dass man sich auf Bieterseite jeweils auf das Bundesland einstellen muss.

1. Ich nehme mal das Vergabegesetz NRW, ein Vergabegesetz 2.0, ein fortgeschrittenes Vergabegesetz mit weitgehenden Regelungen sowohl im Gesetz als auch in der Rechtsverordnung. Der Gesetzgeber in Nordrhein-Westfalen ist der Auffassung, dass unfaire Löhne die größte Bedrohung des sozialen Friedens seien und deshalb unfaire Löhne zu bekämpfen seien. Dabei stellt sich die Frage, was

eigentlich ein fairer Lohn ist? Ich war immer der Auffassung, das handeln eigentlich die Gewerkschaften und die Arbeitgeber aus, aber der Landesgesetzgeber meint es besser zu wissen. Es gibt dann ein kompliziertes Geflecht von Vertragsbedingungen, soweit das Arbeitnehmerentsendegesetz oder das Mindestarbeitsbedingungengesetz maßgeblich ist, gilt das ohnehin.

Jenseits dieser Regelungen ist dann aber ein vergaberechtsspezifischer Mindestlohn von 8,62 Euro zu vereinbaren. Das klingt in der Theorie ganz gut. In der Praxis fängt das damit an, dass ich auf einmal Subauftragnehmer und Zeitarbeitnehmer im Rahmen einer Kettenverpflichtung ebenfalls vertraglich binden soll. Arbeitet dann das Unternehmen etwa nur 20 Tage für mich, dann frage ich mich immer in der praktischen Umsetzung, wie das in der Kalkulation dargestellt wird.

Aus meiner Sicht ist das Vergaberecht der falsche Hebel, richtigerweise wäre eigentlich ein bundesweit geltendes Mindestlohngesetz, um dieses politische Ziel, wenn überhaupt, umzusetzen.

Das nächste Problem ist, weshalb ich meine, dass diese Regelung im Vergaberecht falsch angesiedelt ist, dass das Vergaberecht ja der Beschaffung von Waren, Bau- und Dienstleistungen dient. Die Umsetzung des Vergabegesetzes erfolgt dann hinterher im Rahmen der Kontrolle. Zum Glück hat der Landesgesetzgeber die Kontrollinstanz beim Wirtschaftsministerium NRW angesiedelt. Da habe ich so meine Zweifel, ob praktisch das Ziel der flächendeckenden Kontrolle erreicht wird.

Es gibt aber auch Kollateralschäden. Wenn ich etwa ein kommunales Altenheim habe, das Wäschereidienstleistungen einkauft, dann ist dieser Betrieb verpflichtet, die 8,62 Euro Mindestlohn vertraglich zu vereinbaren. Der Tarifvertrag sieht einen Mindestlohn von 8,00 Euro vor. Auf der gegenüberliegenden Straßenseite das Altenheim der caritativen Einrichtung braucht sich auch darum nicht zu kümmern, kann also auch niedrigere Löhne vereinbaren, hat mithin einen Wettbewerbsvorteil. Also führt im Grunde genommen das Gesetz zu Marktverzerrungen.

2. Der Landesgesetzgeber hat zweitens Umweltenergieeffizienz-Kriterien zwingend vorgeschrieben. Aus meiner Sicht ist diese Regelung völlig überflüssig, weil ich im Rahmen der wirtschaftlichen Beschaffung das ohnehin schon immer betrachtet habe. Der Landesgesetzgeber hat mir aber zusätzlichen administrativen Aufwand aufgezwungen, weil ich zusätzliche Dokumentationspflichten habe, das ist dann nochmal durch die Rechtsverordnung ein bisschen weiter verschärft worden. Es gibt in der praktischen Umsetzung das Problem, dass Unternehmen mir die geforderten Energiedaten manchmal gar nicht liefern können. Nehmen wir mal eine Kindertagesstätte, die möchte einen Kühlschrank haben. Dann schauen wir mal im Internet, ein Liebherr-Kühlschrank, Energieeffizienzklasse A+++. Dann schauen wir mal weiter im Internet, ein Parallelprodukt, Energieeffizienz-Klasse

A+, der Liebherr kostet 700 Euro, der Billig-Kühlschrank kostet 250 Euro. Über die Lebensdauer von 10 Jahren gibt das eine Energiedifferenz von 50 Euro. Dann kann ich relativ einfach erklären, warum ich das preiswerte Gerät für die Kita kaufe. All das macht viel Schreiberei, bringt mir eigentlich gar nichts.

3. Ein bisschen mehr möchte ich zu den Sozialkriterien sagen, insbesondere den ILO-Kernarbeitsnormen. Es scheint mir in der öffentlichen Diskussion ein feststehendes Datum zu sein, diese seien Mindeststandard und ihre Einhaltung könnte man immer vereinbaren. Da muss man mal genauer nachschauen. Dieses genauere Nachschauen musste ich mal aufgrund einer Anfrage wegen eines neuen PC machen, der wohl von Foxconn gebaut worden war. Daraus ergab sich die Anfrage, ob denn nicht soziale Belange bei der Beschaffung berücksichtigen werden könnten. Also Foxconn selber, Chinas größtes Exportunternehmen, beschäftige Anfang 2012 1,2 Millionen Mitarbeiter und laut Internet wird 40 % der weltweit verkauften Unterhaltungselektronik dort montiert. Dann wurde im Internet gesagt, die Arbeitszeiten betrügen dort 60 Stunden die Woche. In China ist allerdings gesetzlich eine Höchstgrenze von 40 Stunden plus 9 Überstunden fixiert. Das heißt, die gesetzliche Regelung ist in China da.

   Gehen wir mal zum Vergaberecht, das durch Wettbewerb, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit gekennzeichnet ist. Dann muss man schauen, bei wem beschaffe ich denn die IT? Die beschaffe ich ja nicht bei Foxconn direkt, sondern ich habe einen Anbieter vor Ort oder innerhalb von Deutschland, der mir das anbietet. Das heißt, auf diesen möchte ich Einfluss nehmen, dass er nicht bei Foxconn beschafft, sondern bei einem Dritten. Und nun ist die Frage, wie ich das denn eigentlich machen kann. Man kann ansetzen bei der Beschreibung des Leistungsverzeichnisses. Nach dem OLG Düsseldorf, ist eigentlich die Beschreibung des Leistungsgegenstands dem Vergabeverfahren vorgelagert. Aber es muss natürlich einen Auftragsbezug haben. Hier rede ich aber über Arbeitsbedingungen, da fehlt es am Auftragsbezug. Das setzt sich dann fort, wenn ich frage, ob das ein Eignungskriterium ist. Dies ist ebenso zu verneinen wie die Frage, ob es ein Wertungskriterium im Sinne der Richtlinie ist.

   Ich habe dann den berühmt-berüchtigten Artikel 26 der Richtlinie 2004/18, der aber eine Verknüpfung mit dem Auftragsgegenstand fordert. Dann habe ich die Regelung im § 18 TVgG, der von mir verlangt, das zwingend zu fordern. Ich stelle mir allerdings die Frage, kann ich das eigentlich auch fordern, wohlwissend, dass mein Bieter diese Erklärung eigentlich seriös gar nicht abgeben kann. Dazu sagt mir der Landesgesetzgeber, dass ein Bieter dies nur unter dem Siegel der kaufmännischen Seriosität abgeben muss. Wenn ich weiß, dass eigentlich diese Erklärung nicht richtig abgegeben werden kann und ich fordere sie trotzdem, habe ich eigentlich ein verkapptes Wertungskriterium ohne Auftragsbezug. Ich halte das für bedenklich.

Ich habe dann noch die verfassungsrechtliche Frage, ob der Landesgesetzgeber überhaupt befugt ist, diese ILO-Kernarbeitsnorm zum Regelungsgegenstand zu machen. Dazu muss man wissen, dass eigentlich die Kernarbeitsnorm nach Art. 59 GG einfaches Bundesrecht sind. Die Bundesrepublik ist allerdings dem Beschaffungsabkommen über öffentliche Beschaffung beigetreten, das GPA ist schon angesprochen worden, und ist auch WTO-Mitglied. Sie muss also eigentlich, was Drittstaaten angeht, auch die Regelungen dort einhalten. Es handelt sich also eigentlich um eine bundesrechtliche Materie, derer sich der Landesgesetzgeber bemächtigt. Es ist im Moment in der öffentlichen Meinung anscheinend Standard, dass das zulässig ist, immer unter Hinweis auch auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum niedersächsischen Landesvergabegesetz. Da habe ich so ein bisschen meine Zweifel. Ich will das mal deutlicher machen am Beispiel der Kinderarbeit. Auch China hat die ILO-Kernarbeitsnormen umgesetzt. In China gibt es auch das Verbot der Kinderarbeit. Das heißt, im Grunde genommen stellt sich dann die Frage, kann ich einfach noch darüber hinausgehen oder ist das nicht eine Marktbeschränkung. Zur Regelung verbotener Kinderarbeit in Friedhofsatzungen gibt es eine Entscheidung des VGH Bayern, die das für zulässig erachtet, das OVG Koblenz hat das für unzulässig erachtet. Da ist die Diskussion noch nicht am Ende. Im Ergebnis meine ich, dass diese Regelung so wie es das Land NRW gemacht hat, nämlich über Vertragsregelungen, eigentlich nicht gesetzeskonform ist, weil im Grunde genommen es davon abhängig ist, was der Bieter erklärt und dass überhaupt gar kein Regularium da ist, so was zu kontrollieren. Zertifikate sind im Grunde genommen beliebig. Es gibt Mitteilungen dazu.

Kurz zum Streikrecht, das auch in einer ILO-Kernarbeitsnorm, Nr. 87, steht. Es ist aus dem Internet erkennbar, dass bei Foxconn Streiks stattfinden. Es gibt dort ein Streikrecht, es gibt auch in China Gewerkschaften. Wie kommen wir eigentlich dazu, als Land NRW zu sagen, wir verbessern jetzt in China nochmal die Arbeitskultur? Das ist überhaupt nicht mein Thema als kommunaler Auftraggeber. Ich möchte wirtschaftlich beschaffen, ich möchte auch am Ende noch einen Auftragnehmer haben, der mir ein wirtschaftliches Angebot gibt und zwar nicht nur einen, der auf dem Papier die Erklärung abgibt.

4. Letztes Thema in diesem Zusammenhang ist die Frauenförderung. Wir haben eine sehr schöne Regelung, dass gestaffelt nach Unternehmensgrößen zwei, drei oder vier Erklärungen abzugeben sind, zum Beispiel das Angebot an Frauen, sich konkret zu bewerben oder Maßnahmen zu ergreifen, um verbale Gewalt gegen Frauen zu unterbinden, dass ein Unternehmen auch Frauen in männerdominierten Bereichen verstärkt fördere, dass Entgeltgleichheit eingehalten wird. Diese Regelung ist sozialpolitisch sinnvoll und wünschenswert. Nur hat sie nichts im Vergaberecht verloren, weil es komplett an einem Auftragsbezug fehlt. Und dazu muss

man nämlich auch folgendes bedenken: Ein Dienstleistungsunternehmen, das drei Wochen im Jahr für die öffentliche Hand tätig ist, soll auch solche Maßnahmen ergreifen – die können nach drei Wochen wieder eingestellt werden. Erst wenn es sich wieder bewirbt muss es wieder damit anfangen. Die Hoffnung die dahinter steckt kann ich ja verstehen, dass nämlich am Ende des Tages sich das verstetigt.

Aus meiner Sicht hat das im Vergaberecht nichts verloren, es sorgt im Grunde genommen dafür, dass ich zwei weitere Mitarbeiter in meiner zentralen Vergabestelle nur mit diesen Fragen beschäftigen müssen, dass ich administrativen Aufwand habe, und dass die Angebote, die ich erhalte, sich verteuern. Vielen Dank.

Podiumsdiskussion: Vergabe- und Tariftreue-gesetze – sieht so die Zukunft des Vergaberechts aus?

Statement

Nils Böhlke

WSI in der Hans-Böckler-Stiftung

Wir vom WSI in der Hans-Böckler-Stiftung sind als gewerkschaftsnahes Forschungsinstitut in dem Projekt Tariftreue und Mindestlöhne gerade dabei zu evaluieren, wie sich Vergabegesetze insbesondere in dem Bereich der Tariftreue und Mindestlohnregelung in verschiedenen Bundesländern auswirken. Wir haben in dem Rahmen zahlreiche Interviews sowohl mit Gewerkschaftern als auch Unternehmen und Vergabestellen durchgeführt und sind dabei, diese ersten Ergebnisse insbesondere für NRW auszuwerten. Ich werde hier die Vergabegesetze zwar durchaus verteidigen, aber natürlich als Wissenschaftler auch einen neutralen Standpunkt einnehmen und auf Grundlage der wissenschaftlichen Erkenntnisse, die wir erlangt haben, argumentieren. Ich möchte nun auf die fünf Fragen eingehen, die an uns gerichtet worden sind.

Zunächst geht es um die rechtliche Situation, einmal bezüglich des Mindestlohns und dann auch bezüglich § 97 Abs. 4 Satz 2 und 3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), wo Sie einen gewissen Widerspruch festgestellt haben. Beim Mindestlohn geht es um einen eventuellen Widerspruch zu europäischen Primär- und/oder Sekundärrecht – der Entsenderichtlinie. Bei dem möglichen Widerspruch innerhalb des GWB geht es um den Auftragsbezug im Satz 2 auf der einen Seite, auf der anderen Seite steht im nächsten Satz dann, dass weitere soziale und innovative Kriterien über Landesgesetze eingeführt werden können. Ich möchte zunächst mal festhalten, dass es bei beiden Punkten unstrittig ist, dass es Gutachten in verschiedene Richtungen gibt. Hier hat sich der Gesetzgeber aber eine bestimmte Rechtsauffassung zu eigen gemacht als er diese Vergabegesetze eingeführt hat. Er hat also nicht vorsätzlich höheres Recht gebrochen und ist ohne eine kritische Abwägung einfach über

Urteile hinweggegangen. Das Gutachten von Dr. Florian Rödl von der Uni Frankfurt zur Frage, ob der vergabespezifische Mindestlohn europarechtskonform ist oder nicht, macht recht deutlich, dass es dort eine Auslegung gibt, die für mich erstmal auch aus der Dynamik des Rüffert-Urteils selber schlüssig ist. Darin wird argumentiert, dass der Mindestlohn von der Entsenderichtlinie abgedeckt ist und dementsprechend das Sekundärrecht an der Stelle greift. Und das, was bei Gutachten mit gegenteiligen Bewertungen aus dem Rüffert-Urteil mit der Randnotiz 39 herausgegriffen wird, wo auf die Dienstleistungsfreiheit rekurriert wird, nicht bindend ist, weil auf europäischer Ebene das Sekundärrecht das Primärrecht, also die Dienstleistungsfreiheit, verdrängt.

Auch bezüglich des § 97 GWB, gibt es zwar unterschiedliche rechtliche Auffassungen, aber die von Seiten des Gesetzgebers übernommene Auffassung sieht insbesondere auf der Landesebene sehr viel weitgehendere Möglichkeiten, als das jetzt hier in den ersten beiden Statements angedeutet worden ist. Dementsprechend sehe ich auch hier eine Rechtskonformität des Gesetzes hergestellt.

Aber ich glaube, dass die entscheidende Frage bei den Vergabegesetzen ohnehin nicht unbedingt die rechtliche sein sollte, sondern die Frage, wie kann das umgesetzt werden, wie kann das kontrolliert werden. Die beiden Kollegen vor mir haben deutlich gemacht, dass es durchaus Probleme gibt. Es wäre verfehlt zu sagen, dass die Umsetzung der Gesetze genauso wie sich das der Gesetzgeber vorstellt stattfindet und erfolgreich die in den Begründungen der Gesetze angeführten Ziele erreicht worden sind.

Bezüglich des bürokratischen Mehraufwands durch Vergabegesetze, der hier beklagt worden ist, möchte ich zunächst feststellen, dass den Angaben der Vergabestellen mit denen wir gesprochen haben zufolge, die Vorgaben durch die Tariftreue- und Vergabegesetze nicht der Teil der Bürokratie ist, der den größten Aufwand im Vergabebereich erschafft, sondern es sind die vorgelagerten Bereiche, durch die sehr viel bürokratischer Aufwand entsteht. Bereits hier entstehen die eigentlichen Probleme für Unternehmen sich an öffentlichen Ausschreibungen zu beteiligen und nicht erst mit den Tariftreuegesetzen.

Darüber hinaus muss die Frage gestellt werden, ob wir als Gesellschaft akzeptieren wollen, dass es in bestimmten Bereichen Lohndumping und keinen von den Gewerkschaften und den Arbeitgebern durchgesetzten anständigen Lohn in allen Bereichen gibt. Mittlerweile sind 40 % der Beschäftigten eben nicht mehr von Tariflöhnen erfasst, weshalb der Hinweis auf die Tarifautonomie hier ins Leere läuft. Deshalb ist es durchaus sinnvoll, dort Regelungen zu treffen.

Es gibt natürlich die Möglichkeit, das auf Bundesebene zu machen, aber es gibt auch die Möglichkeit, auf Länderebene vergabespezifische Mindestlöhne und Landesmindestlohngesetze für bestimmte Segmente zu schaffen. Dadurch kann die öffentliche Hand auch eine Vorbildfunktion auf Landesebene übernehmen, die mehr als Symbol-

wirkung hat, weil die öffentlichen Aufträge mit 20 % des Bruttoinlandsprodukts auch eine gewisse Marktmacht darstellen.

Der Mindestlohn ist also durchaus als politisches Ziel zur Bekämpfung von Lohndumping in die Landesgesetze aufgenommen worden, aber er wird in der Regel nicht ausschließlich vom Gesetzgeber weiter entwickelt, sondern von Tarifkommissionen, in denen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeinsam sitzen. In diesen Kommissionen und Beiräten werden dann gemeinsame Überlegungen angestellt, ob und in welcher Höhe der Mindestlohn weiter erhöht werden kann. Erst dann wird die Erhöhung entweder von Ministerien oder von den Kommissionen selber festgesetzt, um sie in das Tariftreuegesetz einzubauen. Das heißt, da sind politische Regelungen eingeführt worden, um mit der Marktmacht, die die öffentliche Hand hat, politischen Einfluss auszuüben. Ich glaube nicht, dass das gegen einen gesetzlichen Mindestlohn auf Bundesebene steht, sondern diesen auch nach einer eventuellen Einführung sinnvoll ergänzen könnte.

Darüber hinaus gibt es Regelungen im Bereich der ILO-Kernarbeitsnormen. Ich muss sagen, dass mich in Bezug auf diese die Ausführungen des Herrn Rhein ein wenig überrascht haben, weil es ja beispielsweise auf kommunaler Ebene nicht erst mit dem Tariftreue- und Vergabegesetz NRW zur Einhaltung von ILO-Kernarbeitsnormen kommt. Wenn man beispielsweise von Mönchengladbach, wo der Herr Rhein arbeitet, ein paar Kilometer weiter nach Neuss fährt, kann man feststellen, dass es da schon lange vor der Einführung des TVgG NRW eine Vorgabe des Stadtrats gibt, dass die ILO-Kernarbeitsnormen bei öffentlichen Ausschreibungen eingehalten werden sollen und dem ist in den vergangenen Jahren auch Folge geleistet worden. Das heißt, es gibt anscheinend durchaus auf kommunaler Ebene die Möglichkeit das umzusetzen, ohne dass vor Ort die öffentliche Beschaffung vollkommen zusammengebrochen sei.

Die Annahme, dass es sowohl zu einem massiven Einbruch der Bieterzahl als auch einer Erhöhung der Kosten durch dieses Tariftreue- und Vergabegesetz gekommen sei, ist bisher nicht durch wissenschaftliche Daten unterlegt.

Tatsächlich gab es in den letzten Jahren in einigen Bereichen Kostenerhöhungen im Bereich der öffentlichen Aufträge, aber ob diese auf Tariftreue- und Vergabegesetze zurückzuführen sind oder beispielsweise auf die Konjunkturlage, wird sowohl in den Vergabestellen als auch bei den Unternehmen sehr unterschiedlich gesehen. In der Regel wird aber doch eher die Konjunktur als Hauptgrund gesehen und nicht das Tariftreue- und Vergabegesetz. Die meisten Vergabestellen erwähnen, dass es zwar durchaus den einen oder anderen Anbieter gibt, der durch das Vergabegesetz und einen erhöhten bürokratischen Aufwand, den es zweifelsohne gibt, abgeschreckt wird. Aber es gibt auch viele Unternehmer, die sich speziell auf diesen Bereich der öffentlichen Aufträge konzentrieren und sich dort eine Nische suchen. Hier wollen sie mit ihrer Expertise diesen Markt mit besonders passgenauen Angeboten erreichen und dort auch besonders erfolgreich sein. Darüber hinaus ist für den allergrößten Teil

der Unternehmen bis auf einige wenige Unterlagen, die zusätzlich bearbeitet werden müssen, kein Unterschied zu den vorherigen gesetzlichen Regelungen feststellbar. Das ist jedenfalls das Ergebnis unserer bisherigen Untersuchungen.

Und zuletzt zu den Kontrollen: Da möchte ich den bisherigen Aussagen ausdrücklich Recht geben. Das Problem der Gesetze ist meines Erachtens, dass sie bisher nicht ausreichend kontrolliert werden und es der Gesetzgeber nur sehr punktuell geschafft hat, Wege zu finden, wie die Einhaltung dieses Gesetzes effektiv kontrolliert werden kann. Beispielsweise in NRW sollen die Kontrollen von einer mit zwölf Stellen besetzten Prüfbehörde durchgeführt werden. Diese ist bislang nicht einmal ansatzweise ausreichend besetzt. Bislang sind lediglich zwei Personen eingestellt worden und das immerhin eineinhalb Jahre nach Einführung des Gesetzes. In größeren Kommunen werden durchaus auch eigenständig in den Vergabestellen oder in den zuständigen Behörden Personen eingestellt, die dann unter anderem auch den Mindestlohn kontrollieren. Dies ist aber die absolute Ausnahme. Gerade gestern habe ich mit einer Person gesprochen, die diese Kontrollen durchführt und die mir sehr klar gemacht hat, dass es auf vielen Baustellen nach wie vor so ist, dass trotz des Mindestlohns nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz, von den angesprochenen Personen angeblich keiner mehr als 400 Euro verdient und alle eigentlich am Vortag angefangen haben zu arbeiten. Um diese Missstände zu beheben, müssen die Kontrollen intensiviert werden und insbesondere auch die kleineren Kommunen in die Lage versetzt werden, das zu kontrollieren. Das Problem ist hier bislang, dass zwar in größeren Kommunen diese Stellen geschaffen werden können und sie sich dort durch die verhängten Strafen auch selber tragen können, aber in kleineren Kommunen ist das in der Regel nicht der Fall, weil hier weniger Aufträge anfallen. Aber da wäre natürlich eine Unterstützung auf Landesebene durchaus eine Hilfe.

Als Fazit kann ich festhalten, dass es natürlich Probleme bei der Umsetzung der Tariftreue- und Vergabegesetze gibt. Die rechtlichen Bedenken sind da meines Erachtens auch nicht entscheidend, da sich von politischer Seite eine bestimmte Rechtsauffassung durchgesetzt hat. Eigentümlich finde ich die hier geäußerte Annahme, dass man von politischer Seite mit Gesetzen nicht auch Politik machen darf. Natürlich haben unterschiedliche Gesetze unterschiedliche Funktionen, aber das natürlich auch auf der Landesebene politische Ziele und Vorgaben eine Rolle spielen können und sollen, entspricht meinem demokratischen Grundverständnis. Diese Ansicht wird übrigens nicht nur in Deutschland geteilt, sondern auch in der europaweiten und weltweiten Geschichte der Vergabegesetze. Mittlerweile ist es sogar fast die Regel, dass weitere soziale und innovative Kriterien zu den Vergabegesetzen hinzugefügt werden, um tatsächlich auch eine gewisse politische Lenkungswirkung der öffentlichen Hand herzustellen. Dies ist also eher Ausdruck eines modernen Vergaberechts.

Ich bedanke mich für die Aufmerksamkeit.

Podiumsdiskussion: Vergabe- und Tariftreue-gesetze – sieht so die Zukunft des Vergaberechts aus?

Statement

Thomas Echterhoff

Echterhoff-Baugruppe, Westerkappeln

Die Länder versuchen zunehmend, mittels neuer Vergabe- und Tariftreuegesetze das Vergaberecht zur Erreichung sozial-, mittelstandspolitischer und umweltpolitischer Ziele zu nutzen. Von den Bundesländern mit entsprechenden Gesetzen hat bislang nur Bayern der Versuchung weitestgehend widerstanden.

Landesvergabegesetze erschweren aufgrund ihrer stetig steigenden Anforderungen an die Bieter und aufgrund ihrer unterschiedlichen Ausgestaltung vor allem die Beteiligung bundesweit tätiger Unternehmen an öffentlichen Aufträgen. Zudem tragen sie zur Zersplitterung und Verkomplizierung des Vergaberechts bei. Einem immensen regulatorischen Aufwand steht kein erkennbarer entsprechender Nutzen gegenüber.

Die Bieter sind überfordert mit der Erbringung diverser Nachweise.

Die Bestrebungen, die nicht nur auf Landesebene, sondern auch auf EU- und Bundesebene feststellbar sind, betreffen ein Rechtsgebiet, dessen Komplexität in den letzten Jahren ohnehin so groß geworden ist, das sehr viele Vergabestellen nicht mehr in der Lage sind, Vergabeverfahren rechtsfehlerfrei abzuwickeln und viele Unternehmer bewusst entschieden haben, sich nicht mehr um öffentliche Aufträge zu bewerben.

Die Vergabestellen sind überfordert mit der Kontrolle der diversen Nachweise bereits vor der Vergabe. Eine Kontrolle müsste jedoch auch nach erfolgter Vergabe fortgeführt werden.

Die Forderung nach Einhaltung der Tariftreue- und Mindestlohnregelungen ist für mich persönlich nicht problematisch. Es gibt aber Konstellationen, in denen dies anders ist.

Bei einzelnen Regelungen liegt es nahe, dass sie gegen europäisches Recht verstoßen.

1. Vereinbarkeit der Vergabe- und Tariftreuegesetze der Länder mit höherrangigem Vergaberecht?

Ich bin zwar kein Jurist, weiß aber, dass sowohl rechtliche Gutachten als auch die Rechtsprechung (z.B. VK Düsseldorf, Beschluss v. 09.01.2013 – VK 29/12) davon ausgehen, dass zumindest einzelne landesrechtliche Regelungen gegen europäisches Recht verstoßen. Legt man als Maßstab das sog. Rüffert-Urteil des EuGH vom 3. April 2008 (Rs. C-346/06) zugrunde, das die vergaberechtlichen Grenzen einer Tarifbindung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge aufgezeigt hat, muss die Vorgabe eines Mindestlohns bzw. der Tariftreue gesetzlich verankert bzw. für allgemeinverbindlich erklärt worden sein und sie muss für alle Arbeitnehmer – also nicht nur für die im Rahmen von öffentlichen Aufträgen Beschäftigten – gelten.

So liegt z.B. eine Studie im Auftrag der vbw – Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e.V. vor. Darin werden verschiedene entgeltbezogene Regelungen (Tariftreue- und Mindestentgeltregelungen), leiharbeitsbezogene Vorschriften sowie quotenbezogene Normen auf ihre Vereinbarkeit mit dem EU-Recht bzw. mit der Rechtsprechung des EuGH sowie dem Grundgesetz und dem GWB überprüft. Die Studie kommt zu dem Schluss, dass

- echte Tariftreueregelungen (mit Ausnahme des Bereichs ÖPNV),
- ein vergabespezifischer Mindestlohn,
- das Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern bei der Ausführung öffentlicher Aufträge sowie
- ein vergabespezifischer equal-pay-Zwang

gegen europäisches Recht verstoßen.

Quotenbezogene Regelungen zur Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen, der Integration von Langzeitarbeitslosen oder der Schaffung von Ausbildungsplätzen sind danach nur dann europarechtskonform, wenn sie sich nicht auf das ganze Unternehmen oder dessen Leitungsebene beziehen, sondern auf den Bereich der Ausführung des öffentlichen Auftrags beschränkt werden. Nach der Studie würde sich die Beurteilung mit Blick auf die entgelt- und die quotenbezogenen Regelungen wohl auch nach Inkrafttreten der revidierten EU-Vergaberichtlinien nicht ändern. Diese Ergebnisse zugrunde gelegt, dürften einige Landesvergabegesetze europarechtswidrige Regelungen enthalten.

Die Vergabekammer Düsseldorf hatte Bedenken, ob die Regelung des vergabespezifischen Mindestlohns im Tariftreue- und Vergabegesetz NRW mit höherrangigem Recht konform sei: Soweit in § 4 Abs. 3 TVgG NRW ein Mindestlohn von 8,62 Euro vorgeschrieben werde und in § 4 Abs. 4 TVgG NRW eine Meistbegünstigung vorgesehen sei, bestehen nach Ansicht der Vergabekammer auch diesbezüglich Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV). Denn § 4 Abs. 3 TVgG NRW schreibe faktisch außerhalb des Anwendungsbereiches des Arbeitnehmerentsendegesetzes und des Mindestarbeitsbedingungengesetzes die Zahlung eines bestimmten höheren Mindeststundensatzes vor.

Da sich die nordrhein-westfälische Regelung zum vergabespezifischen Mindestlohn in ähnlicher Form auch in anderen Landesgesetzen wiederfindet, dürften bereits einige Aufträge vergeben worden seien, die keine Rechtssicherheit bieten!

2. Stellen die Vergabe- und Tariftreuegesetze einen geeigneten Handlungsrahmen zur Erreichung bestimmter strategischer Ziele dar?

Es mag sein, dass über das Vergaberecht bestimmte strategische Ziele, d.h. ökologische und soziale Anforderungen, wie

- angemessene Löhne
- sozial gerechte Arbeitsbedingungen
- Frauenförderung
- Verhinderung von Kinderarbeit
- Vorgabe bestimmter Umwelteigenschaften
- Mittelstandsschutz oder
- Wirtschaftsförderung

erreicht werden können. Allerdings bleibt dies – sofern man den gesamten Markt für ein bestimmtes Produkt oder eine Dienstleistung betrachtet – eben nur auf den „kleinen" Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe beschränkt. Meint man es wirklich ernst mit diesen Zielsetzungen, dürfte man sie – wie es auch der EuGH in der Rüffert-Entscheidung gefordert hat – nicht auf die öffentliche Beschaffung beschränken. Dies politisch durchzusetzen, ist jedoch schwierig und wird daher gescheut – auf Kosten der Rechtssicherheit und der Glaubwürdigkeit. Nicht nur ich habe daher den Eindruck, dass das Vergaberecht für gewisse politische Forderungen missbraucht wird, die eigentlich in andere Rechtsgebiete, z.B. das Steuer-, Arbeits- oder Umweltrecht gehören. Das Vergaberecht sollte hingegen seinen ursprünglichen Sinn und Zweck beibehalten: das wirtschaftlichste Angebot im Wettbewerb zu ermitteln.

Zudem stehen sich manche strategischen Ziele aus meiner Sicht diametral gegenüber. Je inhaltsreicher und dadurch unübersichtlicher die Landesvergabegesetze sind und je mehr soziale Aspekte gefordert werden, desto schwieriger wird die Beteiligung an öf-

fentlichen Aufträgen für kleine und mittlere Unternehmen. Mittelstandsschutz, oft auch eines der strategischen Ziele, sieht anders aus. Ziehen sie sich deshalb selbst aus dem Markt um öffentliche Aufträge zurück oder werden sie verdrängt, steht auch die Wirtschaftsförderung insofern auf wackligen Beinen.

Bereits der diesbezüglich betriebene regulatorische Aufwand ist immens: so umfasst das Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen 22 Paragrafen, von denen einige auch in kleingedruckten Versionen über eine DIN A4 Seite lang sind. Ebenso viele Paragrafen umfasst die Ausführungsverordnung mit dem schönen Titel „Verordnung zur Regelung von Verfahrensanforderungen in den Bereichen umweltfreundliche und energieeffiziente Beschaffung, Berücksichtigung sozialer Kriterien und Frauenförderung sowie Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie bei der Anwendung des Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen".

Da auch mit dieser Verordnung der Gesetzesvollzug offenbar noch nicht sichergestellt war, hat man einen Leitfaden zur Rechtsverordnung zum Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen herausgegeben, der 53 Seiten lang ist.

Das allein ist schon schlimm genug. Noch schlimmer aber ist, dass dem ungeheuren bürokratischen Aufwand bei näherer Betrachtung kaum ein entsprechender Nutzen gegenüber steht bzw. kein Fortschritt gegenüber dem vorhergehenden Rechtszustand zu erkennen ist.

Dies lässt sich exemplarisch am Beispiel der Berücksichtigung des Umweltschutzes verdeutlichen. § 17 des Tariftreue- und Vergabegesetz NRW verpflichtet öffentliche Auftraggeber in Absatz 1, bei der Vergabe von Aufträgen Kriterien des Umweltschutzes und der Energieeffizienz zu berücksichtigen. In den weiteren Absätzen 2 bis 7 folgen dann zahlreiche Soll-Vorschriften, die

- entweder überflüssig sind, weil heutzutage jeder Auftraggeber bei der Beschaffung energieintensiver Geräte von sich aus ohnehin auf Energieeffizienz achten wird, oder
- nicht umsetzbar sind, weil der Regelungsgehalt im Unklaren bleibt

(Beispiel: „Bei der technischen Spezifikation eines Auftrages sollen Umwelteigenschaften und/oder Auswirkungen bestimmter Warengruppen oder Dienstleistungen auf die Umwelt diskriminierungsfrei festgelegt werden."), oder

- überflüssig sind, weil sie Selbstverständliches regeln

(Beispiel: Im Rahmen der Eignungsprüfung sollte der öffentliche Auftraggeber von den Bietern und Bewerbern zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit in geeigneten Fällen verlangen, dass das zu beauftragende Unternehmen bestimmte Normen für das Umweltmanagement erfüllt), oder

- nicht vollzugstauglich sind, weil im Unklaren bleibt, wie bestimmte Kriterien des Umweltschutzes berücksichtigt werden sollen

(Beispiel: „Bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes sollen auch Kriterien des Umweltschutzes und der Energieeffizienz berücksichtigt werden.")

Bezüglich des zuletzt genannten Punktes hätte man sich vielleicht an einem alten Erlass aus Niedersachsen orientieren können, der vorsah, dass teurere Angebote den Zuschlag erhalten konnten, wenn den Mehrkosten des ökologisch höherwertigen Angebotes nicht ohne Weiteres berechenbare volkswirtschaftliche Vorteile gegenüberstehen. Ein Kinderspiel für jeden Vergabebeamten!

Die Regelung zeigt aber auch ein ernstes Problem auf, nämlich dass die Berücksichtigung sog. „vergabefremder Aspekte" in vielen Fällen zwangsläufig mit Beeinträchtigungen der tragenden vergaberechtlichen Prinzipien von Transparenz und Nicht-Diskriminierung einhergeht. Zu letztgenanntem Punkt ein Beispiel aus Niedersachsen, auch um nicht immer nur das Beispiel Nordrhein-Westfalen zu bemühen.

Nach dem Entwurf des Niedersächsischen Tariftreue- und Vergabegesetzes soll die Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Auftragsvergabe nur für Unternehmen mit mindestens 20 Beschäftigten (ohne Auszubildende) gelten. Hierzu ist zum einen zu bemerken, dass über 90 Prozent der Baubetriebe in Deutschland sogar weniger als 10 Beschäftigte haben. Zum anderen dürfte diese Regelung findige Vergabebeamten gerade in kleineren Kommunen dazu bewegen, bei Auftragsvergaben nur noch Angebote von Unternehmen mit 20 Beschäftigten und weniger anzufordern. Der nicht nur in Niedersachsen weitergeltende Wertgrenzenerlass, der dort beschränkte Ausschreibungen bis zu einem Auftragswert von 1 Million und freihändige Vergaben bis zu einem solchen von 75.000 Euro ohne weitere Begründung erlaubt, würde dies ohne Weiteres ermöglichen.

Übersehen wird häufig auch, dass die Einhaltung der sozialen Kriterien kontrolliert werden muss und zwar nicht nur – was schon schwer genug ist – zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe, sondern auch während der Vertragsabwicklung. Andernfalls könnte es zu schweren Wettbewerbsverzerrungen kommen, wenn z.B. ein Plan zur Gleichstellung von Männern und Frauen im Betrieb zwar auf dem Papier vorhanden ist, vom Auftragnehmer aber gar nicht umgesetzt wird, wohingegen der unterlegene Bieter die Einhaltung der sozialen Kriterien in einem nicht so überzeugendem Konzept darlegt, dieses aber tatsächlich erfolgreich praktiziert.

Interessante vergaberechtliche Fragen tauchen auch auf, wenn z.B. ein Bieter zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe 19 Mitarbeiter hat, die Belegschaft aber bis zur Zuschlagserteilung auf 21 aufstockt. Entsprechendes gilt, wenn Angebote von Bietergemeinschaften eingereicht werden. Ist die Zahl der Mitarbeiter der Bietergemeinschaft entscheidend oder die der Gesellschafter?

Schon diese Beispiele zeigen, dass die Einführung sozial-, mittelstandspolitischer und umweltpolitischer Ziele im Rahmen der Angebotswertung mit nahezu unlösbaren Problemen verbunden ist. Es sollte daher der Mut aufgebracht werden, auf die Ein-

führung derartiger Aspekte im Rahmen der Angebotswertung zu verzichten. Das Land Baden-Württemberg hat mit seinem Tariftreue- und Mindestlohngesetz für öffentliche Aufträge, das am 1. Juli 2013 in Kraft getreten ist, ebendies getan.

3. Auswirkungen auf die Bieter und Auftraggeber

In der unternehmerischen Praxis bereiten sowohl die Vielzahl der Landesgesetze einerseits als auch einzelne Regelungen andererseits große Probleme. Betroffen sind insbesondere bundesweit anbietende Unternehmen und innerhalb dieser Gruppe vor allem kleine und mittlere Unternehmen, die nicht auf eine Rechtsabteilung, geschweige denn auf einen Vergaberechtsexperten zurückgreifen können.

Inzwischen gibt es in 15 Bundesländern Landesgesetze (nur in Bayern nicht), die unterschiedliche Vergabe- bzw. Tariftreuevorschriften enthalten. Bereits die Anzahl der Paragrafen variiert stark von z.B. 8 Paragrafen (Rheinland-Pfalz) bis zu 25 Paragrafen (Sachsen-Anhalt).

Auch die Regelungsinhalte unterscheiden sich. Aber selbst, wenn gleiche Inhalte gewählt werden, ist die Ausgestaltung unterschiedlich. Teilweise gelten die Landesgesetze ab 0,01 Euro Auftragswert, teilweise erst ab Werten zwischen 3.000 Euro und 50.000 Euro, wobei zusätzlich zwischen Bauaufträgen einerseits und Liefer- bzw. Dienstleistungsaufträgen andererseits unterschieden wird. Mal bindet das Gesetz nur die Länder, mal werden Kommunen und andere mit einbezogen. Vergabespezifische Mindestlöhne werden von 8,00 Euro/Stunde bis zu 9,18 Euro/Stunde gefordert, sofern Tariftreueregelungen nicht greifen. Einige Länder fordern darüber hinaus weitere soziale Kriterien, wie Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen, Frauenförderung, Ausbildungsförderung, Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen, Vereinbarkeit von Beruf und Familie, equal pay. Der Einfallsreichtum des Landesgesetzgebers kennt hierbei keine Grenzen. Insofern werden an dieser Stelle möglicherweise künftig Anforderungen sozialer Art hinzutreten, an die wir heute noch gar nicht denken. Gegenstand landesgesetzlicher Regelungen sind darüber hinaus oft auch Umweltaspekte, die – je nach Ausgestaltung des Gesetzes – bei Vergaben berücksichtigt werden können oder müssen. Umweltaspekte haben gegenüber den sozialen Aspekten den Vorteil, dass sie zumeist auftragsbezogen sind. Zu denken ist hier etwa an den CO_2-Ausstoß von Fahrzeugen oder die Lebenszykluskostenbetrachtung bestimmter Produkte.

Ich komme noch einmal auf die sozialen Aspekte zu sprechen. Abgesehen von der Rechtsunsicherheit, die ein vergabespezifischer Mindestlohn oder auch bestimmte Tariftreuevorschriften durch den Vorwurf des Verstoßes gegen europäisches Recht hervorrufen, ist für mich persönlich als tarifgebundener Unternehmer im Baubereich die Zahlung von Tariflöhnen selbstverständlich. Auch Vorschriften zu „equal pay" für Leiharbeiter sind für den Baubereich zumindest auf dem Papier kein Problem, da der Grundsatz mittels gesetzlicher und tarifvertraglicher Vorgaben uneingeschränkt gilt.

Meiner Kenntnis nach haben aber andere Branchen eigene tarifvertragliche Regelungen, die teilweise Abschläge für Leiharbeiter erlauben. Ich habe meine Zweifel, ob man diese Regelungen der Tarifvertragsparteien durch eine gesetzliche Vorgabe im Vergaberecht aushöhlen darf.

Erhebliche praktische Schwierigkeiten bestehen auch für Unternehmen, die außerhalb öffentlicher Aufträge weder tarifgebunden noch gesetzlich verpflichtet sind, Mindestlöhne einzuhalten. Wollen diese Unternehmen einen öffentlichen Auftrag erhalten, müssen sie sich zur Zahlung des vergabespezifischen Mindestlohnes verpflichten und zudem organisatorische Vorkehrungen treffen, z.B. ihre Gehaltsabrechnung für diesen Auftrag und ggf. interne Abläufe entsprechend umstellen. Die Trennung zwischen Arbeiten, die im Rahmen des öffentlichen Auftrags erfolgen und Arbeiten für anderwietige Aufträge dürfte nicht immer scharf möglich sein.

Vor allem die Überfrachtung des Vergaberechts mit sozialen Kriterien, die keinen Bezug zum Auftragsgegenstand aufweisen, stellt sowohl anbietende Unternehmen als auch die öffentliche Hand vor teilweise unlösbare Probleme. So sind beispielsweise Regelungen zur Frauenförderung im Baubereich oft schlicht deshalb nicht erfüllbar, weil es in manchen Berufen keine oder nur sehr wenige weibliche Arbeitskräfte gibt. Ich spreche da aus eigener Erfahrung. Manche Landesvergabegesetze differenzieren hier jedoch nicht, sondern verpflichten Auftraggeber generell dazu, bestimmte soziale Aspekte zu berücksichtigen. Insofern wirken sie diskriminierend.

Problematisch ist m. E. auch die Kombination mehrerer sozialer Kriterien ohne Auftragsbezug. Was „wiegt mehr"? Dass ich Frauen fördere oder dass ich Schwerbehinderte einstelle? Letztlich besteht die Gefahr, dass mithilfe derartiger Kriterien die Korruptionsanfälligkeit der Vergabe steigt. Denn das Missbrauchsrisiko, dass der öffentliche Auftraggeber den von ihm bevorzugten Bieter auswählt, erhöht sich erheblich durch die Kombination mehrerer wettbewerbsfremder Aspekte.

Mir wurde zudem berichtet, dass sich Unternehmen nicht mehr um öffentliche Aufträge bewerben, weil sie die an sie gestellten Forderungen nicht guten Gewissens erfüllen können. Dies betrifft z.B. die Garantien des Auftragnehmers dafür, dass die gesamte Nachunternehmerkette die entgeltbezogenen Regelungen einhält. Bei Verstößen – auch durch die Nachunternehmen und deren Nachunternehmen – drohen dem Auftragnehmer Sanktionen, die von einer Vertragsstrafe über die Kündigung des Auftrags bis zu Vergabesperren von bis zu drei Jahren reichen. Je länger die Nachunternehmer- bzw. Lieferantenkette ist, desto schwerer fallen Nachweis und Kontrollen. Das Ergebnis wäre eine Einengung des Wettbewerbs und in deren Folge möglicherweise eine Erhöhung der Preise. Zugespitzt betrachtet, blieben dann die so genannten schwarzen Schafe übrig. Das kann aus meiner Sicht nicht gewollt sein.

Möglicherweise gibt es aber auch Unternehmen, die sich schlicht nicht vorschreiben lassen wollen, dass sie die Vereinbarkeit von Beruf und Familie fördern müssen, um

öffentliche Aufträge zu erhalten. Sie fühlen sich in ihrer unternehmerischen Freiheit beschnitten. Auch hier sehe ich die Gefahr, dass die verpflichtende Vorgabe solcher Kriterien, die keinen Bezug zum Auftragsgegenstand aufweisen, dazu führt, dass sich Unternehmen nicht mehr um öffentliche Aufträge bewerben.

Zum Stichwort „Kontrolle durch den Auftraggeber" möchte ich Folgendes anmerken: M. E. darf die Einhaltung der Anforderungen nicht nur zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bzw. Auftragserteilung kontrolliert werden, sondern muss auch während der Abwicklung des Vertrages erfolgen. Ansonsten kommt es zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen, wenn z.B. ein Bieter ein wunderschönes Konzept für die Gleichstellung von Männern und Frauen im Unternehmen beifügt und deshalb den Auftrag erhält, tatsächlich aber gar keine Frauen beschäftigt. Hier liegt wohl ein Hauptproblem. Denn die Nachprüfung bindet beim Auftraggeber Ressourcen in personeller, zeitlicher wie auch letztlich finanzieller Hinsicht, die nicht vorhanden sind. Ob die Einrichtung von Kontrollgruppen, die in manchen Landesvergabegesetzen vorgesehen sind, hier Abhilfe schaffen können, bleibt abzuwarten. Wenn, wie in manchen Bundesländern, die Kontrollgruppe bislang nur auf dem Papier besteht, wird sich nichts ändern. Darüber hinaus gibt es auch Stimmen, die entsprechende Kontrollbefugnisse kritisch beurteilen, weil sie möglicherweise gegen den Datenschutz verstoßen.

Ein weiteres Problem in der Praxis ist die Forderung von Nachweisen, an deren Ernsthaftigkeit Zweifel bestehen oder die für die betreffende Vergabe gar nicht erforderlich sind – Stichwort überbordende Bürokratie. Ich habe den Eindruck, dass Vergabebeamte teilweise aus lauter Angst, etwas zu vergessen, alles ankreuzen, was auf Formularen ankreuzbar ist, ohne vorher zu überlegen, ob der betreffende Nachweis für den konkreten Auftrag tatsächlich erforderlich ist. Wichtig für mich als Unternehmer ist jedoch, dass öffentliche Auftraggeber nur Nachweise fordern, die für die Eignungsbeurteilung des Bieters mit Bezug auf den konkret nachgefragten Auftragsgegenstand tatsächlich erforderlich sind und die die Auftraggeber auch überprüfen können. Alles, was darüber hinausgeht, ist nicht hinnehmbarer Bürokratismus und belastet einerseits Unternehmen, die die Nachweise erbringen müssen und Auftraggeber andererseits, die die erbrachten Nachweise überprüfen müssen.

Im Übrigen bin ich der Meinung, dass die Streitanfälligkeit zunimmt, je höher die Anforderungen an die Bieter sind. Denn wenn ich schon mit erheblichem Zeit- und Kostenaufwand Angebote erstelle, möchte ich auch den Zuschlag erhalten und bin ggf. auch bereit, dafür zu streiten.

Auf Bundesebene steht demnächst die Umsetzung der novellierten europäischen Richtlinien an. Diese werden u.a. erhebliche Auswirkungen auf den hier diskutierten Bereich haben. Ich befürchte allerdings, dass es für die Praxis nicht leichter wird: So sollen zum einen die Regelungen zur „strategischen Vergabe" bzw. zur Zulässigkeit politischer Vorgaben bei der Auftragsvergabe ausgedehnt werden, indem der strikte Auftragsbezug bei den Zuschlagskriterien gelockert wird. Es bleibt zwar prinzipiell bei

dem Grundsatz, dass allgemeine politische (umweltbezogene oder soziale Aspekte) bei der Vergabe nur gefordert werden können, wenn sie in unmittelbarem Zusammenhang zum Auftragsgegenstand stehen. Allerdings, und das sehe ich kritisch, soll dieses wichtige Prinzip nun durch die Ausnahme relativiert werden, dass im Rahmen der Zuschlagskriterien die Vorgabe von politischen Aspekten im Hinblick auf den so genannten „spezifischen Produktionsprozess" erfolgen darf. Hierdurch wird massiv in die unternehmerische Freiheit der Gestaltung von Betriebsprozessen eingegriffen. Ich kann Ihnen versichern, dass ich meinen Produktionsprozess nicht in der bloßen Erwartung eines öffentlichen Auftrags umstellen werde. Andere Unternehmen werden dies ebenfalls nicht tun. Im Ergebnis führte dies zu einer Einschränkung des Wettbewerbs. Ob dies tatsächlich gewollt ist, darf aus guten Gründen bezweifelt werden.

4. Handlungsalternativen auf Bundes- oder Landesebene?

Rechtlich „sicher" sind nur solche nationalen Regelungen, die

1. mit dem europäischen Primär- und Sekundärrecht und
2. mit dem Grundgesetz

vereinbar sind. Wie gesagt, bin ich kein Jurist. Ich weiß aber, dass die Landesvergabegesetze nicht nur den Bereich bis zu den EU-Schwellenwerten regeln, sondern auch darüber hinaus. Sofern der Bund für den Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte (bei Bauaufträgen ab 5 Mio. Euro) Regelungen trifft und somit von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch macht, dürfen die Länder den Bereich nicht mehr abweichend regeln. Daher wird verschiedentlich über ein einheitliches Bundesvergabegesetz nachgedacht.

Ein einheitliches Bundesvergabegesetz würde jedoch das Problem der Zersplitterung und Unübersichtlichkeit durch die Vergabe- und Tariftreuegesetze auf Landesebene m. E. nicht lösen. Denn es besteht keine Garantie dafür, dass die Länder in diesem Fall ihre Regelungen abschaffen würden. Die Länder besitzen für den Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte (sog. Haushaltsrecht) die Gesetzgebungskompetenz und werden diese auch weiterhin ausüben. Es bliebe also mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dabei, dass zumindest im Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte die Länder eigene Regelungen treffen würden. Darüber hinaus würden sie möglicherweise auch Regelungen im Oberschwellenbereich treffen, sofern der Bund von Regelungen abgesehen hat.

Zur Problemreduzierung könnte aber möglicherweise die Einführung eines effektiven Rechtsschutzes unterhalb der EU-Schwellenwerte beitragen. Denn Erfahrungen im Oberschwellenbereich haben gezeigt, dass allein die Möglichkeit einer Überprüfung auf Seiten der Auftraggeber zu einer sorgfältigeren Vorbereitung von öffentlichen Ausschreibungen geführt hat.

Zusammengefasst:

Die Regelungen in den Tarif- und Vergabegesetzen führen zu einer weiteren Verkomplizierung des ohnehin hoch komplexen Vergaberechtes und zu hohen Bürokratiekosten, ohne dass diesen Nachteilen entsprechende Vorteile gegenüberstehen. Die meisten der sozial- und umweltpolitischen Ziele lassen sich auf anderen Wegen, z.B. dem Steuer-, Umwelt- oder Arbeitsrecht weitaus besser erreichen.

Vergabe- und Tariftreuegesetze – sieht so die Zukunft des Vergaberechts aus?

Zusammenfassung der Aussprache

Die Diskussion widmete sich zwei größeren Themenblöcken. Zum einen ging es um die Frage der Vergaberechtskonformität der Tariftreue- und Vergabegesetze, zum anderen um Opportunitäts- und Praktikabilitätserwägungen.

Zur Vergaberechtskonformität der Tariftreue und Vergabegesetze wurde angemerkt, dass es nach § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB möglich sei, sonstige Anforderungen, insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte, an die Auftragsausführung zu stellen. Weil der Bezug zum Auftragsgegenstand nachgewiesen werden müsse, seien soziale Kriterien hier problematisch. Die Forderung nach der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen beurteile sich jedoch nicht nach § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB, sondern werde bereits durch § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB erfasst, der die Vergabe öffentlicher Aufträge an gesetzestreue Unternehmen regelt. Denn die ILO-Kernarbeitsnormen seien durch die Ratifizierung Bundesrecht geworden und damit auch in Deutschland verbindliches Recht. Die weitergehenden Anforderungen an Auftragnehmer dürften gemäß § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB durch Landesvergabegesetze gestellt werden und seien nicht an den Auftragsgegenstand gebunden, dürften also auch darüber hinausgehen. Damit dürften beispielsweise auch grundsätzlich Anforderungen an die Geschäftsführung

gestellt werden. Diese Anforderungen müssten allerdings mit dem EU-Recht, d.h. sowohl dem EU-Primärrecht als auch den Richtlinien und den Maßgaben des EuGH zur Rüffert-Entscheidung entsprechen.

Wenn auch soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte in bestimmten Grenzen rechtlich zulässig seien, so wurde geäußert, das Vergaberecht sei nicht das richtige Instrument für deren Durchsetzung. Es gehe nicht darum, ob Frauenförderung oder Mindestlohn gesellschaftspolitisch richtig seien, sondern darum, dass die Durchsetzung dieser politisch motivierten Ziele in den jeweiligen Politikbereichen erfolgen müsse.

Demgegenüber wurde eingewandt, die öffentliche Hand müsse das Recht haben, Produkte zu beschaffen, die bestimmten Kriterien folgen. Dieses Recht der öffentlichen Hand solle nicht dadurch beschnitten werden, dass eine Forderung auftragsgegenstandsbezogen sein müsse.

Vertreten wurde auch, dass es nicht darauf ankomme, mit der Brechstange bestimmte politische Ziele durchzuboxen, sondern dass es letzten Endes um Konsequenz gehe. Ziele, die an anderer Stelle politisch bereits gesetzt worden seien, müssten glaubwürdig auch beim eigenen Einkauf der öffentlichen Hand beachtet werden. Dann sei es weniger eine Frage des Durchsetzens, sondern der Glaubwürdigkeit und der Konsequenz selbst gesetzter Ziele.

In diese Richtung ging eine Anmerkung, die dazu aufforderte, sich nicht länger gegen die politisch motivierten Vorgaben zu stemmen. Dies sei bereits jahrelang ohne durchschlagenden Erfolg versucht worden. Man könne zwar weiterhin versuchen, die Entscheider auf der politischen Ebene zu überzeugen, müsse jedoch auch zur Kenntnis nehmen, dass in der Politik andere Vorstellungen herrschten. Vor diesem Hintergrund erscheine es wenig aussichtsreich, weiterhin gegen diese Vorstellungen zu intervenieren. Vielmehr solle dazu übergegangen werden zu überlegen, wie derartige Kriterien vernünftig organisiert werden könnten. Wenn damit zugleich erreicht werden könne, dass der vergaberechtliche Flickenteppich durch die Landesvergabegesetze in Deutschland verkleinert werde, sei es umso besser.

Die Politik selbst sei auch gefordert. NRW habe beispielsweise in der Staatskanzlei eine Stelle eingerichtet, um Kommunen zu unterstützen. Es sei notwendig, dass die kommunale und die Landesseite dahingehend un-

terstützend wirkten, dass notwendige Formulare und Unterlagen für die Erfüllung bestimmter Kriterien einheitlich erstellt würden, so dass sie mit möglichst wenig bürokratischem Aufwand ausgefüllt werden könnten. Sicherlich bleibe auch dann immer noch eine Grauzone. Aber es gebe auch bestimmte Bereiche, in denen es Vorgaben und Siegel für die gesamte Produktionskette gebe.

In der vergaberechtlichen Praxis stießen die politischen Vorgaben nach wie vor auf harsche Kritik. Selbst wenn man Kriterien wie den Mindestlohn und die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen grundsätzlich für richtig halte, sei es immer noch der falsche Weg zum richtigen Ziel. Denn ein Handwerker oder ein Mittelständler, der verpflichtet sei zu überprüfen, wo Baustoffe oder andere Materialien herkämen bzw. unter welchen Umständen sie gewonnen worden seien, empfinde dies als extrem unfair, weil er nicht über entsprechende Möglichkeiten der Nachprüfung verfüge. Hinzu trete, dass ein Verstoß gegen die Vorschriften, deren Einhaltung oft nicht überprüfbar sei, mit der Kündigung des Vertrags, einer Vertragsstrafe und dem Ausschluss von weiteren Aufträgen geahndet werde. Für ein Unternehmen könne dies existenzbedrohend sein.

Ein Vergabegesetz wie beispielsweise in NRW werde zudem als diskriminierend angesehen, weil es sich auf bestimmte Branchen konzentriere. Während z.B. von Baufirmen verlangt werde, Maßnahmen zur Schaffung von Arbeitsplätzen oder Kinderhorten sowie andere familienfördernde Maßnahmen vorzuhalten, seien andere Industrien/Branchen nicht betroffen.

Hinzu komme, dass immer höhere Anforderungen an Vergaben auch die öffentlichen Auftraggeber überforderten. Müsse beispielsweise bei der Vergabe von Straßenbauleistungen auch die Umweltfreundlichkeit der eingesetzten Maschine, z.B. ein Partikelfilter, den es für manche Baugeräte gar nicht gebe, bewertet werden, müsse ein Vergabebeamter beurteilen können, ob ein Kompressor mit Diesel oder ohne, mit Partikelfilter oder elektrisch umweltfreundlicher sei und wie das jeweils gewertet werde.

Gegen die ausufernden landesrechtlichen Regelungen im Vergaberecht wurden die hohen Hürden für bundesweit anbietende Unternehmen angeführt. In beinahe allen Bundesländern existierten Tariftreue- und Vergabegesetze, die in manchen Punkten ähnlich aber nicht gleich seien. Diese seien der wahre Grund für die Zersplitterung des Vergaberechts, für die ungerechtfertigterweise die Kaskade verantwortlich gemacht werde. Den Praktiker störe die Kaskade aber nicht, weil er beispielsweise für Bauauf-

träge die VOB/A und die VOB/B anwende, die in jedem Bundesland gleich seien. Für Unternehmen, die bundesweit anböten, sei insbesondere die Beachtung der unterschiedlichen Landesvergabegesetze problematisch. Sie müssten sich – in Mittelstand oder Handwerk oft ohne eigene Rechtsabteilung – auf immer neue Bedingungen einstellen. Das habe schon dazu geführt, dass z.B. im Bereich der Stadt Bonn bei einer Ausschreibung keine Firmen mehr angeboten hätten.

Für die Praxis besonders wichtig sei zudem, dass auch nach erfolgtem Zuschlag die Einhaltung der Vorgaben kontrolliert werde. Die praktische Erfahrung zeige, dass viele Kommunen trotz zusätzlicher Anforderungen weiterhin grundsätzlich an den billigsten Bieter vergeben, ohne, dass Arbeitsbedingungen, Bezahlung, Umweltschutzbedingungen und Arbeitssicherheitsbedingungen später überprüft würden. Dies verzerre den Wettbewerb.

Resümee

Dr. Mark von Wietersheim

Geschäftsführer des forum vergabe e.V.

Die zweiten forum vergabe Gespräche in Fulda, zum zweiten Mal ein Zuwachs an Teilnehmern. Es ist daher nicht besonders mutig zu behaupten, dass sich Fulda als Durchführungsort bewährt und etabliert hat. Natürlich hatten wir auch Glück: Das langfristig geplante Programm hat zum richtigen Zeitpunkt den richtigen Schwerpunkt. Die Modernisierung der EU-Vergaberichtlinien hat die meisten Hürden genommen, die Verabschiedung erscheint im Moment als ein rein formaler Akt.

Wie bei jedem Gesetzgebungsvorhaben werden auch bei den EU-Vergaberichtlinien gute und schlechte Erfahrungen, neue wirtschaftliche und politische Herausforderungen, Fortschritte und Rückschritte ebenso verarbeitet wie „Sekundär-Faktoren", wie die Erfahrungen mit der Euro-Krise. Es ist daher kein Wunder, dass „sich das Rad weiter schnell dreht", auch wenn scheinbar manchmal nur „das Pendel zurückschlägt".

Ob sich diese Entwicklung beschleunigt und ob die Zahl der vergaberechtlichen Entscheidungen hierzu beiträgt, ist jedenfalls nicht den Beteiligten am Vergaberecht zuzurechnen. Bei der Gesetzgebung werden die gewählten Vertreter der Bürger tätig, die Rechtsprechung wird angestoßen von Unternehmen, die von ihrem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz Gebrauch machen. Dies mag man bedauern, aber – um den ersten Vortrag dieser Veranstaltung von Herrn Dr. Werner und sein Zitat von Karl Lagerfeld aufzugreifen: „Wenn Du anfängst, die Zeit in der Du lebst, zu kritisieren, ist Deine Zeit vorbei."

Daher betrachten wir es jedenfalls als unsere Aufgabe, Ihnen und allen am Vergaberecht Beteiligten bei der Entwicklung des Vergaberechts vor allem die Chancen und Entwicklungsmöglichkeiten anzubieten, wobei natürlich auch die Diskussion über etwaige Fehlentwicklungen nicht ausgespart werden darf.

Unser Dank gilt den Referenten, ohne die wir diese Veranstaltung nicht hätten durchführen können, Ihnen, unseren Teilnehmern, weil ohne Ihre Beiträge und Ihre vielen Gespräche diese Veranstaltung sinnlos gewesen wäre und den Sponsoren, ohne die unsere Arbeit als forum vergabe deutlich schwieriger wäre.

Wir freuen uns auf die nächsten forum vergabe Gespräche 2015, vom 22. bis 24. April 2015.

Fachtagung — DeVaUpdate Seite 3

Die eVergabe kommt - und vieles andere auch...

FULDA. Zum zweiten Mal fanden die forum vergabe Gespräche in Fulda statt. Bevor sich die Teilnehmer mit den neuen EU-Vergaberichtlinien beschäftigten, wurde ein neuer Vorstand gewählt. Auf den bisherigen Vorstandsvorsitzenden Martin Zeil, ehemaliger Wirtschaftsminister in Bayern, folgt der nordrhein-westfälische Wirtschaftsminister Garrelt Duin.

Eigens zum Gespräch mit den Teilnehmern der forum vergabe Gespräche reiste aus Brüssel Joaquim Nunes de Almeida in die Domstadt. In einem Impulsvortrag erläuterte der Direktor der Abteilung Vergabewesen der Generaldirektion Binnenmarkt die Zielsetzungen der drei Vergaberichtlinien. Dabei stellte er stets den Zusammenhang zu den deutschen Vergabeordnungen her und machte deutlich, dass vieles, was in Deutschland bereits selbstverständlich sei, in anderen europäischen Staaten noch geregelt werden muss. Dies erkläre auch, warum viele Neuregelungen getroffen wurden. Die Teilnehmer äußerten teils Zustimmung und teils Skepsis zu den Vergaberichtlinien. Ein Hauptkritikpunkt, der jedoch nicht unmittelbar mit den neuen Richtlinien zusammenhängt, war die Komplexität der Vergabeverfahren, die durch die vielen verschiedenen Regelungen wie Landesvergabegesetze immer größer werde. Dr. Hans-Joachim Prieß wiederholte daher seine Forderung von den letzten forum vergabe Gesprächen, ein Bundesvergabegesetz zu schaffen und damit bundesweit verbindliche und einheitliche Regelungen zu schaffen. Rund die Hälfte der Teilnehmer applaudierte diesem Vorschlag – deutlich mehr als vor eineinhalb Jahren. Die verpflichtende Einführung der eVergabe wurde allgemein akzeptiert und gutgeheißen.

In zwei Workshops hatten die Teilnehmer Gelegenheit, einzelne Aspekte des Vergabewesens zu vertiefen und diese zu diskutieren. Während sich eine Gruppe mit Kartellrecht und den Problemen der Selbstreinigung beschäftigten, widmete sich die andere Gruppe unter der eloquenten Moderation von Norbert Portz, Beigeordneter beim Deutschen Städte- und Gemeindebund, der Nachhaltigkeit als Aufgabe öffentlicher Beschaffer. Tenor war, dass Nachhaltigkeit ein Thema sein muss, aber seitens der Bieterschaft stellte Martin Fischer als Vertreter des ZVEI in Frage, ob der Nachhaltigkeitsaspekt in jeder Ausschreibung sinnvoll oder sinnvoll umgesetzt sei.

Die Tagung endete am Freitag mit der Frage, ob die Zukunft des Vergaberechts in den Tariftreue- und Vergabegesetzen liege. Vielleicht findet sich eine abschließende Antwort darauf bei den 17. forum vergabe Gesprächen, die vom 22. bis 24. April 2015 in Fulda stattfinden.
Weitere Informationen gibt es unter www.forum-vergabe.de.

Deutsche eVergabe — eine Marke der Healy Hudson GmbH

Behörden Spiegel / Oktober 2013 — Vergaberecht — Seite 37

Das Wie ist entscheidend

Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien in Deutschland

(BS/Jörn Fieseler) Die Europäische Union hat die Vergaberichtlinien beschlossen, die Frage der Umsetzung wird derzeit nicht nur von den Verantwortlichen in den Ministerien diskutiert, sondern war auch ein wesentlicher Bestandteil der 16. forum Vergabe Gespräche 2013 in Fulda. Drei Möglichkeiten sind dabei denkbar.

"Mit den neuen Richtlinien liegt ein sehr detailliertes "single rule book" für den kompletten Vergabeprozess vor", sagte *Christian Dobler*, Leiter der Unterabteilung Wettbewerbs- und Strukturpolitik im Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi). Daher stelle sich bei der Umsetzung die Frage, welche Spielräume genutzt würden, in welcher Form die Richtlinien in deutsches Recht umgewandelt werden und ob es zusätzliche Regelungen braucht, wie bspw. ein Korruptionsregister oder Vorgaben für Statistiken ober- und unterhalb der Schwellenwerte.

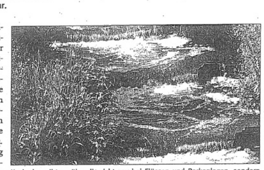
Raus aus dem GWB?

Aufgabe der Wissenschaft sei es, mit einer modernen Sichtweise die Umsetzung zu begleiten, erläuterte *Prof. Dr. Manfred Burgi*, von der Münchener Ludwig-Maximilians-Universität. "Heute besteht für das Vergaberecht die Möglichkeit, einige schützende Eierschalen abzulegen", beurteilt der Jurist die Situation und stellte die Frage, ob das Vergaberecht weiter im GWB bleiben müsse oder ob es ein eigenständiges Vergaberecht gebe. Im GWB sei das Vergaberecht durch das Kartellrecht eingezwängt. Neue Regelungen können nur mit a-, b- oder c-Artikeln beziehungsweise mit weiteren Absätzen eingefügt werden, was beides zu einer größeren Unübersichtlichkeit führe. Ein Vorschlag, der einigen Teilnehmern überlegenswert erschien, aber nicht die Hauptfrage in struktureller Hinsicht sei. Dies, so *Burgi*, ist die Frage, ob die Umsetzung im bestehenden System erfolge oder ob die Kaskadenstruktur abgeschafft werde.

Alles beim Alten...

"Der BDI tritt dafür ein, die Umsetzung des Richtlinienpaketes im bestehenden System vorzunehmen", sagte als "Stimme der Wirtschaft" *Niels Lau*, Abteilungsleiter Wettbewerb, Öffentliche Aufträge und Verbraucher beim Bundesverband der deutschen Industrie (BDI). Das Vergaberecht unterliege einem stetigen Wandel, insbesondere durch die Gesetzesinitiativen auf Landesebene. Die in den Vergabeausschüssen erarbeiteten Vergabeverordnungen seien die einzige Konstante, betonte *Lau*. "Die unmittelbare Einbindung der anbietenden Wirtschaft erhöht einerseits die Akzeptanz der Unternehmen hinsichtlich der Regelungen der Vergabeverordnungen und führt dazu, Expertise direkt aus der unternehmerischen Praxis für das Vergaberecht nutzbar zu machen." Außerdem sei nicht ersichtlich, warum ausgerechnet jetzt der Zeitpunkt der Zusammenlegung gekommen sei, wenn bei der Harmonisierung der damaligen Koordinierungsrichtlinien im Jahr 2004 die Umsetzung ebenfalls im bestehenden System erfolgte.

Auch der Deutsche Städte- und Gemeindebund spricht sich für die Beibehaltung der Trennung zwischen der Gesetzesebene des Vergaberechts im Oberschwellenbereich (Drittschützendes Wettbewerbsrecht) und dem als Haushaltsrecht geregelten Vergaberecht unterhalb der EU-Schwellenwerte aus: "Für ein Vergabegesetz im Unterschwellenbereich fehlt dem Bund wegen der insoweit gegebenen Gesetzeszuständigkeit der Länder für das Haushaltsrecht auch die Kompetenz", erklärte *Norbert Portz*, Beigeordneter im DStGB. Zudem führe ein einheitliches



Kaskaden gibt es überall, nicht nur bei Flüssen und Parkanlagen, sondern auch im Vergaberecht. Ob die Normenkaskade jedoch weiterhin bestehen bleibt, wird angesichts der Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien diskutiert. Foto: BS/Liza Litsch/Pixello

Vergabegesetz im Ergebnis zur Ausdehnung eines vom DStGB abgelehnten vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes unterhalb der EU-Schwellenwerte. *Portz* mahnt demgegenüber aus Sicht der Praxis dringend erforderliche Harmonisierungen im bestehenden System an. VOB/A, VOL/A und VOF weichen an zahlreichen Stellen auch dort voneinander ab, wo es – wie etwa bei der Regelung über die Nachforderung fehlender Erklärungen oder Nachweise – in der Sache nicht begründbar ist. "Ziel müssen daher gleiche Regeln für gleiche Sachverhalte sein", verlangte *Portz*. Damit verbunden ist nicht nur eine verbesserte Abstimmung innerhalb der verschiedenen Vergabeausschüsse. *Portz* fordert zudem eine sehr viel transparentere und effizientere Arbeit der Ausschüsse selbst. Insbesondere der für die VOL/A zuständige DVAL müsse durch eine Umstellung vom Einstimmigkeits- auf das Mehrheitsprinzip effizienter werden.

... oder ein neues Regelwerk?

"Wo ist der Unterschied, ob der Vergabeausschuss oder der Gesetzgeber eine Verordnung erlässt?", fragte hingegen *Daniel Zielke* von der Healy Hutson GmbH. Und auch *Dr. Hans-Joachim Prieß* von Freshfields Bruckhaus Dehringer LLP merkte an, dass die Verdingungsordnungen seit den 1920er-Jahren bestünden, dies aber keineswegs die nächsten 100 Jahre so bleiben müsse. Noch deutlicher wurde *Thomas Schabel*, Rechtsanwalt bei der Sozietät Kraus, Sienz & Partner: "Wenn sich die Vergabe- und Vertragsordnungen bewährt haben, warum gibt es dann so viele Kommentare dazu? Das Kaskadensystem ist am Ende", so der Rechtsanwalt, der ein einheitliches, klares und knappes Vergabegesetz fordert. Ebenso spricht sich *Jochem Gröning*, Richter am Bundesgerichtshof in Karlsruhe, für eine umfassendere gesetzliche Verankerung des Vergaberechts aus, anders als im gegenwärtigen System mit den Vergabe- und Vertragsordnungen: "Für das Demokratieverständnis ist es wünschenswert, wenn das Parlament mehr direkten Einfluss auf die Rechtsetzung im Vergaberecht hat." Außerdem sei es seiner Meinung nach sinnvoll, eine einheitliche Regelung zu schaffen, welche die gesamten Bau-, Liefer- und Dienstleistungen umfasse.

Timm R. Meyer, Rechtsanwalt bei der Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH fokussiert auf eine praxisnahe Umsetzung. Vor allem den "Rückfall in die Kleinstaaterei", mit dem Splitting in ein Landes- und Bundesvergaberecht, gelte es zurückzunehmen. Der Bund habe jedoch keine Gesetzgebungskompetenz unterhalb der Schwellenwerte, bemerkte *Burgi*. Dafür seien einzig die Länder zuständig.

Meyers Wunsch erteilten *Harald Hetman* vom Finanzministerium NRW und *Jasmin Deling* aus dem Düsseldorfer Ministerium für Wirtschaft, Energie, Bauen, Wohnen und Verkehr eine Absage. "Eine bundeseinheitliche Regelung ist zwar rechtstheoretisch zu bevorzugen. Ich vermute allerdings, dass die Länder auch weiterhin eine Regelung bevorzugen werden, die es ihnen erlaubt, eigene politische Schwerpunkte zu setzen", so *Hetman*. "Sowohl für die Umsetzung im bestehenden System als auch für eine Neuausrichtung gibt es gute Argumente", so *Deling*. Letztendlich bleibe es eine politische Entscheidung.

"Die Frage der Umsetzung ist zwischen dem BMWi und dem Bundesbauministerium (BMVBS) zu diskutieren", stellte *Dobler* klar, dabei würden, wie in jedem anderen Verfahren auch, sämtliche relevanten Stakeholder einbezogen werden.

Reform ante portas

Die 16. forum vergabe Gespräche – Der aktuelle Tagungsbericht

Rechtsanwalt Oliver Hattig,
Hattig und Dr. Leupolt Rechtsanwälte, Köln

Der Zeitpunkt hätte günstiger gar nicht sein können: Kurz vor ihrer Verabschiedung bildete die Reform des EU-Vergaberechts beinahe den natürlichen Mittelpunkt der 16. Gespräche des forum vergabe. Die renommierte Tagung machte vom 18.–20.09.2013 zum zweiten Mal in Fulda Quartier. Und: Die hessische Barockstadt war wieder eine Reise wert. Die Zahl der Teilnehmer bleibt nach wie vor auf Rekordniveau, die Orangerie am Schlosspark bleibt ein würdiger Rahmen – vor allem aber bleibt das Fuldaer Forum eine lebendige Veranstaltung mit engagierten Vorträgen und kontroversen Diskussionen. Der aktuelle Tagungsbericht.

Die anstehende Reform der EU-Vergaberichtlinien haben Europäisches Parlament und Europäischer Rat unter Begleitung der Europäischen Kommission in den sogenannten Trilog-Verhandlungen erfolgreich verhandelt. Die formelle Verabschiedung steht damit praktisch fest. Besser also hätte der Zeitpunkt kaum sein können, zu dem Joaquín Nunes de Almeida, Direktor Vergabewesen der Generaldirektion Markt der Europäischen Kommission, die Richtlinienentwürfe aus Sicht der Kommission am ersten Tag der Tagung (19.09.) in Fulda vorstellte. Am Vorabend (18.09.) hatte Rechtsanwalt Dr. Klemens Werner (ehem. Geschäftsführer des Fachverlag der Verlagsgruppe Handelsblatt) in seiner aufschlussreichen Eröffnungsrede sozusagen einen Abgesang auf die Fachmedien in gedruckter Form angestimmt. Gedruckte Bücher, Fachzeitschriften und Zeitungen hätten keine Zukunft mehr, so Werner, der auch davon ausging, dass es die meisten Zeitungs- und Fachverlage in 10 oder 15 Jahren nicht mehr geben werde.

Reform soll EU-Vergaberecht zukunftsfest machen

Anders als von Dr. Werner für das Verlagswesen prophezeit, ging es in Fulda die nächsten Tage aber nicht um die fehlende, sondern die ganz nahe Zukunft des Vergaberechts. Schließlich werden die

Gröning auf dem Podium – vor allem der Anwendungsbereich des Vergaberechts – Stichwort: interkommunale Kooperati-
…nen und Inhouse-Geschäfte – und die
…msetzung der neuen Richtlinien in das
…eutsche Vergaberecht im Vordergrund.
…uch der Wissenschaftliche Beirat des
…rum vergabe widmete sich in seiner
…chfolgenden ersten öffentlichen Sit-
…g den Entwürfen zu den neuen Richt-
…en. Unter der Moderation von Profes-
…Meinrad Dreher setzten die anwesen-
…Mitglieder des Beirates, Professorin
… Gurlit (Universität Mainz), Profes-
…artin Burgi (Universität München)
…rofessor Trybus (Universität Bir-
…am) jeweils eigene Schwerpunkte
…n Analysen. Weitere Mitglieder
…ssenschaftlichen Beirates sind üb-
…Professor Holoubek (Wirtschafts-
…ität Wien) und Professor Wollen-
… (Universität Augsburg).

…te Reform stößt auf …s Echo

…eform des EU-Vergaberechts
…roße Wurf oder bloß Stück-
…eder noch", hieß die Ant-
… aus Fulda nach Brüssel
…er Vertreter der EU-Kom-
…aquín Nunes de Almeida,
…n seinem Schlusswort, er
…e Menge Hausaufgaben
…l mit. De Almeida ließ
…kennen, dass die Kom-
… durch die geänderten
…omöglich neu auftreten-
…sicherheit durch Mittei-
…nlichen, die Gesetzge-
…nden Instrumenten be-

…a betonte noch einmal
…ngen, denen eine Re-
…chen Auftragswesens
…die Probleme, die Ru-
…icht die von Schwe-
… der Trilog-Verhand-
…n Kompromiss aller
…s Ergebnis sei je-
…nicht schlecht, hob
…rvor.

…d im Auditorium
… auf ein geteiltes
…tzgebungsverfah-
…ansparent" (Gur-
…ritisiert, der „ext-
…EU-Kommission
…n, vielleicht ein
…difizierungsvor-
…e Rechtsanwalt
…wirke etwa das
…tigung politi-
…ele insgesamt

überhastet und nicht genügend ausdiskutiert.

„Ziele der Vereinfachung und Entbürokratisierung wurden verfehlt"

Einfacher und unbürokratischer dürfte die öffentliche Auftragsvergabe auch in Zukunft nicht werden. Dass die Reform diese – von Nunes de Alemida noch einmal herausgestellten – Ziele verfehlen wird, darüber herrschte auf dem Podium weitgehende Einigkeit. Das „Entschlacken" der Regelungen sei nicht gelungen, brachte es Professor Trybus auf den Punkt. Namentlich das Zusammenspiel der Kriterien für die Zuschlagserteilung und hier vor allem die Berücksichtigung der Lebenszykluskosten sei bürokratielastig, kritisierte auch BGH-Richter Gröning. Die Reform führe insgesamt nicht zur Vereinfachung, sie sei durch den immensen Zeitdruck diktiert worden, obwohl man überhaupt keine echten Erkenntnisse über die Nachhaltigkeit der letzten Reform habe, fand Rechtsanwalt Lau in seinem Resümee ebenso klare Worte. Auch den „in letzter Minute gefundenen" Kompromiss zur Freistellung der Inhouse-Geschäfte vom Vergaberecht, bei denen zukünftig die mittelbare Beteiligung von privatem Kapital zulässig sein soll, brandmarkte Gröning als „Sündenfall". Rechtsanwalt Lau bewertete die Ausnahmeregelung als „besonders negativ", da diese gravierend von der bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ab, die eben keine – wie auch immer geartete – Beteiligung privaten Kapitals an der zu beauftragenden Einrichtung zulässt.

Streitthema „Strategische Ziele"

Pragmatisch betrachtete Ministerialrat Christian Dobler vom BMWI die Richtlinienentwürfe: Diese stellten Kompromisse dar und könnten daher niemals die perfekte Lösung sein, auch stünden die Reformziele der Vereinfachung und der Entbürokratisierung sozusagen in einem natürlichen Widerspruch zu den sogenannten strategischen Zielen. In seiner Bewertung der Richtlinien lobte Dobler vor allem, dass mit den neuen Richtlinien insgesamt mehr Rechtssicherheit, aber auch mehr Flexibilität erreicht worden sei. Da die von der Kommission geförderten strategischen Ziele nach wie vor stets einen Bezug zum Auftragsgegenstand aufweisen müssten, könne man am Ende des Tages auch mit dieser Lösung leben, meinte Dobler.

Einen Schritt zu mehr Flexibilität sah auch BGH-Richter Gröning in der Stärkung der Verhandlungsmöglichkeiten.

Reform des EU-Vergaberechts

Mehr Rechtssicherheit, Transparenz, Wettbewerb – und mehr Bürokratie

Die EU-Kommission will bis Ende des Jahres neue Richtlinien für das EU-Vergaberecht festklopfen. Auf dem 16. Forum „Vergabe-Gespräche" in Fulda wurden die Neuerungen kontrovers diskutiert. Klar ist: Für Vergabestellen und Bieter werden die Verfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte nicht einfacher, auch wenn die EU ursprünglich mit diesem Ziel angetreten ist.

Von Wolfgang Leja

Fahnen vor der EU-Kommission in Brüssel: Um die Reform des Vergaberechts haben Kommission, Parlament und Ministerrat hart gerungen. FOTO: DPA

BRÜSSEL/FULDA. Rund 1000 Seiten Papier liegen auf dem Tisch: das Ergebnis eines langwierigen Prozesses. Im Trilog-Verfahren haben sich Kommission, Parlament und Ministerrat der EU auf überarbeitete Richtlinien im EU-Vergaberecht geeinigt. „Es ist ein Kompromiss", sagte Joaquim Nunes de Almeida, der bei der EU-Kommission für das Vergabewesen zuständig ist.

„Wir hatten intensive Debatten über die Vergabe von Aufträgen im Bereich Wasser oder die Berücksichtigung sozialer Kriterien", berichtete er auf der Veranstaltung des Forums Vergabe vergangene Woche in Fulda. Man müsse aber bedenken, dass eine Reform für einen großen Markt wie dem der EU sehr anspruchsvoll sei. Man müsse dabei auch Probleme von Staaten wie Rumänien mit viel Korruption ebenso im Blick haben wie jene von fortschrittlichen Staaten wie Schweden, so der Jurist.

EU legt drei separate Richtlinienentwürfe vor

Mit ihrer Ende 2011 angestoßenen Reform hat die Kommission ein „Legislativpaket Vergaberecht" vorgelegt, das drei separate Richtlinienentwürfe enthält: je eine Neufassung der Richtlinie für klassische öffentliche Auftraggeber sowie für Sektorenauftraggeber und eine neue Richtlinie über die Konzessionsvergabe.

Die Novelle des EU-Vergaberechts führt nicht zu einer Vereinfachung, fürchtet man beim Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI). „Der Zeitdruck ist unnötig", sagte Niels Lau, Jurist beim BDI. Zumal die letzte Reform von 2004 erst wenige Jahre zurückliege.

Ein zentrales Anliegen der EU-Kommission ist, dass Vergabestellen strategische Politikziele verfolgen dürfen – bislang bekannt unter dem Begriff „vergabefremde Aspekte". Dabei geht es um die Frage, inwieweit Vergabestellen Kriterien wie Umweltschutz oder soziale Kriterien bei ihren Vergabeentscheidungen berücksichtigen können. Kritiker warnen, dass damit das Vergaberecht überfrachtet werde, sodass es in der Praxis kaum noch handzuhaben ist. Als Kompromiss sehen die Richtlinien daher künftig eine stringente Verbindung zum Gegenstand des zu vergebenden Auftrags vor.

Auf diese Weise soll das primäre Ziel des Vergaberechts, die wirtschaftliche Beschaffung der öffentlichen Hand, gewahrt werden. Angaben, wie dies konkret zu handhaben ist, gibt es vonseiten der EU nicht. Es sei notwendig, in der Praxis erst einmal Erfahrungen damit zu sammeln, sagte EU-Jurist Almeida.

Kontrovers diskutiert wurde auch der Vorstoß der EU-Kommission, erstmals auch die Vergabe von (Dienstleistungs-)Konzessionen gesetzlich zu regeln. Jochem Gröning, Richter am Bundesgerichtshof in Karlsruhe, bezeichnete dies sogar als „Paradigmenwechsel". Die Vorteile einer gesetzlichen Regelung seien mehr Rechtssicherheit, Transparenz und Wettbewerb. BDI-Experte Lau befürchtet allerdings, dass dies Kommunen abhalten werde, Leistungen am Markt nachzufragen.

Christian Dobler, Ministerialdirigent im Bundeswirtschaftsministerium, begrüßte die neuen Regelungen zur Zusammenarbeit öffentlicher Stellen. Das biete mehr Rechtssicherheit, sagte er. Bislang existierten weder auf europäischer noch auf nationaler Ebene Vorschriften darüber, wann bei einer interkommunalen Zusammenarbeit das Vergaberecht gelte und wann nicht.

Almeida erläuterte dazu: „Wenn eine kleine Gemeinde in Italien nicht genügend Schneeräumfahrzeuge zur Verfügung hat, im Nachbarort dagegen aber welche vorhanden sind, wäre es doch absurd, eine Zusammenarbeit nicht zuzulassen." Die Schwierigkeit dabei sei, dass der öffentliche Sektor nicht machen könne, was er wolle.

Als zentrale Frage bei der Umsetzung nannte Ministeriumsexperte Dobler die Schaffung eines Korruptionsregisters. Ein entsprechendes Gesetz werde man in Deutschland aufgreifen. Es sei bislang von allen Parteien begrüßt worden.

Skeptisch ist man im Bundeswirtschaftsministerium dagegen, was die Einführung von Lebenszykluskosten anbetrifft: „Es besteht die Gefahr der Überbürokratisierung in den Vergabeverfahren", sagte Dobler. Auftraggeber müssten die ihren Berechnungen zugrundeliegenden Daten nennen und die Methoden offenlegen, nach denen sie Lebenszykluskosten berechneten. Hier werde Transparenz erkauft durch einen hohen bürokratischen Aufwand, so Dobler. Die Berücksichtigung der Lebenszykluskosten ist nach jetzigem Vergaberecht bereits möglich, ergänzte BDI-Experte Lau.

Schwellenwert für Dienstleistungen auf 750 000 Euro angehoben

Ein negativer Aspekt der Reformpläne ist laut BDI-Jurist Lau die Erhöhung des Schwellenwerts für die Vergabe von Dienstleistungen. Das betrifft Dienstleistungen etwa im Gesundheits- und Sozialwesen sowie administrative Dienstleistungen im Bildungs-, Gesundheits- und kulturellen Bereich.

Die bisherige Unterscheidung zwischen A- und B-Dienstleistungen wird aufgehoben. Stattdessen soll der Schwellenwert von 200 000 auf 750 000 Euro angehoben werden. Diese erleichterte Regelung sieht künftig eine Vorabbekanntmachungspflicht vor. Mit der Neuregelung soll der Besonderheit der sozialen Dienstleistungen, die in der Regel geringe Binnenmarktrelevanz besitzen, Rechnung getragen werden. „Hier wird ein Freiraum geschaffen, der vorher nicht da war", lobte Dobler.

Voraussichtlich Ende 2013 soll das EU-Parlament – und sodann der Ministerrat – die Einigung annehmen. Die überarbeiteten Richtlinien könnten dann voraussichtlich in der ersten Jahreshälfte 2014 in Kraft treten. Sie sind binnen 24 Monaten von den Mitgliedsstaaten umzusetzen.

Forum Vergabe: Meinungsaustausch unter Praktikern fördern

Das Forum Vergabe wurde 1993 gegründet. Der Verein mit Sitz in Berlin hat gut 500 Mitglieder – Organisationen, Verbände, Unternehmen, Personen – vorwiegend aus Deutschland, aber auch aus Österreich und der Schweiz.

Die Mitglieder kommen aus allen mit Fragen des öffentlichen Auftragswesens befassten Kreisen – Bund, Länder, Kommunen, Wirtschaft, Wissenschaft, Gerichte, Vergabekammern, Anwaltschaft, Berater, Fachmedien.

Das Forum Vergabe hat sich zum Ziel gesetzt, einen Informations-, Erfahrungs- und Meinungsaustausch unter Praktikern zu aktuellen Themen des nationalen und internationalen öffentlichen Beschaffungswesens zu fördern.

MEHR ZUM THEMA
Einen Überblick zur EU-Reform gibt das Bundeswirtschaftsministerium unter:
www.bmwi.de/Dateien/BMWi/PDF/Monatsbericht/Auszuege/03-2013-eu-vergaberecht,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf

Das forum vergabe bedankt sich bei allen Sponsoren für die Unterstützung der forum vergabe Gespräche 2013

Allen & Overy LLP

Aulinger Rechtsanwälte

avocado rechtsanwälte

Baker & McKenzie

beck-online Verlag C.H. Beck

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Boesen Rechtsanwälte

Bundesanzeiger Verlag GmbH

Clifford Chance

CMS Hasche Sigle Rechtsanwälte Steuerberater

cosinex GmbH

Deutsche Bahn AG

Deutsche eVergabe

FPS Rechtsanwälte & Notare

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

Gleiss Lutz

GÖRG Rechtsanwälte

Graf von Westphalen

HFK Rechtsanwälte LLP

Hogan Lovells

K&L Gates LLP

lindenpartners Partnerschaft von Rechtsanwälten

Linklaters LLP

LLR Legerlotz

Müller-Wrede & Partner Rechtsanwälte

Orrick Hölters & Elsing

Siemens AG

Taylor Wessing

Wegweiser Media & Conferences GmbH

Zirngibl Langwieser Rechtsanwälte

ALLEN & OVERY

Expertise im Vergaberecht

Allen & Overy LLP ist eine internationale Anwaltsgesellschaft mit 525 Partnern und ca. 5.150 Mitarbeiter weltweit. Durch unser internationales Netzwerk mit 42 Standorten auf fünf Kontinenten sind wir in der Lage eine nahtlose Beratung in allen relevanten Praxisbereichen zu bieten. In Deutschland sind wir mit fünf Büros und insgesamt 210 Rechtsanwälten vertreten.

Im Bereich des Vergaberechts verfügt das Team um Dr. Olaf Otting über langjährige Erfahrung und breite Expertise. Wir beraten sowohl Bieter in Vergabeverfahren als auch Banken bei der Finanzierung öffentlich ausgeschriebener Projekte. Für öffentliche Auftraggeber strukturieren wir komplexe Vergabeverfahren. Wir beraten öffentliche Versorgungsunternehmen, Unternehmen im privaten Sektor und bei ÖPP-Projekten.

Unser Team verfügt über umfangreiche Erfahrung im Bereich der regulierten Industrien, insbesondere im Energie-, Infrastruktur- und Verkehrssektor sowie im Bereich der Verteidigung, des Gesundheitswesens und der Immobilienwirtschaft. Wir beraten bei der Umsetzung neuer europarechtlicher Regulierungsansätze und führen Grundsatzverfahren. Durch das internationale Netzwerk der Kanzlei können wir auch grenzüberschreitende Großprojekte begleiten.

Dr. Olaf Otting
Partner - Frankfurt am Main
Tel +49 69 2648 5466
olaf.otting@allenovery.com

Allen & Overy LLP in Deutschland: Düsseldorf | Frankfurt | Hamburg | Mannheim | München

© Allen & Overy LLP 2013 www.allenovery.de

AULINGER
RECHTSANWÄLTE I NOTARE

VERGABERECHT

AULINGER ist eine der führenden Kanzleien für Wirtschaftsrecht in der Metropole Ruhr. Unsere Anwälte und Notare in den Büros in Bochum und Essen betreuen mittelständische Unternehmen, Konzerne, Privatpersonen und die öffentliche Hand – in ganz Deutschland und darüber hinaus. Im Vergaberecht beraten wir öffentliche Auftraggeber sowohl im Bau- als auch im Dienstleistungsbereich. Unsere Expertise umfasst anspruchsvolle PFI- und PPP-Hochbauprojekte ebenso wie die Privatisierung hoheitlicher Aufgaben (bspw. der Abfall- oder Abwasserentsorgung). Wir verfügen über umfangreiche Kenntnisse in der Strukturierung und Durchführung von Bietprozessen von Unternehmen, die als Sektorenauftraggeber tätig sind. Bieter von Vergabeverfahren begleiten wir rechtlich während des Ausschreibungsprozesses und im Rahmen von Nachprüfungsverfahren. AULINGER steht Ihnen mit Fachwissen und Engagement zur Seite.

Ansprechpartner: Dr. Stefan Mager, Telefon +49 201 95986-0, www.aulinger.eu

avocado rechtsanwälte

berlin frankfurt hamburg köln münchen brüssel

avocado rechtsanwälte: ein junges und dynamisches Team von rund 50 hochspezialisierten Rechtsanwälten an den Standorten Berlin, Frankfurt, Hamburg, Köln und München sowie Brüssel, das als Full-Service-Wirtschafts-kanzlei ein breit gefächertes Spektrum anwaltlicher Dienstleistungen anbietet.

Die Praxisgruppe „Öffentliches Wirtschaftsrecht" deckt unter anderem die Fachgebiete Vergabe- und Privatisierungsrecht, Umweltrecht, Kartellrecht, Europäisches Beihilferecht, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Europäisches Recht ab.

Das Vergaberecht ist einer der strategischen Schwerpunkte von avocado rechtsanwälte. Eine umfassende Beratung erfolgt dabei insbesondere im Bereich der Ver- und Entsorgungswirtschaft, der Bauwirtschaft, der Freizeit- und Tourismusindustrie, des ÖPNV, der Ausschreibung von IT-Leistungen, Rettungsdienstleistungen, Reinigungsdienstleistungen, Lieferleistungen und Infrastrukturmaßnahmen sowie im Rahmen von PPP-Projekten. Die Vergaberechtler erhalten bei ihrer Tätigkeit häufig Unterstützung von kompetenten KollegInnen aus anderen Fachbereichen, namentlich dem Umweltrecht, dem Immobilien(wirtschafts)recht und der IT-Praxisgruppe, die jeweils eine exzellente Reputation genießen und über langjährige Erfahrung in der Begleitung von IT-Projekten, Infrastrukturmaßnahmen, Immobilientransaktionen und Projektentwicklungen sowie im Anlagenbau verfügen.

Kontakt:

Markus Figgen
Dr. Bettina Ruhland
Dr. Rebecca Schäffer, MJI
Telefon: 0221 / 39 07 11 13
E-Mail: koeln@avocado.de

Internet: www.avocado.de

Wir werden immer dann gefragt, wenn es besonders anspruchsvoll wird.

BAKER & MCKENZIE

Vergaberecht bei Baker & McKenzie – Anspruchsvolle Materie, hohe Spezialisierung

Unsere Mandanten erwarten von uns hervorragende Expertise, wissenschaftlich exzellente und stets praktisch unmittelbar verwertbare Empfehlungen sowie eine hohe Reaktionsgeschwindigkeit. Schwierige und ungewöhnliche Fallgestaltungen sind bei uns die Regel, nicht die Ausnahme. Die Arbeit in unserem dynamischen Team ist durch herausfordernde Mandate mit oftmals starkem internationalen Bezug und sehr hohen Transaktionsvolumina gekennzeichnet.

Unser Vergaberechtsteam berät umfassend und auf höchstem Niveau zu allen vergaberechtlichen Fragestellungen. Neben der Vertretung von Unternehmen und Auftraggebern in Vergabe- und Nachprüfungsverfahren zählen dazu auch Privatisierungen sowie strukturierte Bieterverfahren und Beteiligungsveräußerungen der öffentlichen Hand. Dabei sind wir stets an der Entwicklung des Vergaberechts durch Veröffentlichungen, Vorträge und richtungsweisende Rechtsschutzverfahren beteiligt. Mit unserer europäischen Vergaberechtsgruppe, die gegenwärtig aus 40 Anwälten aus 18 verschiedenen Büros besteht, sind wir eine der wenigen Kanzleien, die auch hochkomplexe grenzüberschreitende Transaktionen mit vergaberechtlichem Bezug aus einer Hand begleitet.

Baker & McKenzie zählt heute mit mehr als 4.000 Anwälten an 74 Standorten zu den größten und leistungsstärksten Anwaltssozietäten der Welt. An unseren Standorten in Berlin, Düsseldorf, Frankfurt am Main und München vertreten über 200 Anwälte mit ausgewiesener fachlicher Expertise und internationaler Erfahrung die Interessen der Mandanten nicht nur in Deutschland, sondern auch über die Grenzen hinaus.

Ihr Ansprechpartner:

Baker & McKenzie
Partnerschaft von Rechtsanwaelten,
Wirtschaftspruefern, Steuerberatern
und Solicitors

Dr. Marc Gabriel, LL.M.
Friedrichstrasse 88/Unter den Linden
10117 Berlin
Tel.: +49 (0) 30 22 00 281 720
marc.gabriel@bakermckenzie.com

Die Baker & McKenzie - Partnerschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ist eine im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts Frankfurt/Main unter PR-Nr. 1602 eingetragene Partnerschaftsgesellschaft nach deutschem Recht mit Sitz in Frankfurt/Main. Sie ist assoziiert mit Baker & McKenzie International, einem Verein nach Schweizer Recht. Mitglieder von Baker & McKenzie International sind die weltweiten Baker & McKenzie-Anwaltsgesellschaften. Der allgemeinen Übung von Beratungsunternehmen folgend, bezeichnen wir als "Partner" einen Freiberufler, der als Gesellschafter oder in vergleichbarer Funktion für uns oder ein Mitglied von Baker & McKenzie International tätig ist. Als "Büros" bezeichnen wir unsere Büros und die Kanzleistandorte der Mitglieder von Baker & McKenzie International.

beck-online.DIE DATENBANK

Die Rechtsdatenbank beck-online (www.beck-online.de) aus dem Verlag C.H.BECK ist eine der führenden juristischen Online-Bibliotheken in Deutschland. Seit mehr als zehn Jahren setzen Kanzleien, Universitäten, Unternehmen, Behörden und Gerichte die Datenbank zur Recherche ein.

Der große Mehrwert von beck-online liegt in den über 1.200 verfügbaren Kommentaren und Handbüchern, die unmittelbar mit anderen Quellen wie Gesetzen, Gerichtsentscheidungen, Formularen, Arbeitshilfen und mehr als 150 Zeitschriften verlinkt sind. Neben dem umfangreichen Content-Angebot aus dem Hause C.H.BECK liefern rund 20 Verlagspartner Inhalte für die Datenbank. Mit seinen zahlreichen Fachmodulen zu allen Rechtsgebieten bietet beck-online für jeden Nutzer ein passendes und individuelles Angebot.

In technischer Hinsicht verfügt beck-online über eine ausgefeilte Suchlogik für die juristische Arbeitsweise. Bestes Beispiel dafür ist die Top-Navigation, mit der beck-online einmal mehr Schrittmacher bei den deutschen juristischen Datenbanken ist. Die Top-Navigation zeigt einschlägige Paragrafen an, selbst wenn diese nicht den Suchbegriff enthalten. Oder auch die bewährte intelligente Suchfunktion, die zum Beispiel bei der Eingabe "BGH" standardmäßig erkennt, dass nicht alle Dokumente, die den BGH erwähnen, sondern nur BGH-Entscheidungen gefunden werden sollen. Außerdem wird die Verlinkung des Datenbestands ständig verbessert, was die praktische Arbeit mit juristischen Texten enorm erleichtert. Ein umfangreicher Kommentar enthält oft über 100.000 Entscheidungszitate, die online mit einem Klick aufrufbar sind.

Die mobile Version von beck-online, einschließlich moderner, berührungsempfindlicher Touch-Oberfläche, erschließt den gesamten Inhalt auch für Smartphones und Tablets.

Mit den Portalen „Steuern und Bilanzen“ (www.steuern.beck.de), „beck-personal-portal“ (www.beck-personal-portal.de) und „beck-vahlen-online Wirtschaft“ (www.beck-vahlen-online.de) sprechen die Verlage C.H.BECK und Vahlen weitere Zielgruppen an.

Über den Verlag C.H.BECK

Der Verlag C.H.BECK ist der führende juristische Fachverlag in Deutschland. Mit seiner Datenbank beck-online, rund 9.000 gedruckten lieferbaren Werken, über 70 Fachzeitschriften und einer jährlichen Produktion von bis zu 1.500 Neuerscheinungen und aktualisierten Neuauflagen zählt C.H.BECK zugleich zu den großen Buch- und Zeitschriftenverlagen hierzulande.

Im Web 2.0 ist das traditionsreiche Verlagshaus unter anderem mit dem „beck-blog“ (www.beck-blog.de), der „beck-community“ (www.beck-community.de) und dem Facebook-Studentenportal „JuraStudent/In“ (www.facebook.com/JuraStudentIn) vertreten. Unter dem Dach der BeckAkademie veranstaltet C.H.BECK jährlich mehrere hundert Fortbildungen in den Bereichen Recht und Steuern. Mit dem „beck-stellenmarkt“ unterhält der Verlag Deutschlands größte Jobbörse für Juristen. C.H.BECK wurde 1763 von Carl Gottlob Beck gegründet und befindet sich in 6. Generation in Familienbesitz.

BEITEN BURKHARDT
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH

Heute schon an morgen denken

Auch die 16. forum vergabe Gespräche in Fulda haben die Botschaft an öffentliche Auftraggeber und die anbietende Wirtschaft wieder eindrucksvoll unterstrichen: ein „Weiter so" gibt es im Vergaberecht nicht. Vielfältige Änderungen und Neuerungen lauern hinter jeder Ecke und stellen insbesondere die Vergabestellen vor ständig neue Herausforderungen. Die nunmehr auf die Zielgerade eingebogenen neuen EU-Vergaberichtlinien einschließlich der erstmaligen Kodifizierung der Konzessionsvergaben zeigen dies überdeutlich. Wer auch in Zukunft rechtssichere Vergabeverfahren durchführen möchte, muss sich schon heute diesen Herausforderungen stellen.

In der Praxisgruppe 'Öffentliches Recht/Vergaberecht' von BEITEN BURKHARDT beraten 25 Anwälte sowohl die öffentliche Hand als auch Unternehmen bei Vergabemaßnahmen, ÖPP-Vorhaben und Privatisierungen. Wir kombinieren jahrzehntelange Erfahrung und Expertise mit den aktuellsten Rechtsentwicklungen und einer immer häufiger erforderlichen Kreativität. Damit können wir stets eine präzise, praxisorientierte und erfolgreiche Rechtsberatung gewährleisten.

Insbesondere bei der Beratung öffentlicher Auftraggeber verfolgen wir einen integrativen Ansatz, da sich Vergabeverfahren zumeist durch eine Wechselwirkung aus rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Aspekten auszeichnen. Allein in rechtlicher Hinsicht erfordert dies die Berücksichtigung von vergabe-, gesellschafts-, steuer-, zivil- und arbeitsrechtlichen Fragestellungen. Dies können wir durch enge Kooperation mit unseren anderen Praxisgruppen jederzeit kurzfristig auch für komplexe Verfahren sicherstellen.

BEITEN BURKHARDT ist eine unabhängige deutsche Anwaltskanzlei mit Büros in Berlin, Düsseldorf, Frankfurt, München und Nürnberg sowie in Brüssel und an fünf weiteren ausländischen Standorten. Mit rund 270 Anwälten beraten wir anspruchsvolle in- und ausländische Mandanten auf allen Gebieten des Wirtschaftsrechts.

Kontakt:

Berthold F. Mitrenga, Tel.: +49-911-27971-0, Berthold.Mitrenga@bblaw.com

Stephan Rechten, Tel.: +49-30-26471-0, Stephan.Rechten@bblaw.com

Michael Brückner, Tel.: +49-89-35065-00, Michael.Brueckner@bblaw.com

Julian Polster, Tel.: +49-211-518989-0, Julian.Polster@bblaw.com

Dr. Hans von Gehlen, Tel.: +49-69-756095-0, Hans.vonGehlen@bblaw.com

BOESEN

RECHTSANWÄLTE

DIE KANZLEI

Boesen Rechtsanwälte ist eine bundesweit tätige Anwaltskanzlei mit Sitz in Bonn. Zu ihren Mandanten zählt sie die öffentliche Hand, große und mittelständische Unternehmen sowie Verbände.

Die Kanzlei wurde im Jahre 1996 gegründet. Ihr Inhaber, Arnold Boesen, konnte dabei auf seine Erfahrungen bei der Kommission der Europäischen Gemeinschaften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, als Verwaltungsrichter sowie als Referent für Völkerrecht im Bundesjustizministerium zurückgreifen. In der Kanzlei sind derzeit 12 Rechtsanwälte tätig, die eine Beratung auf höchstem Niveau garantieren.

Boesen Rechtsanwälte konzentriert ihre Tätigkeit bewußt auf ausgewählte Beratungsschwerpunkte. Aufgrund dieser Spezialisierung ist die Kanzlei in der Lage, die Erwartungen ihrer Mandanten auch bei äußerst komplexen Fragestellungen zu erfüllen. Dabei werden die Projekte in den Beratungsschwerpunkten stets ganzheitlich bearbeitet. So bildet sich bei jeder neuen Aufgabe regelmäßig ein Team aus Anwälten mit Erfahrung, rechtlichen Spezialkenntnissen und wirtschaftlichem Sachverstand, um den Erfordernissen des Projekts und den Wünschen der Mandanten in jeder Hinsicht gerecht zu werden.

Schwerpunkt Vergaberecht

Boesen Rechtsanwälte ist seit Jahren als eine der führenden Kanzleien auf dem Gebiet des Vergaberechts anerkannt und hat die Entwicklung dieses Rechtsgebiets von Beginn an mitgeprägt. Die herausragende Expertise in diesem Bereich wird der Kanzlei regelmäßig, u.a. im JUVE-Handbuch, bestätigt.

Ein Schwerpunkt der Vergaberechtspraxis liegt auf der umfassenden Betreuung komplexer Beschaffungsvorhaben. Hierbei werden für den Mandanten individuelle und innovative Lösungen entwickelt, die sowohl eine wirtschaftlich effiziente als auch rechtlich verläßliche Vergabe sicherstellen. Weitere wesentliche Tätigkeitsfelder sind die gutachterliche Bearbeitung aktueller rechtlicher Fragestellungen, die Unterstützung von Bewerbern/Bietern bei der Erstellung von Teilnahmeanträgen und Angeboten einschließlich der weiteren Begleitung im Vergabeverfahren sowie die Vertretung von Auftraggebern bzw. Bewerbern/Bietern in Nachprüfungsverfahren.

Die Beratungstätigkeit erstreckt sich auf sämtliche Branchen, in denen die Vergabe öffentlicher Aufträge relevant ist. Hierzu gehören u.a. der Bau- und Immobilienbereich, die Entsorgungswirtschaft, IT und EDV, der Gesundheitssektor, ÖPNV, der Verteidigungsbereich sowie die Logistikbranche.

BOESEN RECHTSANWÄLTE

KAISER-FRIEDRICH-STR. 3

53113 BONN

WWW.BOESEN.DE

ANSPRECHPARTNER:

ARNOLD BOESEN

TELEFON: 0228 – 21 52 90

TELEFAX: 0228 – 21 54 91

MAIL: KANZLEI@BOESEN.DE

Der **Bundesanzeiger Fachverlag**

mit einem kontinuierlich wachsenden multimedialen Angebot in den Bereichen Recht, Wirtschaft und Steuern ist bekannt als moderner, serviceorientierter und innovationsfreudiger Fachverlag. Klar gegliedert in 6 Themengebiete, bieten wir in diesem Geschäftsbereich fachspezifische Informationen für Experten aus Wirtschaft, Behörden, Kanzleien, Verwaltung und Sachverständigenwesen – um nur einige unserer Zielgruppen zu nennen.

Wir verstehen uns als Partner unserer Kunden und bereiten unsere aufwändig recherchierten Inhalte aktuell und in verschiedensten medialen Angebotsformen auf, um den sich verändernden Informationsbedürfnissen Rechnung zu tragen.

Der Bund hat 2006 seine Anteile an unserem Verlag verkauft, bleibt aber als bedeutender und langfristiger Vertragspartner, Kunde und Herausgeber wesentlicher Medien dem Unternehmen eng verbunden. Seit Ende 2006 gehört der Bundesanzeiger Verlag nunmehr zu 100% zu der erfolgreichen und national wie international expandierenden Verlagsgruppe M. DuMont Schauberg in Köln.

Die Produktpalette im Fachbereich **Vergabe** umfasst Nachschlagewerke, Kommentare, Leitfäden, Zeitschriften, Newsletter, Pushdienste und VERIS als vergaberechtliche Entscheidungsdatenbank mit Normen, Literaturführer etc.

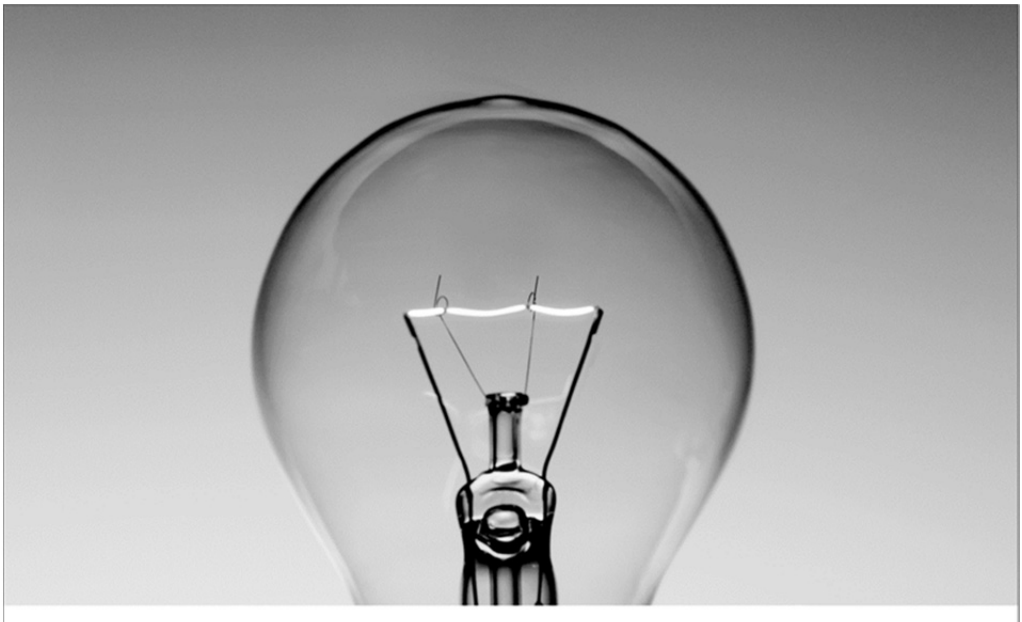
Ihr Kontakt im Vergaberecht:

Katja Birker
Telefon: (02 21) 9 76 68-258
Telefax: (02 21) 9 76 68-278
E-Mail: katja.birker@bundesanzeiger.de

www.bundesanzeiger-verlag.de

Bundesanzeiger
Verlag

Bundesanzeiger Verlag GmbH · Amsterdamer Str. 192 · 50735 Köln



Clifford Chance, eine der weltweit führenden Anwaltssozietäten, ist für ihre Mandanten mit 35* Büros in allen wesentlichen Wirtschaftszentren der Welt tätig. In Deutschland ist Clifford Chance mit rund 350 Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors in Düsseldorf, Frankfurt am Main und München vertreten.

Schwerpunkt Vergaberecht

Clifford Chance verfügt über eine langjährige Tradition in der vergaberechtlichen Beratung. Im Rahmen nationaler und europaweiter Vergabeverfahren begleiten wir sowohl Bieter und Bieterkonsortien als auch öffentliche Auftraggeber. Mit den spezifischen Zielsetzungen und den internen Entscheidungsabläufen beider Seiten sind wir daher bestens vertraut. Dies ermöglicht es uns, nicht nur juristisch maßgeschneiderte Lösungen anzubieten, sondern auch taktisch zielführende Erwägungen in die Beratung einzubeziehen, um das jeweilige Projekt rechtssicher sowie wirtschaftlich und politisch erfolgreich zum Abschluss zu bringen.

Die Schwerpunkte unserer Tätigkeit liegen in der vergabe- und vertragsrechtlichen Beratung von Mandanten aus dem Healthcare-Sektor, insbesondere dem Pharma- und Hilfsmittelbereich, sowie aus der Energiebranche. Darüber hinaus beraten wir Mandanten bei der Realisierung großer Infrastruktur-, Bau- und PPP-Projekte. Wir vertreten unsere Mandanten vor den Vergabenachprüfungsinstanzen und haben bereits mehrfach Grundsatzentscheidungen, insbesondere im Healthcare-Sektor, erstritten.

Zahlreiche Anwälte unserer Sozietät sind aktive Mitglieder von Expertenrunden oder Lehrbeauftragte an deutschen Hochschulen. Sie publizieren und referieren regelmäßig zu vergaberechtlichen Themen.

*einschließlich einer Kooperation mit Al-Jadaan & Partners Law Firm, Saudi-Arabien

Ansprechpartner:
RA Steffen Amelung
steffen.amelung@cliffordchance.com
Tel.: +49 69 7199-1593
www.cliffordchance.com

CLIFFORD
CHANCE

C/M/S/ Hasche Sigle

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozietäten. Mehr als 600 Anwälte sind in neun wichtigen deutschen Wirtschaftszentren sowie in Brüssel, Moskau und Shanghai für ihre Mandanten tätig.

Als eine der führenden Kanzleien im Vergaberecht beraten wir sowohl Auftraggeber als auch Unternehmen in Vergabe- und Bieterverfahren sowie in Nachprüfungsverfahren. Wir verfügen über fundierte Branchenkenntnisse und handeln vorausschauend. Zugleich bieten wir Ihnen individuelle und rechtssichere Strategien für Ihre Auftragsvergabe oder Ihr Angebot.

Mit mehr als 20 Rechtsanwälten an allen Standorten von CMS Hasche Sigle verfügen wir über eines der größten Vergaberechtsteams in Deutschland und sind immer in Ihrer Nähe.

Kontakt:

Dr. Klaus Heuvels
Partner

CMS Hasche Sigle
Barckhausstr. 12-16
60325 Frankfurt am Main

T +49 69 71701 318
F +49 69 71701 40 615
E volkmar.wagner@cms-hs.com

Dr. Volkmar Wagner
Partner

CMS Hasche Sigle
Schoettlestrasse 8
70597 Stuttgart

T + 49 711 9764 164
F + 49 711 9764 96162
E klaus.heuvels@cms-hs.com

Kurzprofil Deutsche Bahn

Die Deutsche Bahn AG wurde 1994 gegründet. Heute gehört sie zu den weltweit führenden Mobilitäts- und Logistikunternehmen und betreibt in über 130 Ländern 2.000 Niederlassungen. Rund 300.000 Mitarbeiter, davon ca. 194.000 in Deutschland, setzen sich täglich dafür ein, Mobilität und Logistik für die Kunden sicherzustellen und die dazugehörigen Verkehrsnetze auf der Schiene, im Landverkehr sowie in der See- und Luftfracht effizient zu steuern und zu betreiben. Im Geschäftsjahr 2012 betrug der bereinigte Umsatz rund 39,3 Milliarden Euro und das operative Ergebnis (EBIT bereinigt) 2,7 Milliarden Euro.

Kern des Unternehmens ist die Eisenbahn in Deutschland mit täglich rund 5,6 Millionen Kunden im Personenverkehr und rund 230 Millionen Tonnen auf der Schiene beförderter Güter jährlich. Darüber hinaus sind in Deutschland täglich rund zwei Millionen Kunden mit den Bussen der DB unterwegs.

Mit der Strategie „DB 2020" hat sich die DB zum Ziel gesetzt, profitabler Marktführer zu werden, in Deutschland zu den zehn Top-Arbeitgebern zu gehören und in Sachen Umwelt absoluter Vorreiter zu sein. Um nachhaltig erfolgreich zu sein, setzt die DB auf zufriedene Kunden, eine exzellente Qualität, qualifizierte und hoch motivierte Mitarbeiter sowie umweltschonende Produkte.

Weitere Informationen unter www.deutschebahn.com

Deutsche Bahn AG
Potsdamer Platz 2
10785 Berlin

Die Deutsche eVergabe unterstützt den gesamten Ausschreibungsprozess: von der Vorbereitung über die Bekanntmachung, die Kommunikation mit Bietern bis hin zur Bewertung und Zuschlagserteilung. Die Vergabelösungen der Healy Hudson GmbH wurden in der Vergangenheit bereits mit zahlreichen Preisen, wie beispielsweise dem Good Practice Label der EU-Kommission und dem Innovationspreis des Bundesverbandes Materialwirtschaft, Einkauf und Logistik (BME) und des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWI) ausgezeichnet.

Mit der Marke „Deutsche eVergabe" bietet Healy Hudson ein **webbasiertes, standardisiertes Bekanntmachungs- und Vergabeportal** an. Die „Deutsche eVergabe" bietet die Funktionalität, welche ein modernes Vergabemanagementsystem erfordert, gepaart mit der Möglichkeit, schnell und unkompliziert Bekanntmachungen zu publizieren. Damit die Forderung der Vergabe- und Vertragsordnungen nach größtmöglichem Wettbewerb erfüllt werden, ist der vollständige Bekanntmachungstext für Bieter komplett kostenfrei recherchierbar und es gibt keine Beschränkungen der Lesbarkeit.

Einfach über den Webbrowser und **ohne zusätzliche Installationen** von Software kann das Portal sofort genutzt werden. Die Wahlmöglichkeit zwischen elektronischer Signatur und Mantelbogenverfahren ermöglicht jedem Bieter, ein Angebot abzugeben. Vergabestellen können nach der Registrierung schnell und einfach eine Bekanntmachung erfassen und die Vergabeunterlagen für Bieter elektronisch in einem geschützten Bereich zur Verfügung stellen. Kostenintensive Vervielfältigung und manueller Versand der Unterlagen entfallen somit.

Unser Ziel ist es, das Ausschreibungswesen in Deutschland zu vereinfachen und zu verbessern. Daher setzen wir uns nicht nur national, sondern gerade auch auf europäischer Ebene für die **technische Standardisierung der eVergabe** ein.

Die neue EU-Vergaberichtlinie schreibt die **verpflichtende Nutzung der eVergabe** vor. Beschäftigen Sie sich daher rechtzeitig mit der eVergabe und starten Sie lieber heute als morgen!

Weitere Informationen, Leitfäden und Podcasts finden Sie unter www.deutsche-evergabe.de. Sprechen Sie uns auch gerne an unter Telefon: 0611 949 106 0 oder per E-Mail an kundendienst@deutsche-evergabe.de.

Freshfields Bruckhaus Deringer

Kontakt:
Dr. Hans-Joachim Prieß, LL.M.
Dr. Fridhelm Marx
Potsdamer Platz 1
10785 Berlin
T +49 30 20 28 36 00
F +49 30 20 28 37 66
E hans-joachim.priess@freshfields.com
fridhelm.marx@freshfields.com
www.freshfields.com

Weltweite Beratung

Freshfields Bruckhaus Deringer berät mit einer integrierten Partnerschaft aus 27 Standorten in Deutschland und in den wichtigsten Wirtschafts- und Finanzzentren weltweit die führenden nationalen und mulitnationen Unternehmen, Finanzdienstleister und Institutionen bei ihren komplexesten Transaktionen – wirtschaftsrechtlich umfassend, über Grenzen hinweg, mit höchstem Anspruch an Qualität und Effizienz.

Marktführende Expertise im Vergaberecht

Seit 20 Jahren begleiten wir unsere Mandanten dabei auch umfassend im Vergaberecht. Zu unserem hoch spezialisierten europaweiten Team zählen mehr als 50 Anwälte an elf Standorten der Sozietät. Wir beraten sowohl Auftraggeber als auch Bieter, Wirtschaftsverbände und Regierungen auf allen Gebieten des deutschen, europäischen und internationalen Vergaberechts. Unser Tätigkeitsspektrum reicht von der vergaberechtskonformen Gestaltung von Transaktionen über Privatisierungsverfahren und ÖPP-Projekte bis hin zur vergaberechtlichen Compliance und Regierungsberatung bei Gesetzgebungsverfahren. Wir vertreten unsere Mandanten sowohl in Rechtsstreitigkeiten vor nationalen und europäischen Gerichten als auch vor der Kommission und nationalen Behörden.

Abu Dhabi Amsterdam Bahrain Barcelona Beijing Berlin Brüssel Dubai Düsseldorf Frankfurt am Main Hamburg Hanoi Ho Chi Minh City Hongkong Köln London Madrid Mailand Moskau München New York Paris Rom Shanghai Tokyo Washington Wien

Gleiss Lutz

„excellent reputation in public procurement law“

Chambers Europe 2013

Gleiss Lutz ist eine der anerkannt führenden, international tätigen Anwaltskanzleien Deutschlands. Im Vergaberecht bietet sie innovative, auf die Ziele der Mandanten zugeschnittene Lösungen, die nicht nur auf ausgeprägter juristischer Kompetenz, sondern auch auf Kenntnis der politischen und wirtschaftlichen Zusammenhänge beruhen. Als Full Service-Kanzlei verfügt Gleiss Lutz über Experten aus allen weiteren Rechtsgebieten, die mit der vergaberechtlichen Beratungspraxis verknüpft sind, etwa dem Immobilien- oder Beihilferecht. Damit begleitet die Kanzlei öffentliche Auftraggeber und Bieter in komplexen Projekten. Pluspunkt der Praxis ist zudem ihre umfassende Erfahrung in streitigen Verfahren, die das richtige Gespür für die Rechtsmittelanfälligkeit von Entscheidungen gewährleistet.

Ihre Ansprechpartner

Dr. Andreas Neun
T +49 30 800979-115
E andreas.neun@gleisslutz.com

Dr. Marco König
T +49 711 8997-421
E marco.koenig@gleisslutz.com

www.gleisslutz.com

Berlin | Düsseldorf | Frankfurt | Hamburg | München | Stuttgart | Brüssel

GÖRG ist eine der führenden unabhängigen Wirtschaftskanzleien in Deutschland.

Wir sind bekannt für unsere praxisnahen, wirtschaftlichen Lösungen in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts.

Mit mehr als 200 Rechtsanwälten in Berlin, Essen, Frankfurt am Main, Hamburg, Köln und München arbeiten wir täglich daran, den Vorhaben unserer Mandanten zum Erfolg zu verhelfen – in der Beratung wie auch vor Gericht.

Schwerpunkt Vergaberecht und ÖPP

GÖRG wird aufgrund der besonderen Spezialisierung der Sozietät auf Ausschreibungen der öffentlichen Hand und Privatisierungen eingeschaltet. Die Rechtsanwälte des Vergaberechts- und ÖPP-Teams haben bundesweit an zahlreichen Groß- und Pilotprojekten mitgewirkt, sowohl auf privater wie öffentlicher Seite. Dr. Lutz Horn gehört außerdem zu den führenden Vergaberechtlern in Deutschland („einer der anerkanntesten ÖPP-Experten Deutschlands", „überaus große Erfahrung und Fachkenntnis in vergabe und vertragsrechtlicher Hinsicht im Rahmen großer ÖPP-Vorhaben" – JUVE Handbuch 2012/2013).

Das Team verfügt über langjährige Erfahrung in den verschiedensten Branchen, so z. B. beim Bau und/oder Betrieb von Verwaltungsgebäuden, Haftanstalten und Kasernen, bei Infrastrukturvorhaben wie Brücken oder Autobahnen, bei IT-Beschaffungsprojekten ebenso wie im Entsorgungsbereich oder im ÖPNV. Einen besonderen Schwerpunkt bildet dabei die Strukturberatung komplexer Beschaffungsvorhaben, d. h. die Begleitung eines Vergabeverfahrens von der Konzeption bis zum Zuschlag.

Zu den Mandanten zählen Bund, Länder und Kommunen sowie Bieter- und Betreiberkonsortien und Banken.

Führend in vielen Bereichen

Bundesweit sind wir die führende Restrukturierungskanzlei und u. a. Top 10 im Vergabe-recht, Top 10 im Immobilienwirtschaftsrecht und Top 10 im Bauplanungsrecht (basierend auf dem JUVE Handbuch 2012/2013).

Ansprechpartner:
GÖRG Rechtsanwälte
Dr. Lutz Horn
Neue Mainzer Straße 69-75 in D-60311 Frankfurt/M.
Tel +49 - 69 - 170000-17; lhorn@goerg.de

GvW Graf von Westphalen

GvW - Beratungskompetenz im Vergaberecht

GvW Graf von Westphalen ist eine Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern. Mit unseren über 120 Berufsträgern in Hamburg, Frankfurt a.M., Berlin, Düsseldorf und München sowie unseren Büros in Alicante, Brüssel, Istanbul und Shanghai zählen wir zu den größten, unabhängigen Sozietäten in Deutschland. Im Rahmen unserer sowohl nationalen als auch internationalen Tätigkeit bieten wir unseren Mandanten als eine Full-Service-Kanzlei umfassende Beratung aus einer Hand in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts.

Das GvW-Vergaberechtsteam ist seit vielen Jahren auf dem gesamten Gebiet des nationalen und internationalen Vergaberechts beratend tätig und spezialisiert auf die Beratung bei Ausschreibungen, Privatisierungen und Public Private Partnerships (PPP/ÖPP). Zu unseren Mandanten zählen sowohl die öffentliche Hand als auch private Unternehmen.

Unser Vergaberechtsteam verfügt über langjährige Berufserfahrungen im Bereich des gesamten öffentlichen Auftragswesens und der Betreuung komplexer Vergabeprojekte. Wir bieten unseren Mandanten eine umfassende und kompetente Beratung und Unterstützung bei der erfolgreichen Durchführung von Vergabeverfahren aller Art. Dabei stehen wir unseren Mandanten u.a. bei der Erstellung der Vergabe- und Vertragsunterlagen beratend zur Seite, betreuen operativ die jeweiligen Verfahren oder unterstützen unsere Mandanten bei der Durchsetzung ihrer Rechte in einem etwaigen Nachprüfungsverfahren.

Mit den Werten unserer Sozietät **Kompetenz – Wirtschaftlichkeit – Verlässlichkeit** unterstützen wir Sie gerne dabei, Ihre Ziele sicher zu erreichen.

Ansprechpartner:

Graf von Westphalen
Dr. Ingrid Reichling
Maximiliansplatz 10
80333 München

T: +49 89 689077-301
F: +49 89 689077-100
E: i.reichling@gvw.com

www.gvw.com

HFK RECHTSANWÄLTE

Die Kanzlei

HFK Rechtsanwälte LLP ist eine der führenden Kanzleien auf dem Gebiet des nationalen und europäischen Vergaberechts. Als Dienstleistungsunternehmen fühlen wir uns dem Erfolg des Mandanten verpflichtet. Kompetenz, Qualität und Schnelligkeit verbinden wir mit innovativen Lösungen.

Mit rund 60 Anwälten in Frankfurt am Main, Berlin, München, Hamburg, Düsseldorf, Stuttgart, Hannover und Wien bieten wir Ihnen eine Beratungskompetenz, die weit über rein rechtliche Fragen hinausgeht. Seit vielen Jahren kooperiert HFK Rechtsanwälte LLP mit Spezialisten in Washington (Watt, Tieder, Hoffar & Fitzgerald, L.L.P.).

Ganzheitliche Beratungskompetenz

HFK Rechtsanwälte LLP bietet eine umfassende Beratung von Anfang an – und damit Fachkompetenz aus einer Hand. Die Kanzlei berät bei der Erarbeitung der richtigen Projektstruktur, Entscheidungsabläufen, Organisation und Kontrollmechanismen. Die lange praktische Erfahrung bei der juristischen Steuerung von Großvorhaben bildet die Basis der ergebnisorientierten Rechtsberatung. Die Kanzlei wurde 1975 gegründet. Seither hat sie sich zu einer der führenden Kanzleien auf den Gebieten des Baurechts, Vergaberechts und Immobilienrechts entwickelt.

Öffentliches Auftragswesen

Besonderer Schwerpunkt der Kanzlei ist die Beratung von Auftraggebern und Bietern bei der Konzeptionierung und Begleitung komplexer Beschaffungsvorhaben.

HFK Rechtsanwälte LLP deckt ein breites Spektrum von Wirtschaftsbereichen ab. Die Beratung erstreckt sich auf die Bereiche Bauwirtschaft, IT-bezogene Aufträge, Wirtschaftsprüferleistungen, Entsorgungswirtschaft, Energie-Contracting, Verkehrswirtschaft, allgemeine Liefer- und Dienstleistungen sowie PPP- und Finanzierungsmodelle.

Vergaberecht bedeutet dabei nicht nur geltendes Recht und Formblätter abzuarbeiten, sondern daraus eine individuelle, zielorientierte Strategie zu entwickeln.

Die Beratung von Auftraggebern

Unser „Kompetenzteam Vergaberecht" steht Auftraggebern bei der Vorbereitung der Vergabe bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens umfassend beratend zur Verfügung. Durch die Entwicklung speziell zugeschnittener individueller Formularbibliotheken können Auftraggeber die notwendigen Schritte effizient, selbstständig und rechtssicher vornehmen. Als Profis der Verfahrens- und Vertragsgestaltung planen und entwickeln die Rechtsanwälte der Kanzlei auf den konkreten Einzelfall abgestimmte Ausschreibungsunterlagen und Vertragswerke. Vordergründiges Ziel der Beratung ist die Unterstützung beim Finden des Vertragspartners, der aus Sicht des Mandanten die bestmögliche Leistung erwarten lässt.

Die Beratung von Bietern

Für Bieter werden erfolgreiche Strategien bei der öffentlichen Auftragsvergabe entwickelt, von der ersten Anfrage an den Auftraggeber bis zur Zuschlagserteilung.

Durch strategische Unterstützung bei der Angebotsbearbeitung werden Formfehler vermieden und die erfolgreiche Durchsetzung gegenüber der Konkurrenz gefördert. Mit der Begleitung bei der strategischen Verhandlungsführung wird nicht nur ein interessengerechter und wirtschaftlicher Vertragsabschluss sichergestellt, sondern auch eine gewinnorientierte Abwicklung des Vertragsverhältnisses ermöglicht. Die Formstrenge des Vergaberechtes wird gezielt analysiert und genutzt, um die Wettbewerbsposition des Unternehmens im Verfahren bestmöglich zu gestalten.

Die Vertretung in Rechtschutzverfahren

Neben der Beratung nimmt HFK Rechtsanwälte LLP regelmäßig die Vertretung von Auftraggebern und Bietern in Vergabenachprüfungsverfahren vor Vergabekammern und Vergabesenaten bei den Oberlandesgerichten wahr. In zivilrechtlichen Sekundärrechtschutzverfahren setzen wir Ihre Ansprüche erfolgreich durch.

Die aktuellen Veröffentlichungen

Die im Laufe der Jahre gesammelten Erfahrungen der Kanzlei spiegeln sich in einer Reihe von in Rechtsprechung und Praxis bekannten und anerkannten Kommentaren und Publikationen wieder, welche zu Standardwerken u.a. des Vergaberechts geworden sind. Aktuell erschienen ist die 5. Auflage des „VOB-Kommentar Bauvergaberecht Bauvertragsrecht Bauprozessrecht", herausgegeben von Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen.

Kontakt:

Prof. Horst Franke	Dr. Susanne Mertens. LL.M.
Stephanstraße 3	Knesebeckstraße 1
60313 Frankfurt am Main	10623 Berlin
T +49/69/975822-152	T +49/30/318675-36
F +49/69/975822-200	F +49/30/318675-29
franke@hfk.de	mertens@hfk.de

www.hfk.de

Frankfurt Berlin München Hamburg Düsseldorf Stuttgart Hannover Wien

Hogan Lovells

HÖCHSTE ANSPRÜCHE AN QUALITÄT. WELTWEIT.

Hogan Lovells ist weltweit an mehr als 40 und in Deutschland an fünf Standorten in Berlin, Düsseldorf, Frankfurt am Main, Hamburg und München vertreten.

Wir beraten Unternehmen, Finanzinstitute und die öffentliche Hand auf allen Gebieten des nationalen und internationalen Wirtschaftsrechts. Die hohe Qualität unserer Beratung gründet sich auf die exzellente juristische Qualifikation unserer Anwälte, unsere Marktkenntnis und unser Spezialwissen. Wir kombinieren exzellentes Fachwissen mit erstklassigem Branchen-Know-how.

BERATUNG IM VERGABERECHT: NATIONAL UND INTERNATIONAL

Das Vergaberecht gehört zu den Kernkompetenzen von Hogan Lovells: Wir beraten Bieter, Auftraggeber und Wirtschaftsverbände in Vergabeverfahren, Rechtsstreitigkeiten im In- und Ausland und in Gesetzgebungsverfahren. Unsere vergaberechtliche Beratung ist eng verzahnt mit unserer herausragenden Expertise im Marktordnungsrecht: Kartellrecht, Beihilfenrecht und Regulierungsrecht.

Die praktischen Erfahrungen der Vergaberechtsanwälte von Hogan Lovells erstrecken sich auf zahlreiche Industrien wie z. B. Energie, Transport und Verkehr, Öffentliche Infrastruktur und ÖPP, Verteidigung und Real Estate.

Hogan Lovells International LLP	www.hoganlovells.com
Ansprechpartner Dr. Eckhard Bremer, LL.M. (Harvard) eckhard.bremer@hoganlovells.com Tel.: +49 30 726 115 353	
Dr. Mark Schweda mark.schweda@hoganlovells.com Tel.: +49 40 419 93 509	

K&L GATES

Vergaberechtspraxis von K&L Gates LLP

K&L Gates LLP ist eine der führenden internationalen Wirtschaftssozietäten. Die Kanzlei ist in den wichtigsten Regionen Europas, der USA, Asiens, Australiens, des Nahen Ostens und Südamerikas mit über 2 000 Rechtsanwälten präsent und lokal bestens vernetzt.

Unsere Anwälte haben langjährige Beratungserfahrung in den Bereichen ÖPP und Vergaberecht mit Bezügen zum Europa-, Beihilfen- und öffentlichen Wirtschaftsrecht. Unser deutsches Vergaberechts- und ÖPP-Team um die Partner Herrn Dr. Friedrich Ludwig Hausmann und Frau Dr. Annette Mutschler-Siebert berät seit vielen Jahren Auftraggeber, Bieter und Sponsoren.

Mit maßgeschneiderten Lösungen garantieren wir die rechtssichere Realisierung komplexer Technologie-, Infrastruktur- und Bauprojekte. Aus unserer Tätigkeit in zahlreichen Pilotprojekten sind wir mit den wirtschaftlichen und politischen Interessenlagen sowohl auf Bieter- als auch auf Auftraggeberseite vertraut. Neben der Gestaltung von Vergabeverfahren einschließlich der vergabe- und beihilferechtskonformen Strukturierung von Privatisierungsvorhaben und ÖPP-Projekten begleiten wir Bieter in solchen Verfahren. Wir sind darüber hinaus als Gutachter tätig und vertreten unsere Mandanten in Nachprüfungsverfahren sowie vor deutschen und europäischen Gerichten.

Neben Vergaberecht und ÖPP sind Beratungsschwerpunkte der deutschen Praxis Corporate/M&A, Private Equity, Gesellschaftsrecht, Aktien- und Konzernrecht, Immobilienwirtschaftsrecht, Immobilientransaktionen, Bank- und Finanzrecht, Bankaufsichts- und Investmentrecht, Steuerrecht, Kartellrecht, Fusionskontrolle und Außenhandel, Telekommunikation, Medien und Technologie, Arbeitsrecht und Dispute Resolution.

„Häufig empfohlene Vergaberechtspraxis. Große Erfahrung bei ÖPP." (*JUVE Handbuch* 2012/2013). „Renommierte Vergabepraxis." „Sehr anerkannte ÖPP-Expertise." (*JUVE Handbuch* 2011/2012)

Kanzlei des Jahres für Vergaberecht (*JUVE Awards* 2010)

JUVE 2010 AWARDS
Kanzlei des Jahres für Vergaberecht

Ansprechpartner:
K&L Gates LLP
Dr. Friedrich Ludwig Hausmann
Markgrafenstraße 42
10117 Berlin
Tel. +49.30.22.00.29.350
friedrich.hausmann@klgates.com
www.klgates.com

K&L Gates LLP ist in folgenden Städten präsent: Anchorage, Austin, Berlin, Boston, Brisbane, Brüssel, Charleston, Charlotte, Chicago, Dallas, Doha, Dubai, Fort Worth, Frankfurt / Main, Harrisburg, Hongkong, Houston, London, Los Angeles, Mailand, Melbourne, Miami, Moskau, Newark, New York, Orange County, Palo Alto, Paris, Peking, Pittsburgh, Portland, Raleigh, Research Triangle Park, San Diego, San Francisco, São Paulo, Perth, Seattle, Schanghai, Singapur, Spokane, Sydney, Taipeh, Tokio, Warschau, Washington D. C. und Wilmington

Fokussierte Vergabe.
Linklaters

Aus 29 Büros in den wichtigen politischen und internationalen Wirtschafts- und Finanzzentren beraten wir weltweit führende Unternehmen, Finanzinstitute sowie die öffentliche Hand im Wirtschafts-, Bank- und Steuerrecht.

Eine besondere Expertise haben wir in der Beratung von Unternehmen aus (ehemals) regulierten Märkten und der öffentlichen Hand – bei Transaktionen, (Re-)Privatisierungen und weiteren großen Projekten.

Der Fokus unserer Vergaberechtspraxis liegt auf der Begleitung wirtschaftlich bedeutender und anspruchsvoller Vergabeverfahren in den Märkten für Infrastruktur, Energie und Gesundheit. Dabei unterstützen wir sowohl Bieter als auch öffentliche Auftraggeber, was beispielsweise auch die strategische Beratung bei der Ausgestaltung von Vergabeverfahren erfasst. Die Projekte werden von unserem Team nicht nur vergaberechtlich, sondern umfassend und über die gesamte Laufzeit hinweg betreut, wobei wir – etwa bei Fragen der Projektfinanzierung – mit Teams aus anderen Fachbereichen der Kanzlei eng zusammenarbeiten. Aufgrund ihrer Expertise gilt unsere deutsche Vergaberechtspraxis als Kompetenzzentrum, das regelmäßig auch in internationale Beschaffungsprojekte eingebunden ist.

Ihr Ansprechpartner:
Dr. Jan Endler

Linklaters LLP
Potsdamer Platz 5 T: (49 30) 214 96 257
10785 Berlin F: (49 30) 214 96 89 257

LLR Legerlotz Laschet Rechtsanwälte berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Professionell, praxisorientiert und dennoch persönlich ist der Anspruch an dem wir unsere Arbeit täglich messen lassen möchten. Ein besonderer Schwerpunkt der Beratungstätigkeit liegt im Bereich des öffentlichen Wirtschaftsrechts und des Vergaberechts.

Vergaberecht ist das notwendige Werkzeug auf dem Weg zur Realisierung komplexer und zum Teil spezieller Projekte der öffentlichen Hand. Wir betreuen Kommunen und deren Einrichtungen. Ziel ist ein nachhaltiges und ganzheitliches Projektmanagement von der ersten Machbarkeitsstudie über die erfolgreiche Ausschreibung bis hin zur vollständigen Umsetzung der Beschaffungsmaßnahme. Hierzu steht unseren Mandanten ein Team an gleichermaßen qualifizierten wie motivierten Anwälten zur Verfügung, die in ihren Spezialgebieten über fundierte Branchenkenntnisse verfügen.

Darüber hinaus zeigen wir der Privatwirtschaft rechtssichere Strategien für ihre erfolgreiche Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen auf. Schließlich vertreten wir die Interessen von Bietern und öffentlicher Hand in Nachprüfungsverfahren.

LLR LegerlotzLaschet Rechtsanwälte
Köln | Brüssel | Helsinki
Rechtsanwalt Dr. Lars Hettich
Mevissenstraße 15
D - 50668 Köln

Telefon: +49 (0)221 55 400 210
Telefax: +49 (0)221 55 400 190
E-Mail: lars.hettich@llr.de
www.llr.de

MÜLLER-WREDE & PARTNER

RECHTSANWÄLTE

Traditioneller Schwerpunkt der Kanzlei Müller-Wrede & Partner mit Sitz in Berlin ist das nationale und europäische Vergaberecht, ergänzt durch angrenzende Rechtsgebiete wie öffentliches Wirtschaftsrecht, privates Bau- und Architektenrecht, Europa- und Beihilferecht sowie Gesellschaftsrecht.

Die Kanzlei berät **bundesweit** Auftraggeber bei der Durchführung von Beschaffungsprozessen sowie Unternehmen bei der Teilnahme an Vergabeverfahren. Sie vertritt ihre Mandanten zudem in **Rechtsschutzverfahren** vor den Nachprüfungsinstanzen, Zivilgerichten und europäischen Instanzen. Vor den Vergabesenaten und dem Bundesgerichtshof konnte die Kanzlei bereits zahlreiche Grundsatzentscheidungen erstreiten.

Der hohe Qualitätsanspruch von Müller-Wrede & Partner wird auch durch die umfangreiche wissenschaftliche Arbeit gewährleistet. Die Kanzlei kann hierzu auf **zahlreiche Publikationen** verweisen. Beispielhaft hierfür sind die maßgeblichen Kommentare von Rechtsanwalt Müller-Wrede zum 4. Teil des GWB, zur VOL/A, zur VOF und zur SektVO sowie das Kompendium des Vergaberechts und Der Architektenwettbewerb zu nennen.

Ausgewählte Referenzen

- Postlieferungsauftrag mit einem Beschaffungsvolumen von 200 Mio. EUR für den Bund
- mehrere Totalunternehmervergaben für komplexe Wohnungsbauprojekte von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften
- Müllentsorgungsvertrag für eine Landeshauptstadt
- Langzeitvertrag über die Versorgung mit Wasser sowie die Entsorgung von Abwasser für eine Großstadt
- vergaberechtliche Absicherung von Vertragsanpassungen für ein großvolumiges ÖPP-Projekt
- verfahrensbegleitende Beratung bei dem Erwerb projektierter Neubauvorhaben für einen öffentlichen Auftraggeber
- Wegenutzungsverträge gemäß § 46 EnWG
- Architektenwettbewerb für den Neubau eines Bibliotheksgebäudes (350 Mio. EUR)
- Begleitung mehrerer Großbauvorhaben

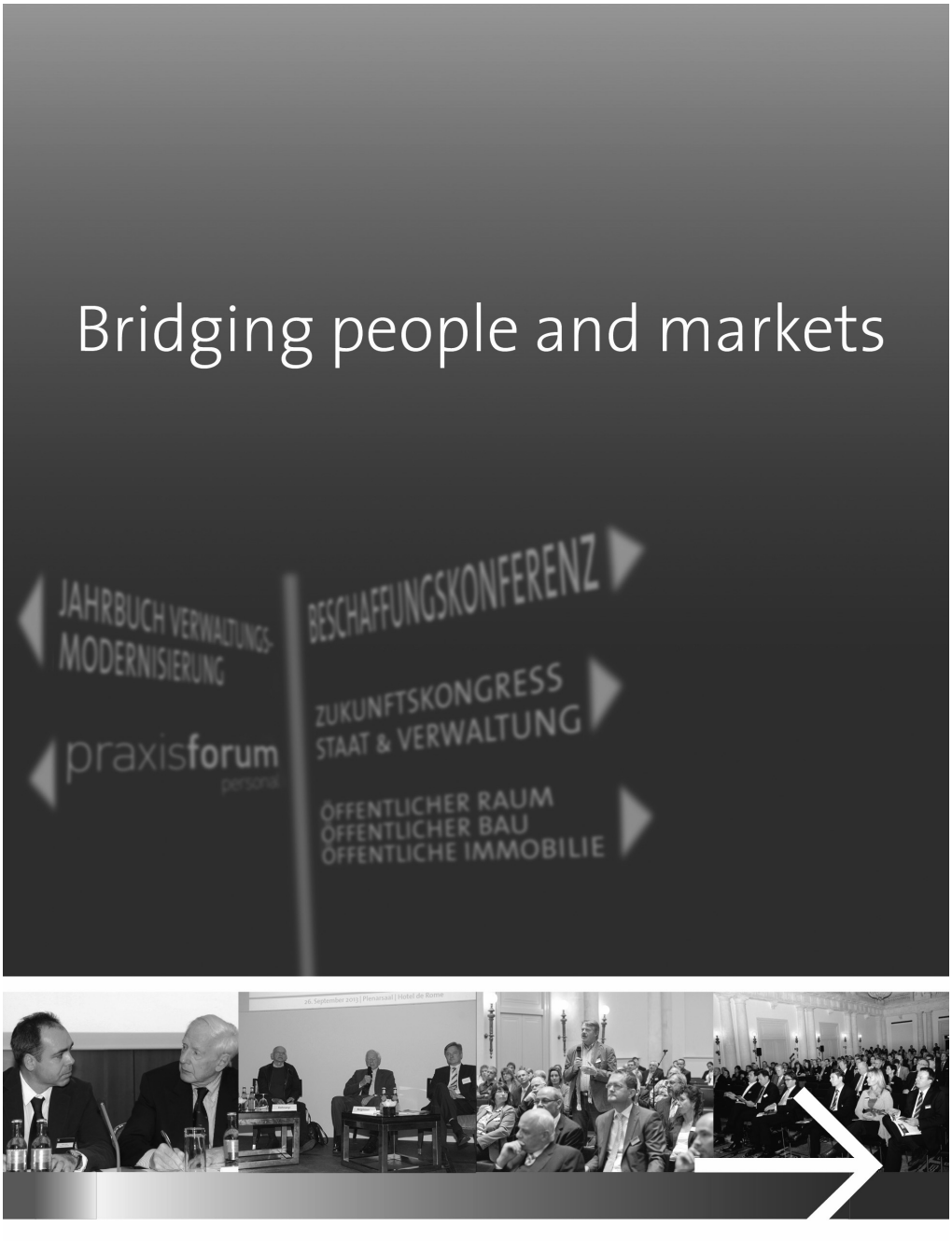
Städte wie Berlin sind die Impulsgeber für die Zukunft. Das Zusammenspiel von Tradition, Kreativität, Weltoffenheit und Unternehmergeist macht die Hauptstadt für viele zum attraktiven Wohn- und Arbeitsort. Und ihre Anziehungskraft als Wirtschaftsstandort nimmt immer weiter zu. Man kann förmlich erleben, wie überall in Berlin Zukunft entsteht.

Berlin setzt konsequent auf zukunftsweisende Technologien. Modernste Verkehrsleittechnik, Tunnelsysteme und effiziente Verkehrsmittel halten die Stadt in Bewegung.

Innovative Turbinen, Umspannwerke und Smart-Metering-Lösungen machen die Energieversorgung effizienter. Fortschrittliche Technologie in den Kliniken bringt die Gesundheitsversorgung voran. Und die Sanierung von 185 Gebäuden finanziert die Stadt allein durch die gewonnenen Energieeinsparungen.

Die Antworten für nachhaltige Stadtentwicklung sind da. Und die Zeit für neue Wege ist jetzt. Denn die Welt von morgen braucht unsere Antworten schon heute.

siemens.com/answers



wegweiser®

Wegweiser Media & Conferences GmbH Berlin
Wegweiser GmbH Berlin Research & Strategy
Novalisstraße 7, 10115 Berlin
Tel: +49 30/28 48 81-0, E-Mail: info@wegweiser.de
Internet: **www.wegweiser.de**

ZL ZIRNGIBL LANGWIESER

MÜNCHEN BERLIN FRANKFURT WIEN

Zirngibl Langwieser ist eine werteorientierte Wirtschaftskanzlei und Partnerschaft – mehr als die Summe der 50 Anwaltspersönlichkeiten, verbunden durch eine gemeinsame Idee. Als stets aus eigener Kraft gewachsene Kanzlei hat Zirngibl Langwieser das Ziel, dem Mandanten mit persönlichem Einsatz auf höchstem fachlichen Niveau national wie international dauerhaft verbunden zu sein – loyal, engagiert und unabhängig, weil wir glauben, dass wir so die Besten sind.

Wir sind unabhängige und hochqualifizierte Berater für mittelständische Unternehmen, Konzerne und Privatmandanten in den Bereichen Arbeitsrecht, geistiges Eigentum, Wettbewerbsrecht, IT-Recht, Gesellschafts-, Bank- und Kapitalmarktrecht, Immobilien- und Baurecht, Vergaberecht, Hospitality und Health Care. Grundlagen unserer Arbeit sind die unternehmerische Denkweise unserer Anwälte und eine umfassende Analyse Ihrer individuellen Ausgangssituation durch Beratung in kanzleiinternen Teams von Fachexperten – nur wenn wir Sie verstehen, können wir optimale Lösungen für Sie erarbeiten. Durch die Betreuung der Mandate auf Partnerebene gewährleistet Zirngibl Langwieser eine präzise Beratung, kurze Entscheidungswege und praxisorientierte Lösungsfindung. Unsere Infrastruktur erlaubt es uns, auch Projekte von Konzernen der Weltspitze in unseren spezialisierten Bereichen zu betreuen.

In unserem Vergaberechts-Team arbeiten kompetente Anwälte mit hohen Qualifikationsanforderungen, langjährigen Erfahrungen und einer konsequenten Spezialisierung auf das Vergaberecht. Wir beraten praxisorientiert und auf höchstem fachlichen Niveau öffentliche Auftraggeber (Bund, Länder, Kommunen, Unternehmen) und Bieter in allen Fragen des europäischen und nationalen Vergaberechts. Wir konzeptionieren und begleiten rechtssichere Vergabeverfahren oder übernehmen für unsere Mandanten die Funktion als Vergabestelle. Auf Bieterseite beraten und begleiten wir unsere Mandanten bei der Teilnahme an Vergabeverfahren und unterstützen bei der Abgabe chancenreicher Angebote. Darüber hinaus vertreten wir öffentliche Auftraggeber und Bieter in Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer und den Vergabesenaten – in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes sowie in Schadensersatzprozessen mit vergaberechtlichem Hintergrund. Die Schwerpunkte unserer vergaberechtlichen Tätigkeit liegen im Bereich Bau und Immobilien, ÖPP, Projektentwicklung und -steuerung, Infrastruktur, Planung und freiberufliche Dienstleistungen.

ZIRNGIBL LANGWIESER | Rechtsanwälte Partnerschaft
Rechtsanwalt Lars Robbe
Kurfürstendamm 194, 10707 Berlin
Tel.: 0 30/88 03 31 - 231
Fax: 0 30/88 03 31 – 100
berlin@zl-legal.de