

## Antworten des BDI

### zu den Fragen des Grünbuchs der Kommission zur Modernisierung des öffentlichen Auftragswesens

Dokumenten-Nr.  
D 0428

Datum  
18. April 2011

Seite  
1 von 37

Registrier-Nr.: 1771817758-48

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

Der gegenwärtige Anwendungsbereich der EG-Richtlinien für öffentliche Aufträge ist sachgerecht. Bei verständiger Würdigung der Vorschriften der Richtlinien beziehen sich diese bereits jetzt eindeutig auf die *Beschaffung* von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen, wobei die Richtlinien auch Ausnahmen benennen, für die die Regelungen nicht gelten sollen. Weitergehende Beschränkungen des Anwendungsbereichs der Richtlinien sind daher nicht erforderlich und sollten folglich unterbleiben. Andernfalls droht die Gefahr der Umgehung der Vergabevorschriften, indem Fallgestaltungen, die der Sache nach einen öffentlichen Auftrag darstellen, der im Wettbewerb vergeben werden muss, durch Einordnung in einen anderen Kontext dem Vergaberecht und seinen konkreten Garantien für Wettbewerb und der Transparenz entzogen werden. Aus entsprechenden Gründen ist auch eine Verengung auf den Begriff des „unmittelbaren wirtschaftlichen Nutzens“ abzulehnen.

*2. Halten Sie die derzeitige Struktur des Anwendungsbereichs mit ihrer Unterscheidung nach Bauarbeiten, Lieferverträgen und Dienstleistungsaufträgen für zweckmäßig? Wenn nicht, welche alternative Struktur würden Sie vorschlagen?*

Die derzeitige Struktur, die das Ergebnis einer ausgewogenen und wohlerwogenen Vereinfachung des EU-Vergaberechts im Jahre 2004 ist, ist angemessen, da sie berücksichtigt, dass zwischen Bau-, Liefer- und Dienstleistungen gewisse natürliche Unterschiede bestehen, die nicht völlig eliminiert werden können. Sie sollte daher nicht verändert werden.

**Bundesverband der  
Deutschen Industrie e.V.**  
Mitgliedsverband  
BUSINESSEUROPE

Telekontakte  
T: 030 2028-1412  
F: 030 2028-2412

Internet  
[www.bdi.eu](http://www.bdi.eu)

E-Mail

[P.Schaefer@bdi.eu](mailto:P.Schaefer@bdi.eu)

*3. Sollte die Definition der „Baufträge“ Ihrer Meinung nach überprüft und vereinfacht werden? Wenn ja, würden Sie sich für die Streichung des Verweises auf eine spezifische Liste im Anhang der Richtlinie aussprechen? Welche Bestandteile sollte die von Ihnen vorgeschlagene Definition umfassen?*

Die bisherige Systematik hat sich bewährt und sollte beibehalten werden.

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

Die bestehende Unterscheidung ist zwar logisch nicht immer nachvollziehbar, bisher allerdings nicht auf wesentliche Schwierigkeiten gestoßen.

Falls eine Überprüfung vorgenommen wird, sollte sie unter dem Gesichtspunkt erfolgen, ob die Gründe für die Einstufung einer Dienstleistung als „B-Dienstleistung“ noch vorliegen bzw. inwieweit die B-Dienstleistungen künftig als A-Dienstleistung eingestuft werden sollten.

Auf jeden Fall ist die Aufrechterhaltung der A-Dienstleistungen nach den dafür bisher geltenden Regelungen erforderlich. Insoweit dürfen keinerlei Abstriche gemacht werden.

Die teilweise angeführten Argumente für eine Herausnahme sozialer Dienstleistungen aus dem Anwendungsbereich der Richtlinien überzeugen nicht; es ist nicht ersichtlich, dass diese Dienstleistungen so grundsätzlich anders als andere Dienstleistungen sind, dass eine Herausnahme gerechtfertigt wäre. Soziale Dienstleistungen sind ebenso wie andere präzise beschreibbar, und die Zuverlässigkeit der Dienstleister ist hinreichend überprüfbar. Folglich sollten diese Dienstleistungen *nicht* aus dem Anwendungsbereich der Richtlinien herausgenommen werden.

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

Ja. Im Interesse der Vermeidung einer neuen Fragmentierung des Vergaberechts sollte allerdings unbedingt von der Schaffung neuer Regelungen für Dienstleistungsaufträge abgesehen werden. Es gibt keinen sachlichen Grund, für Dienstleistungsaufträge andere Regelungen als für Liefer- oder Bauaufträge zu schaffen. Daher sind davon abweichende Regelungen – einschließlich so genannter „flexiblerer Standardregelungen“ – jedenfalls insoweit abzulehnen, als sie zu einer Änderung der für A-Dienstleistungen geltenden Vorschriften führen würden.

In Betracht kommt, wie bereits zu Frage 4 ausgeführt, lediglich eine Prüfung, inwieweit B-Dienstleistungen künftig den Regelungen für A-Dienstleistungen unterliegen sollten.

*6. Würden Sie eine Anhebung der Schwellenwerte für die Anwendung der EU-Richtlinien befürworten, obwohl dies auf internationaler Ebene die oben beschriebenen Folgen haben könnte?*

Eine Anhebung der Schwellenwerte würde sich äußerst nachteilig auf die Sicherstellung von Transparenz, Nichtdiskriminierung und fairen Wettbewerb im öffentlichen Auftragswesen auswirken. Dies gilt auch deshalb, weil bei einer Anhebung der Schwellenwerte der Geltungsbereich des EU-weiten effektiven Vergaberechtsschutzes reduziert würde, was vor allem den Interessen der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) zuwiderliefe. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass unterhalb der Schwellenwerte nicht der *effektive* Vergaberechtsschutz nach den EG-Rechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG gilt, der für Betroffene deutlich wirkungsvoller als der Rechtsschutz nach den allgemeinen Vorschriften ist.

Im Übrigen würde eine Anhebung der Schwellenwerte zu gravierenden Problemen angesichts der Vorgaben des Government Procurement Agreement der WTO (GPA) zu den GPA-Schwellenwerten führen, die von der EU zwingend zu beachten sind. Eine Forderung nach Anhebung der Schwellenwerte im Rahmen des GPA wäre weder unter Gesichtspunkten des öffentlichen Auftragswesens noch der EU-Handelspolitik vertretbar.

Aus allen genannten Gründen folgt, dass eine Anhebung der Schwellenwerte nachdrücklich abzulehnen ist.

*7. Halten Sie die derzeitigen Bestimmungen für Aufträge, die nicht unter die Richtlinie fallen, für zweckmäßig? Meinen Sie, dass der entsprechende Abschnitt überarbeitet werden sollte oder dass einzelne Ausschlüsse einer Klarstellung bedürfen?*

Die bisherigen Ausschluss-Vorschriften sind bisher nicht auf nennenswerte Probleme gestoßen.

*8. Sollten bestimmte Ausschlüsse abgeschafft, überarbeitet oder aktualisiert werden? Wenn ja, welche? Was würden Sie vorschlagen?*

Im Sinne der nötigen Transparenz und Wettbewerbsfähigkeit im öffentlichen Auftragswesen sollten die Ausschlussstatbestände nicht erweitert werden.

*9. Halten Sie den derzeitigen Ansatz für die Definition öffentlicher Auftraggeber für zweckmäßig? Sollte insbesondere der Begriff der „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ im Lichte des EuGH-Fallrechts präzisiert und aktualisiert werden? Wenn ja, welche Art von Aktualisierung würden Sie vorschlagen?*

Der bisherige Ansatz hat sich grundsätzlich bewährt. Die Richtlinien sollten nicht übermäßig mit Detailfeststellungen der Rechtsprechung des EuGH aufgebläht werden. Auch im Falle weiterer legislativer Spezifizierungen würden sich Abgrenzungsfragen im Einzelfall nicht vermeiden lassen.

*10. Sind Sie der Auffassung, dass die EU-Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge für diese Sektoren nach wie vor notwendig sind? Bitte begründen Sie Ihre Antwort.*

*10.1. Falls ja: Sollten bestimmte bislang abgedeckte Sektoren ausgenommen werden oder sollten – vice versa – andere Sektoren ebenfalls den Bedingungen unterliegen? Bitte erläutern Sie, welche Sektoren abgedeckt werden sollten und begründen Sie ihre Antwort.*

*11. Derzeit definiert sich der Anwendungsbereich der Richtlinie auf der Grundlage der von den Einrichtungen ausgeübten Tätigkeiten, ihrer rechtlichen Stellung (öffentlich oder privat) und – sofern es sich um private Einrichtungen handelt – des Bestehens oder Nichtbestehens von Sonder- oder Exklusivrechten. Halten Sie diese Kriterien für relevant oder sollten andere Kriterien verwendet werden? Bitte erklären Sie, warum.*

*12. Kann davon ausgegangen werden, dass das gewinnorientierte bzw. kommerzielle Ethos privater Unternehmen ausreicht, um eine objektive und faire Auftragsvergabe seitens dieser Einrichtungen zu garantieren (selbst wenn sie auf der Grundlage von Sonder- oder Exklusivrechten tätig sind)?*

*13. Ist die derzeitige Bestimmung in Artikel 30 der Richtlinie ein wirksames Mittel zur Anpassung des Anwendungsbereichs der Richtlinie an sich verändernde Regulierungs- und Wettbewerbsmuster auf den einschlägigen (nationalen und sektoralen) Märkten?*

Das bestehende System der Richtlinie 2004/17/EG, nach dem die in besonderen Bereichen tätigen Auftraggeber grundsätzlich dem Regelwerk für öffentliche Aufträge unterliegen, andererseits aber eine Herausnahme eines Sektors im Falle vollständiger Liberalisierung eines Sektors gemäß Artikel 30 der Richtlinie 2004/17/EG erfolgen kann, erscheint grundsätzlich angemessen.

Artikel 30 der Richtlinie 2004/17/EG ist ein wirksames und sachgerechtes Instrument zur Anpassung des Anwendungsbereichs der Richtlinie an eine sich verändernde Regulierungs- und Wettbewerbssituation auf den betreffenden Märkten, da er eine Herausnahme der entsprechenden Bereiche aus dem Regelwerk erlaubt, diese aber richtigerweise nicht ohne Weiteres, sondern nur im Falle einer rechtlichen und tatsächlichen Marktöffnung erlaubt.

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

Das derzeitige Detailniveau der EU-Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge ist ebenso zweckmäßig wie notwendig. Gegen eine Absenkung spricht unter anderem auch, dass damit die Nachprüfbarkeit der Rechtmäßigkeit von Vergabeverfahren, die für die Durchsetzung von Transparenz und Marktöffnung im öffentlichen Auftragswesen unerlässlich ist, unvermeidbar erschwert würde.

*15. Meinen Sie, dass die Verfahren der derzeitigen Richtlinien den öffentlichen Auftraggebern die Erzielung bestmöglicher Auftragsvergabeergebnisse ermöglichen? Wenn nicht: Wie sollten die Verfahren verbessert werden, um die Verwaltungslasten*

*und die Transaktionskosten zu senken, die Verfahrensdauer zu verkürzen und gleichzeitig zu garantieren, dass die öffentlichen Auftraggeber ein optimales Preis-Leistungs-Verhältnis erzielen?*

Eine konsequente Anwendung der Vorschriften gewährleistet größtmöglichen Wettbewerb und verhindert wettbewerbswidrige Praktiken, die zu einer Begünstigung bestimmter Anbieter und in der Regel zu negativen Auswirkungen auf das Preis-Leistungsverhältnis führen. Insoweit ermöglichen die Verfahren der derzeitigen Richtlinien den öffentlichen Auftraggebern grundsätzlich die Erzielung bestmöglicher Auftragsvergabeergebnisse.

Gegenüber der gelegentlich geäußerten Kritik an angeblich zu langen Verfahrenszeiten muss berücksichtigt werden, dass die geltenden Angebotsfristen bereits jetzt für Auftragnehmer sehr knapp bemessen sind und Verfahrensverzögerungen in der Praxis häufig durch Faktoren jenseits dieser Fristen – wie beispielsweise politische Entscheidungsprozesse – verursacht werden. Bereits jetzt können Verfahrensfristen im Falle der Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel verkürzt werden. Weitergehende Verkürzungen der Mindestfristen sollten nicht vorgenommen werden; ansonsten droht eine Verringerung der Zahl qualitativ akzeptabler Angebote und damit des Wettbewerbs.

Für eine Optimierung des EU-Vergaberechts kommt allerdings in Betracht, mit Blick auf eine nachhaltige Verbesserung des Preis-Leistungsverhältnisses und im Sinne einer grundsätzlichen Stärkung der Beschaffung innovativer Güter und Dienstleistungen die Vergabe nach dem Prinzip des wirtschaftlich günstigsten Angebots zum allein gültigen Prinzip des EU-Vergaberechts zu machen und die bisher nach EU-Vergaberecht ebenfalls bestehende Möglichkeit der Vergabe allein nach dem Prinzip des niedrigsten Preises ersatzlos zu streichen.

*16. Können Sie sich andere Verfahrenstypen vorstellen, die in den derzeitigen Richtlinien nicht vorgesehen sind und die Ihrer Auffassung nach die Kosteneffizienz öffentlicher Auftragsvergabeverfahren erhöhen könnten?*

Nein. Die Zulassung etwaiger sonstiger Prinzipien für die Zuschlagserteilung ist abzulehnen, da sie die Rechtslage unnötig verkomplizieren würde.

*17. Sind Sie der Auffassung, dass die in der Richtlinie vorgesehenen Verfahren und Instrumentarien zur Erfüllung spezifischer Bedürfnisse und zur Erleichterung privater Beteiligungen mittels öffentlich-privater Partnerschaften (z. B. dynamisches Beschaffungssystem, wettbewerblicher Dialog, elektronische Auktionen, Wettbewerbe) in ihrer jetzigen Form beibehalten, geändert oder ggf. abgeschafft werden sollten?*

Das Verfahren des „dynamischen elektronischen Beschaffungssystems“, das nach der übereinstimmenden Einschätzung aller Industriebranchen überaus kompliziert ist und in der Praxis EU-weit keine nennenswerte Bedeutung erlangt hat, sollte ersatzlos abgeschafft werden. Das Verfahren der umgekehrten elektronischen Auktion halten wir nach wie vor allenfalls für einfache, völlig standardisierte Güter für geeignet.

*18. Würden Sie auf der Grundlage Ihrer Erfahrungen mit dem Rückgriff auf das beschleunigte Verfahren in den Jahren 2009 und 2010 eine allgemeine Einführung dieser Möglichkeit der Fristverkürzung unter bestimmten Umständen befürworten? Wäre dies Ihrer Meinung nach ohne eine Beeinträchtigung der Qualität der Angebote möglich?*

Die Sonderregelungen als Reaktion auf die Wirtschafts- und Finanzkrise in den Jahren 2009 und 2010 waren als *kurzfristige* Krisenreaktionsinstrumente angemessen. Sie sollten nicht perpetuiert werden. Fristverkürzungen über bei Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel zulässige Fristverkürzungen hinaus sollten nicht vorgenommen werden, da bereits die geltenden Fristen knapp bemessen sind.

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

Eine besonders gründlich und wiederholt mit allen Branchen der deutschen Industrie durchgeführte Erörterung dieses Themas hat eindeutig zu folgender gesamtindustrieller Meinungsbildung geführt:

Ein *genereller* Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren als allgemein zulässiges Regelverfahren (auch soweit es mit vorheriger Bekanntmachung einer Ausschreibung erfolgt) ist abzulehnen, da das Verhandlungsverfahren das am wenigsten transparente Verfahren ist und außerordentlich hohe Anforderungen an die Vergabestelle stellt, deren Einhaltung mangels näherer Anhaltspunkte zum Verfahren nicht einfach ist. Dementsprechend wird aus verschiedensten Branchen übereinstimmend leider immer wieder über zahlreiche Missachtungen grundlegender Prinzipien wie des nötigen vertraulichen Umgangs mit Bieterinformationen und übermäßigem Preisdruck auf die Bieter im Verhandlungsverfahren berichtet, wobei Letzteres oft vordergründig als Erfolg des Beschaffers eingestuft wird. Dabei wird häufig verkannt, dass damit jedoch nicht selten eine dauerhafte Verabschiedung gerade besonders leistungsfähiger Anbieter aus dem öffentlichen Beschaffungsmarkt und eine Reduzierung des Wettbewerbs qualitativ hochstehender Bieter ausgelöst wird, die sich in Wahrheit negativ auf die angestrebte wirtschaftliche Beschaffung auswirken kann.

Auch wurde aus verschiedensten Branchen darauf verwiesen, dass selbst im Falle eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnehmerwettbewerb tendenziell eine empfindliche Reduzierung des Wettbewerbs im Vergleich zum offenen Verfahren zu erwarten wäre. Dies würde sich sehr negativ auf die Marktöffnung im Binnenmarkt auswirken.

Aus allen genannten Gründen sollte den vorstehenden Gründen sollte das Verhandlungsverfahren (auch mit vorheriger Bekanntmachung) nicht als allgemein zulässiges Regelverfahren zugelassen werden; vielmehr sollte der Ausnahmecharakter des Verhandlungsverfahrens beibehalten werden.

Unabhängig davon sollten für das Verhandlungsverfahren generell angemessene Mindestverfahrensgarantien eingeführt werden. Dazu zählen vor allem

- eine Verpflichtung des Auftraggebers, so wie auch bei vielen Beschaffungen im privaten Sektor üblich, den Verfahrensbeteiligten zu Beginn zumindest den groben Ablauf des avisierten Verfahrens mitzuteilen,
- eine hinreichende Dokumentation vorzuschreiben und
- für den Abschluss des Verfahrens eine „best and final offer“ als für alle verbindlichen Schluss der Verhandlungen vorzusehen.

Derartige Mindestgarantien würden einerseits nicht zu einer übermäßigen Regulierung des Verfahrens führen, andererseits aber zumindest rudimentäre Absicherungen gegen leider sehr verbreitet anzutreffenden Fehlgebrauch dieses Verfahrens bewirken.

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

*Die Ausführungen zu Ziffer 19 gelten für alle Arten von Aufträgen bzw. öffentlichen Auftraggebern.*

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

Ja, s. die Antwort zu Ziffer 19.

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

Nein. Ein solcher Vorschlag ist nachdrücklich abzulehnen, da er zu einer weiteren Fragmentierung, neuerlichen Abgrenzungsschwierigkeiten und damit unnötiger Verkomplizierung des Rechtsrahmens für öffentliche Aufträge führen würde.

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

Grundsätzlich erscheint eine Beibehaltung des bisherigen Systems sinnvoll. Bei einer Abkehr von der bisherigen Abfolge könnte es sogar zu neuen Gefahren für Nichtdiskriminierung und Binnenmarkt kommen. Würden beispielsweise, wie teilweise erwogen, die Zuschlagskriterien vor der Eignung geprüft, könnte dies durchaus dazu verleiten, bei einem Bieter, der nach Prüfung der Zuschlagskriterien ausgewählt wurde, jedoch nicht die nötige Eignung besitzt, seine Eignung notfalls zu Lasten der übrigen Bieter zu „konstruieren“, um den praktisch schon ausgewählten Bieter nicht mehr zu

verlieren. Solche Beispiele zeigen, dass eine Lockerung oder Änderung der Abfolge dem bestehenden Verfahren nicht grundsätzlich überlegen wäre, sondern ihrerseits auch erhebliche Nachteile aufwiese.

Als Erleichterungsmaßnahme im Sinne der Reduzierung des Aufwands kommt dagegen eher eine verstärkte Harmonisierung der Präqualifizierungssysteme in Betracht.

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

*25. Sollte die Richtlinie ausdrücklich die Berücksichtigung früherer Erfahrungen mit einem oder mehreren Bietern gestatten? Wenn ja, welche Schutzmaßnahmen wären zur Verhinderung diskriminierender Praktiken erforderlich?*

Einerseits erscheint es nachvollziehbar, dass ein öffentliche Auftraggeber ebenso wie Private den Auftrag nicht an einen Bieter vergeben möchte, mit dem er in der Vergangenheit schlechte Erfahrungen gemacht hat. Dies kann jedoch in gewissem Maße schon jetzt bei der Eignungsprüfung hinsichtlich des Aspekts der Zuverlässigkeit berücksichtigt werden. Auf der anderen Seite ist in Ansatz zu bringen, dass die Berücksichtigung von Kriterien, die den Bieter selbst betreffen – und vor allem die Berücksichtigung früherer Erfahrungen mit einem oder mehreren Bietern – im öffentlichen Beschaffungswesen nennenswerte Gefahren einer pauschalen Bevorzugung bestimmter Bieter in sich birgt, von denen sehr negative Einflüsse auf die Ziele der Nichtdiskriminierung, Marktöffnung und Innovation ausgehen können. Auch hätten junge Betriebe bei Abstellen auf gute Vorerfahrung kaum eine Chance, Aufträge zu erhalten. Diese negativen Konsequenzen wären auch mit einer Benennung von Referenzen oder anderen Schutzmaßnahmen kaum zu überwinden. Aus den genannten Gründen ist die ausdrückliche Gestattung der Berücksichtigung früherer Erfahrungen abzulehnen.

*26. Sind Ihrer Auffassung nach spezifische Vorschriften für die Auftragsvergabe durch Betreiber von Versorgungsunternehmen erforderlich? Wird in den für Betreiber von Versorgungsunternehmen und öffentliche Unternehmen unterschiedlichen Bestimmungen dem spezifischen Charakter der Auftragsvergabe im Versorgungssektor Rechnung getragen?*

Die bestehenden Vorschriften der Richtlinie 2004/17/EG, die den Betreibern von Versorgungsunternehmen bereits Erleichterungen wie die freie Wahl des Vergabeverfahrens einräumen, sind angemessen und ausreichend.

*27. Sind Sie der Auffassung, dass das Regelwerk für die Vergabe öffentlicher Aufträge mit Blick auf die Bedürfnisse kleiner öffentlicher Auftraggeber insgesamt geeignet oder eher ungeeignet ist? Bitte erläutern Sie Ihre Antwort.*

Der EU-Vergaberechtsrahmen in der 2004 erheblich vereinfachten und grundsätzlich wohldurchdachten Konzeption erscheint grundsätzlich für *alle* öffentlichen Auftraggeber geeignet. Eine generelle Verringerung des Schutzniveaus der Vergabevor-



schriften für Vergaben kleinerer, lokaler Auftraggeber könnte sehr nachteilige Konsequenzen für das öffentliche Auftragswesen insgesamt haben, da lokale öffentliche Auftraggeber einen wesentlichen Anteil am Gesamtvolumen der öffentlichen Auftragsvergabe haben.

Angesichts der von kommunaler Seite geäußerten Kritik an einem vorgeblich zu komplizierten Verfahren und angeblich zu weit gehendem Rechtsschutz erscheint der Hinweis angebracht, dass eine Betrachtung der EuGH-Rechtsprechung offenbart, dass ein erheblicher Teil der vom EuGH entschiedenen Vergabestreitfälle auf eine Missachtung oder gar dezidierte Ignorierung in Wahrheit nicht übermäßig komplizierter Rechtsvorgaben zurückzuführen ist. Dabei stehen offenkundig sehr häufig eine Vermeidung des Wettbewerbs oder gar eine gezielte Bevorzugung bestimmter Bieter im Mittelpunkt. Dies zeigt sich vor allem in zahlreichen Fällen der unzulässigen Direktvergabe ohne jegliche Ausschreibung, die oft zu überkauften Beschaffungen zum gravierenden Nachteil nicht nur des fairen Wettbewerbs, sondern auch der Steuerzahler und damit auch der EU-Bürger führt. Angesichts dieser Sachlage kann die bloße Existenz zahlreicher Vergaberechtsstreitigkeiten nicht als tragfähiges Argument für die Unzumutbarkeit des Vergaberechts für kleinere Kommunen überzeugen. Auch einer kleinen Kommune ist es zuzumuten, ordnungsgemäß zustande gekommenes und in der Sache durchaus sinnvolles Europarecht anzuwenden.

Soweit Defizite bestehen, sollten verstärkt Schulungs- und Fortbildungsmaßnahmen ergriffen werden, entweder durch interne Schulung oder durch Inanspruchnahme inzwischen vorhandener neutraler und qualifizierter Fortbildungseinrichtungen im Bereich des Vergaberechts.

*28. Wenn ja, würden Sie vereinfachte Vorschriften für die Vergabe von Aufträgen von relativ geringem Umfang durch die lokalen und regionalen Behörden befürworten? Wie sollten derart vereinfachte Regeln Ihrer Meinung nach aussehen?*

Nein, s. die Antwort zu Frage 27.

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

a) unmittelbar zu Frage 29:

Die Ausführungen der Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bereichen unterhalb der Schwellenwerte bzw. in Bereichen, in denen die Vergaberichtlinien nicht gelten, sind grundsätzlich sachgerecht und hilfreich.

b) zur damit verbundenen Frage der Höhe der Schwellenwerte:

Eine Anhebung der Schwellenwerte ist nachdrücklich abzulehnen (s. die ausdrückliche Begründung dazu in der Antwort zu Frage 6).

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

Prinzipiell erscheinen die Rechtsprechung des EuGH zu diesem Thema ausreichend und legislative Regelungen insoweit nicht erforderlich. Sollte es dennoch zu diesbezüglichen Legislativregelungen kommen, müssten sich diese eng am Fallrecht des EuGH orientieren. Auf keinen Fall dürfen sie zu einer weiteren Ausweitung vergaberechtsfreier öffentlich-öffentlicher Kooperationen über den vom EuGH für zulässig erklärten Rahmen hinaus führen.

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

Nein, der geltende Rechtsrahmen ist hinreichend klar, s. dazu auch die Antwort zu Frage 30.

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

Nein, s. die Antwort zu Frage 30.

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

Nein, s. die Antwort zu Frage 30..

*34. Befürworten Sie generell eine stärkere Zusammenführung der Nachfrage / eine umfangreichere gemeinsame Auftragsvergabe? Was sind Ihrer Auffassung nach die Vor- bzw. Nachteile?*

Eine Bündelung der Nachfrage kann in manchen Fällen anfänglich zu einem verbilligten Einkauf führen. Es besteht allerdings die Gefahr, dass bei einer Nachfragebündelung auch auf der Bieterseite Zusammenballungen (bis zum Verbleib von nur ganz wenige oder gar nur eines einzigen Anbieters) die Folge sind, die letztlich zu neuen Abhängigkeiten und auch einem Teuerungsschub führen können.

Eine Bündelung der Nachfragemacht hat häufig auch eine Vereinheitlichung der Produktnachfrage zur Folge. Damit schwinden zunehmend auch Möglichkeiten, einmal "etwas anderes", d. h. alternative und möglicherweise innovative Waren oder Dienstleistungen erfolgreich anbieten zu können. Der eine Auftraggeber kann mangels solcher

Möglichkeiten dann auch keine Verbesserungen für seine eigene Zwecke mehr ableiten.

Bei einer jeden „Zusammenführung“ der Nachfrage ist auch zu bedenken, dass Nachfragebündelung auch verstärkt zur Entstehung von Marktmacht auf der Auftraggeberseite im kartellrechtlichen Sinne führen kann. Einhergehend mit solchen Entwicklungen und der bereits angesprochenen Reduzierung des Bieterwettbewerbs kann es insbesondere auch zu negativen Konsequenzen für KMU kommen.

*35. Bestehen Ihrer Meinung nach Hindernisse für eine wirksame Zusammenführung der Nachfrage / gemeinsame Auftragsvergabe? Glauben Sie, dass die Instrumente dieser Richtlinien, die eine Zusammenführung der Nachfrage vorsehen (zentrale Beschaffungsstelle, Rahmenverträge) gut funktionieren und ausreichend sind? Wenn nicht, wie sollten diese Instrumente geändert werden? Welche anderen Instrumente oder Bestimmungen sind Ihrer Meinung nach erforderlich?*

Die die nach den geltenden Richtlinien bestehenden Möglichkeiten sind ausreichend. Bereits die danach bestehenden Möglichkeiten bergen, wie verschiedene Industriebereiche übereinstimmend berichten, nicht unerhebliche Risiken für den Wettbewerb. Dementsprechend sollten die bestehenden Instrumente keinesfalls erweitert werden.

*36. Glauben Sie, dass eine stärkere Zusammenführung der Nachfrage / eine umfangreichere gemeinsame Auftragsvergabe Risiken im Sinne der Wettbewerbsbeschränkung oder eines verringerten Zugangs zu öffentlichen Aufträgen seitens der KMU beinhaltet? Wenn ja, wie könnten mögliche Risiken abgeschwächt werden?*

Ja. Insbesondere für KMU, aber nicht nur für diese, bestehen erhebliche Gefahren bei einer zu starken Bündelung. Diesen strukturellen Gefahren für einen angemessenen Bieterwettbewerb kann kaum durch etwaige Gegenmaßnahmen entgegengetreten werden (s. dazu auch die Antwort zu Fragen 34 und 35).

*37. Glauben Sie, dass die gemeinsame Auftragsvergabe für einige bestimmte Produktbereiche besser geeignet ist als für andere? Wenn ja, nennen Sie bitte diese Bereiche und die Gründe dafür.*

Eine gebündelte Beschaffung mag tendenziell am ehesten für einfache, vollständig standardisierte Produkte in Betracht kommen. Die aufgezeigten strukturellen Gefahren einer übermäßigen Bündelung (s. Antworten zu Fragen 34-37) bestehen allerdings für *alle* Produkte. Daher sollten die nach EU-Vergaberecht bereits bestehenden Möglichkeiten einer gebündelten Nachfrage generell *nicht* ausgeweitet werden.

*38. Halten Sie die grenzübergreifende gemeinsame Auftragsvergabe für problematisch (z. B. in Bezug auf die anwendbaren Rechtsvorschriften und Überprüfungsverfahren)? Denken Sie insbesondere, dass Ihre nationalen Rechtsvorschriften es gestatten würden, dass ein öffentlicher Auftraggeber einem Überprüfungsverfahren in einem anderen Mitgliedstaat unterworfen werden kann?*

Während die Rechtsvorschriften im Normalfall dem Recht des Landes des Auftraggebers folgen, besteht bei großen grenzüberschreitenden Vergaben, die sich über mehrere Mitgliedstaaten erstrecken, ein Bedürfnis für Vorschriften für ein solches gemeinsames Verfahren.

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

Die bestehenden Vorschriften sind ausreichend. Die Richtlinien sollten nicht durch übermäßig viele Detailbestimmungen überfrachtet werden.

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

Als Ausfluss der Vorschriften des EU-Vergaberechts dürfte der Grundsatz gelten, dass bei Änderungen *wesentlicher* Bedingungen prinzipiell die gleichen Vorschriften wie nach den allgemeinen Regeln des EU-Vergaberechts für das ursprüngliche Vergabeverfahren zu beachten sind. Demgegenüber könnte die Zulassung eines „flexibleren“ Verfahrens sehr leicht dazu führen, dass bestehende Vertragsverhältnisse durch verringerten Wettbewerb bei der Änderung dauerhaft zum Nachteil der übrigen Wettbewerber perpetuiert würden. Dies könnte sich im Ergebnis sehr problematisch auswirken könnte und sogar Rechtsgestaltungen mit dem Ziel der Umgehung der Wettbewerbsvorschriften bei Vertragsänderungen hervorrufen.

*41. Haben EU-Vorschriften zu Änderungen im Zusammenhang mit der Vertragsausführung Ihrer Meinung nach einen Mehrwert? Wenn ja, wie sähe er aus? Sollten EU-Vorschriften insbesondere die ausdrückliche Verpflichtung oder das Recht der öffentlichen Auftraggeber in Bezug auf einen Bieterwechsel/eine Auftragsbeendigung unter bestimmten Umständen festschreiben? Wenn ja, in welchen Fällen? Sollten die EU-Vorschriften zudem spezifische Verfahren für die Art und Weise vorsehen, wie die neuen Bieter ausgewählt werden müssen/können?*

Änderungen der Vorschriften zur Vertragsausführung erscheinen nicht sinnvoll.

Vorschriften, die eine ausdrückliche Verpflichtung oder das Recht der öffentlichen Auftraggeber in Bezug auf einen „Bieterwechsel“ oder eine Auftragsbeendigung vorsehen, könnten sich sogar sehr negativ auswirken. Dies gilt beispielsweise, wenn die Unwirksamkeit einer Vergabeentscheidung durch einen vom Auftraggeber ohne Verschulden des Auftragnehmers verursachten Rechtsfehler herbeigeführt wurde. Insoweit könnte ein selbst korrekt handelnder Auftragnehmer durch erleichterte Vorschriften zur Vertragsausführung bzw. zum Bieterwechsel schlechter gestellt werden als er sonst stehen würde. Auch würde ein hohes Risiko bestehen, dass neue Vorschriften zu Auftragsbeendigung und Bieterwechsel zu einem sonst unzulässigen Wechsel des Auftragnehmers oder einer sonst unstatthaften Vertragsbeendigung ausgenutzt werden könnten.

*42. Sollten die EU-Richtlinien auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens den Mitgliedstaaten vorschreiben, in ihren Bestimmungen das Recht auf Auftragsbeendigung vorzusehen, wenn Aufträge in Verstoß gegen die Vergabevorschriften vergeben wurden*

Nein. Eine solche Regelung würde erhebliche Manipulationsmöglichkeiten in der Praxis mit sich bringen, s. auch die Antwort zu Frage 41.

*43. Sollten Ihrer Auffassung nach bestimmte Aspekte der Auftragsausführung – und wenn ja, welche – auf EU-Ebene reguliert werden? Bitte erläutern Sie dies.*

Die Vorschriften zur Auftragsausführung sollten nicht erweitert werden. Insbesondere sollten sie nicht zu einer noch weiter als bisher gehenden Berücksichtigung so genannter allgemeinpoltischer Aspekte dienen.

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

Diese Frage ist mit allem Nachdruck zu verneinen. Die Einräumung derartiger Vorgaben wäre sehr schädlich für Wettbewerb und Binnenmarkt. Es ist grundsätzlich Sache des unternehmerisch handelnden Auftragnehmers, der für die Qualität seines Angebots haftet, über die Auswahl bestgeeigneter Unterauftragnehmer selbst zu entscheiden. Die Schaffung neuer Eingriffsmöglichkeiten des Auftraggebers in diese natürliche Kompetenz des Auftragnehmers wäre kontraproduktiv. Sie würde sich letztlich negativ auf Qualität, Preisgefüge und Innovation auswirken.

*45. Ermöglichen die derzeitigen Vergaberichtlinien es den Wirtschaftsteilnehmern Ihrer Ansicht nach, die Möglichkeiten der öffentlichen Auftragsvergabe im Binnenmarkt in vollem Umfang zu nutzen? Falls nein: Welche Bestimmungen sind Ihrer Auffassung nach nicht gut auf den Bedarf der Wirtschaftsteilnehmer abgestimmt und warum?*

Grundsätzlich weitestgehend ja, wenn sie konsequent angewendet werden.

Lediglich in einigen speziellen Punkten erscheinen Ergänzungen bzw. Änderungen notwendig - insbesondere:

- ersatzlose Abschaffung der Möglichkeit der des Zuschlagserteilung allein nach dem Prinzip des niedrigsten Preises (s. Antwort zu Frage 70.1.3),
- ersatzlose Streichung des überkomplizierten und praktisch weitestgehend bedeutungslos gebliebenen Verfahrens des „dynamischen Beschaffungssystems“ (s. Antwort zu Frage 17) und
- EU-weite legislative Klarstellung bezüglich der vergaberechtlichen Wirkung einer effektiven „Selbstreinigung“ eines Unternehmens nach vorangegangenen Fehlverhalten(s. Antwort zu Frage 106).

*46. Sind Vergaberegeln und Vergabepolitik der EU Ihrer Ansicht nach bereits ausreichend KMU-freundlich? Oder sollten Bestimmungen der Richtlinie überarbeitet oder zusätzliche Bestimmungen aufgenommen werden, um die KMU-Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen zu fördern? Führen Sie Ihre Antwort bitte näher aus.*

Die gravierendsten Probleme kleiner und mittlerer Unternehmen dürften weniger im Rechtsrahmen, als im praktischen Verhalten mancher öffentlicher Auftraggeber begründet sein. Dies gilt insbesondere für das häufig berichtete Problem übermäßiger Forderungen öffentlicher Auftraggeber nach Nachweisen und finanziellen Garantien. Deren Beibringung ist für alle Unternehmen, vor allem aber für KMU sehr problematisch. Insoweit sollte der Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit* der Forderung nach solchen Garantien und Nachweisen stärker betont werden.

Ein weiteres praktisches Problem liegt darin, dass viele Ausschreibungen unter nicht hinreichenden Leistungsbeschreibungen des öffentlichen Auftraggebers leiden. Auch diese Praxiserfahrung sollte im Zuge der Vergaberechtsevaluierung und -revision mitberücksichtigt werden.

*47. Sollten einige Maßnahmen des Verhaltenskodex wie die Unterteilung in Lose den Auftraggebern (vorbehaltlich bestimmter Einschränkungen) verpflichtend vorgeschrieben werden?*

Die Maßnahmen des Verhaltenskodex sollten *nicht verpflichtend* festgeschrieben werden. Eine pauschale Verpflichtung zur Aufteilung in Lose wäre kontraproduktiv, da nicht alle Aufträge dazu geeignet sind.

*48. Finden Sie, dass die Bestimmungen über die Auswahl des Bieters den KMU einen unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand verursachen? Falls ja, wie könnten diese Bestimmungen gelockert werden, ohne dass die Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und einer qualitativ hochwertigen Vertragsdurchführung in Gefahr gebracht werden?*

S. dazu zunächst die Antwort zu Frage 46.

Zudem möchten wir darauf aufmerksam machen, dass die allgemeinen Erfahrungsgrundsätze zu Rechtssicherheit, Kontinuität und Akzeptanz der Rechtsordnung bei der Reform nicht völlig außer Acht bleiben sollten. Das ständige Ändern von Vorschriften, dürfte gerade bei KMU nicht dazu führen, die Beteiligung am Wettbewerb um öffentliche Aufträge besonders attraktiv zu machen. Das dürfte vor allem für neue Marktteilnehmer und kleine Unternehmen gelten, und zwar insbesondere dann, wenn die wahren Probleme weniger in der Rechtsordnung als in der praktischen Anwendung liegen.

*49. Befürworten Sie eine Lösung, bei der nur die in die engere Auswahl gekommenen Bewerber / erfolgreichen Bieter Nachweise liefern müssen?*

Mögliche Vereinfachungen bezüglich der Nachweise sollten näher geprüft werden. Allerdings ist dabei auch zu berücksichtigen, dass bei der vorgeschlagenen Vorgehensweise unerwünschte Verzögerungen auftreten könnten, wenn die

Nachweise erst spät geliefert werden müssten und dabei Schwierigkeiten auftreten. Zum anderen wird auch darauf verwiesen, dass eine solche Vorgehensweise möglicherweise sogar zu Diskriminierungen von Bietern führen könnte, wenn der „gewünschte“ Bieter die Nachweise gar nicht erbringen kann und, um Zeitverzögerungen zu vermeiden, die Nachweise zum Nachteil anderer Bieter „stimmend gemacht“ werden könnten. Dementsprechend sollte die geltende Rechtslage insoweit jedenfalls keineswegs voreilig geändert werden.

*50. Sind Eigenerklärungen Ihrer Ansicht nach ein geeigneter Weg, um die Verwaltungslasten aufgrund der Nachweise zu den Auswahlkriterien zu verringern oder reichen sie nicht aus, um Bescheinigungen zu ersetzen? In Bezug auf welche Themen sind Eigenerklärungen (insbesondere Angaben zum Unternehmen selbst) geeignet und in Bezug auf welche nicht?*

Im Sinne der Vermeidung unnötiger bürokratischer Belastungen sollte als Erstes stets geprüft werden, ob ein erwogener Nachweis überhaupt erforderlich ist.

Soweit danach ein Nachweis überhaupt notwendig ist, können Eigenerklärungen durchaus einen Beitrag zur Verringerung des bürokratischen Aufwands bei den Bietern leisten.

Nützlich können auch Präqualifizierungssysteme sein. Diesbezüglich bedarf es EU-weit einer gegenseitigen Anerkennung dieser Systeme.

*51. Stellen Ihrer Ansicht nach übertrieben strenge Anforderungen an den Umsatz als Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit ein Problem für KMU dar? Sollten in den EU-Vorschriften bestimmte Höchstquoten festgelegt werden, um die Verhältnismäßigkeit der Auswahlkriterien sicherzustellen (darf beispielsweise der geforderte Umsatz ein bestimmtes Vielfaches des Vertragswerts nicht überschreiten)? Würden Sie andere Instrumente vorschlagen, um sicherzustellen, dass die Auswahlkriterien im Hinblick auf Vertragswert und Vertragsgegenstand verhältnismäßig sind?*

Maßnahmen zur Sicherstellung der Verhältnismäßigkeit der Auswahlkriterien erscheinen grundsätzlich sinnvoll. Mit festen Umsatz-Grenzen - wie beispielsweise ein bestimmtes Vielfaches des Vertragswertes - läuft man Gefahr, den Wettbewerb unangemessen zu beschränken und neu gegründeten Unternehmen den Marktzugang zu verwehren (unerwünschte Förderung des „closed shop-Prinzips“).

Soweit danach überhaupt Nachweise zum Umsatz in Betracht kommen, sollten dazu Eigenerklärungen ausreichen.

*52. Was sind die Vor- und Nachteile der Option, dass die Mitgliedstaaten ihren öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit geben bzw. diese dazu verpflichten, vom erfolgreichen Bieter zu verlangen, dass er einen bestimmten Anteil des Hauptvertrags an Dritte vergibt?*

Derartige Optionen sind mit allem Nachdruck abzulehnen. Sie sollten weder als verpflichtende Vorschrift noch als Option für die Mitgliedstaaten eingeführt werden. Sie sind nicht nur aus systematischen Gründen unvertretbar, sondern auch zweifellos

kontraproduktiv für Qualität, Preis und Innovation (vgl. dazu bereits die Antwort zu Frage 44).

*53. Sind Sie der Ansicht, dass das öffentliche Beschaffungswesen bedeutende Auswirkungen auf die Marktstrukturen haben kann und die Auftraggeber ihre Beschaffungsstrategien, sofern möglich, anpassen sollten, um wettbewerbswidrige Marktstrukturen zu bekämpfen?*

Das beste Mittel gegen die im Grünbuch erwähnten, teilweise wettbewerbswidrigen oder oligopolistischen Marktstrukturen ist eine konsequente europaweite Marktöffnung, die teilweise noch bestehende nationale oder regionale Marktabschottungen überwinden kann. Notwendig ist dazu eine konsequente Anwendung der Regeln des EU-Vergaberechts.

Mit Blick auf die angesprochenen wettbewerbswidrigen Marktstrukturen ist anzumerken, dass nicht nur Oligopole auf Seiten der privaten Anbieter, sondern auch das Verhalten marktmächtiger öffentlicher Auftraggeber oder übermäßige Ausdehnungen öffentlich-öffentlicher Partnerschaften erheblich wettbewerbswidrig wirken können.

*54. Finden Sie, dass Vergaberegeln und Vergabepolitik der EU (fakultative) Instrumente zur Förderung wettbewerbsfreundlicher Beschaffungsstrategien vorsehen sollten? Falls ja, welche Instrumente würden Sie vorschlagen?*

Das wichtigste Instrument der EU und der Mitgliedstaaten zur Förderung einer wettbewerbsfreundlichen Beschaffung ist die konsequente Anwendung und effektive Überwachung der Einhaltung des EU-Vergaberechts als essenzieller Teil des EU-Binnenmarktrechts.

Mit den durch die EU-Vergabevorschriften bewirkten Garantien für fairen Wettbewerb und effizienten Staatseinkauf leistet das Vergaberecht einen unmittelbaren Beitrag zur Stärkung der wirtschaftlichen Prosperität Europas und damit auch zum Wohle von Gesellschaft und Bürgern der EU. Damit trägt das Vergaberecht unmittelbar zu den essenziellen Zielen der europäischen Grundstrategie „Europa 2020“ bei.

Umgekehrt ist allen Versuchen, die Regelungen für ein transparentes und wettbewerbsorientiertes Vergabewesen abzuschwächen oder zu unterminieren eine Absage zu erteilen. Ausdrücklich abzulehnen ist ebenso eine Überfrachtung der öffentlichen Beschaffung mit Forderungen nach Berücksichtigung nicht auftragsbezogener allgemeinpolitischer Aspekte. *Eine zu weit gehende allgemeinpolitische „Instrumentalisierung“ des Vergabewesens würde den Zielen der Strategie „Europa 2020“ mehr schaden als nützen.*

*55. Sind Sie der Ansicht, dass vor dem Hintergrund spezifische Instrumente oder Initiativen benötigt werden, um Bieter aus anderen Mitgliedstaaten zur Teilnahme zu ermutigen? Falls ja, welche?*

S. dazu insb. die Antworten zu Fragen 44 und 54.



*56. Denken Sie, dass die gegenseitige Anerkennung von Bescheinigungen verbessert werden muss? Befürworten Sie die Schaffung eines europäischen Vorprüfungssystems?*

Ja, die gegenseitige Anerkennung von Bescheinigungen sollte weiter verbessert werden (s. auch die Antwort zu Frage 23 und 50). Wie dies am besten erfolgen sollte, bedarf noch näherer Erörterung.

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

Für eine jede Ausschreibung sollte das Prinzip gelten, dass die Sprache des Landes des Auftraggebers maßgeblich ist. Gegenüber etwaigen Forderungen nach Einführung einer zweiten Sprache ist zu bedenken, dass es ein in der Wirtschaft selbstverständliches Prinzip ist, dass derjenige, der auf Auslandsmärkten erfolgreich sein will, entweder selbst oder in Gestalt von Bediensteten oder Beauftragten der Sprache des betreffenden Landes mächtig sein muss. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Einführung obligatorischer Übersetzungen in eine zweite Sprache die Beschaffung – nach dem Vorstehenden zudem unnötig – nennenswert verteuern würde.

*58. Welche Instrumente der Beschaffungspolitik könnten das Phänomen beherrschender Lieferanten vermeiden helfen? Wie könnten die öffentlichen Auftraggeber besser vor beherrschenden Lieferanten geschützt werden?*

Eine konsequente Anwendung des EU-Vergaberechts, das die Bekämpfung des „Hoflieferantentums“ als ein wesentliches Ziel hat und dazu geeignete Verfahren bereithält (s. auch die Antworten zu Fragen 53 und 54).

*59. Sind Sie der Ansicht, dass die EU-Bestimmungen für die öffentliche Auftragsvergabe stärkere Sicherheitsvorkehrungen gegen wettbewerbswidriges Verhalten in Ausschreibungsverfahren enthalten sollten? Falls ja, welche neuen Instrumente/ Bestimmungen würden Sie vorschlagen?*

Prinzipiell bieten die EU-Vorschriften für öffentliche Aufträge einschließlich der Rechtsmittelrichtlinien weitgehend hinreichende Vorkehrungen gegen wettbewerbswidriges Verhalten in Ausschreibungsverfahren.

Mit Blick auf vermehrt dumpingverdächtige Angebote staatseigener Unternehmen aus Nicht-EU-Staaten auf europäischen Vergabemärkten sind allerdings verbesserte Möglichkeiten einer effektiven Überprüfung dumpingverdächtiger Angebote zu erwägen. Diese dürfen ihrerseits allerdings nicht zu einer pauschalen Abschottung der Vergabemärkte Europas führen, sondern müssen *strikt nichtdiskriminierend* ausgestaltet sein.

In Betracht kommt insofern eine Verstärkung der Vorschriften über ungewöhnlich niedrige Angebote sowie eine verbesserte Information der Mitbewerber im Falle solcher außergewöhnlich niedrigen Angebote, um eine rechtzeitige und effektive vergabe-, wettbewerbs- und beihilfenrechtliche Prüfung solcher Angebote zu

ermöglichen. Dies gilt insbesondere für Angebote von 100-prozentig in Staatsbesitz befindlichen Unternehmen aus Drittstaaten, die nicht Zeichner des GPA sind.

Vgl. dazu ferner die Antwort zu Frage 112.

*60. Kann die Erteilung von Ausschließlichkeitsrechten Ihrer Ansicht nach den fairen Wettbewerb auf den Beschaffungsmärkten in Gefahr bringen?*

So generell, wie die Frage formuliert ist, ja. Der Kontext zu Fragen 60 und 61 erscheint allerdings aus sich heraus nicht völlig klar. Hierzu bedürfte es zunächst einer näheren Konkretisierung, bevor etwaige Reaktionen in Betracht gezogen werden können.

*61. Falls ja, welche Instrumente würden Sie vorschlagen, um solche Risiken zu mindern bzw. einen fairen Wettbewerb sicherzustellen? Sollten die EU-Beschaffungsregeln Ihrer Ansicht nach zulassen, dass Aufträge ohne Vergabeverfahren aufgrund von Ausschließlichkeitsrechten vergeben werden, sofern das betreffende Ausschließlichkeitsrecht selbst in einem transparenten Wettbewerbsverfahren erteilt wurde?*

Vgl. zunächst die Antwort zu Frage 60.

Solange nicht hinreichend klar ist, welche Fallkonstellationen konkret angesprochen sind, vermag ein nicht näher umrissenes „transparentes Wettbewerbsverfahren“ keine Begründung für die Zulassung von Ausnahmen von der allgemeinen Geltung des Vergaberechts zu begründen.

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

Ja. Die technischen Spezifikationen sind ein wichtiges Instrument, um beispielsweise Umwelanforderungen bei der Vergabe in sinnvoller Weise - konkret auf das zu beschaffende Produkt oder die Dienstleistung bezogen - zu formulieren bzw. innovative Lösungen in der Praxis zuzulassen.

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

Die Möglichkeit zur Festlegung technischer Spezifikationen in Form von Leistungs- bzw. Funktionsanforderungen kann – je nach Beschaffungsgegenstand – sinnvoll und besser geeignet als die Vorgabe detaillierter technischer Anforderungen sein. Aus diesem Grunde ist die Bezugnahme auf Leistungs- und Funktionsanforderungen in Art. 23 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie 2004/18/EG bereits nach geltendem EU-Vergaberecht – richtiger Weise – als ein Unterfall bzw. eine zulässige Vorgehensweise der Festlegung technischer Spezifikationen zulässig. Diese Vorgehensweise kann einen

wichtigen Beitrag zur Förderung der innovativen Beschaffung bilden, ohne dass es dazu besonderer, unter Wettbewerbsgesichtspunkten oft problematischer – spezieller Anforderungen an die „innovative“ Beschaffung bedarf.

Allerdings wird es auch weiterhin Fälle geben, in denen die Vorgabe bestimmter technischer Anforderungen – beispielsweise im Falle der Ergänzung oder Kombination von beim Auftraggeber bereits vorhandener Ausstattung – erforderlich ist. Daher sollte die Vorgabe von Leistungs- bzw. Funktionsanforderungen nicht verbindlich vorgeschrieben werden. Die geltenden Vorschriften, die beide Vorgehensweisen ermöglichen, erscheinen sachgerecht.

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

Diese Frage betrifft nicht die – sinnvoll gestaltete – Vorschrift des Art. 23 der Richtlinie 2004/18/EG, sondern deren *Anwendung* in der Praxis der einzelnen Beschaffer. Sollten hier Defizite liegen, wären diese durch intensivere *Schulung* im Hinblick auf die Anwendung dieser Vorschrift mit Blick auf diese Zwecke zu überwinden.

*65. Eignen sich einige der in den derzeitigen Richtlinien vorgesehenen Verfahren (wettbewerblicher Dialog, Wettbewerbe) Ihrer Auffassung nach besonders gut zur Berücksichtigung der Umwelt-, Sozial-, Barrierefreiheits- und Innovationspolitik?*

Wie bereits zu Frage 63 ausgeführt, eignet sich die Möglichkeit der Bezugnahme auf Leistungs- und Funktionsanforderungen in Art. 23 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie 2004/18/EG besonders zur Erreichung von umweltorientierten und innovativen Beschaffungsergebnissen und kann ebenso zur Gewährleistung der Barrierefreiheit genutzt werden. Für Großprojekte, bei denen zu Beginn des Verfahrens die funktionale Zielsetzung, aber noch nicht die beste Weise der Realisierung feststeht, gilt entsprechendes für den Wettbewerblichen Dialog.

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

a) Zunächst möchten wir die Fragestellung, *welche* Änderungen vorgeschlagen werden um die genannten politischen Ziele weitest möglich zu berücksichtigen, insoweit als solche hinterfragen, als zunächst noch gar nicht feststeht, *ob überhaupt* Änderungen ratsam sind.

b) In der Sache gilt grundsätzlich, dass die vorgenannten Ziele im Rahmen des geltenden Vergaberechts voll umfänglich berücksichtigt werden können. Voraussetzung muss dabei stets sein, dass die Vorgabe von „politischen“ Zielen wie Umwelt-

anforderungen oder auch Sozialaspekten stets *konkret* auf das zu beschaffende Produkt bzw. die nachgefragte Dienstleistung bezogen erfolgt. Auf diese Weise lässt sich beispielsweise die besonders wichtige Berücksichtigung von Umweltaspekten bei der Beschaffung in sachgerechter und effektiver Weise sicherstellen, was zugleich den allgemeinen Politikzielen des Umwelt- und Klimaschutzes sowie des sparsamen Umgangs mit den natürlichen Ressourcen dient.

Weitergehende, nicht konkret auf den Beschaffungsgegenstand bezogene Vorgaben zur Berücksichtigung so genannter allgemeiner politischer Aspekte sind dagegen mit allem Nachdruck abzulehnen. Sie würden Wettbewerbsverzerrungen Tür und Tor öffnen und willkürliche Vergabeentscheidungen zum Nachteil des Staates, der Bürger und der Steuerzahler nach sich ziehen. Dies würde den Zielen der EU-Strategie Europa 2020 nicht nutzen, sondern nachhaltig schaden.

c) Soweit bezüglich der vorgenannten Frage überhaupt Änderungen in Betracht kommen, erscheint es sinnvoll, dass die Zuschlagserteilung nach EU-Vergaberecht künftig generell nach dem Prinzip des wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgt.

Ferner kommt eine verstärkte Nutzung der funktionalen Ausschreibung und der Zulassung von Nebenangeboten in Betracht. Bezüglich letzterer ist allerdings die geltende Vorschrift des Art. 24 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18/EG, nach der der Auftraggeber Mindestbedingungen für Nebenangebote festlegen muss, wenig hilfreich, zumal diese in der Rechtsprechung des EuGH zusätzlich einengend ausgelegt worden ist, so dass öffentliche Auftraggeber aus Unsicherheit häufig auf die Einräumung der Möglichkeit von Nebenangeboten verzichten. Es sollte daher erwogen werden, inwieweit Art. 24 Abs. 3 gestrichen oder so geändert werden kann, dass er der Zulassung von Nebenangeboten nicht im Wege steht.

Alle unter Punkt c) genannten Maßnahmen würden der umweltorientierten und innovativen und Beschaffung dienlich sein.

d) Die Nutzung innovativer Informations- und Kommunikationstechnologien kann den Auftraggebern dabei helfen, die Ziele der Strategie Europa 2020 besser zu erreichen. Im Bereich des Vergabewesens geht es dabei vor allem um den Abbau der nach wie vor verbreiteten Hemmnisse für eine weitere Ausdehnung der elektronischen Beschaffung. Vorrangig erscheint dabei die Schaffung wirklicher Interoperabilität zwischen den vielen mittlerweile entstandenen eVergabe-Plattformen (s. dazu unsere ausführliche Stellungnahme zur Konsultation der Kommission zur eBeschaffung).

*67. Können Sie sich Fälle vorstellen, in denen eine Beschränkung auf lokale oder regionale Lieferanten durch legitime und objektive Gründe, die sich nicht allein auf ökonomische Erwägungen gründen, berechtigt sein könnten?*

Unter Gesichtspunkten der Binnenmarktöffnung sowie der Bekämpfung von „Hoflieferantentum“ und Marktabschottungen sind Beschränkungen auf lokale und regionale Lieferanten, die sich nicht allein auf ökonomische Erwägungen gründen, jedenfalls bei Vergaben ab den Schwellenwerten äußerst zurückhaltend zu beurteilen. Zu berücksichtigen sind dabei auch Erfahrungen, wonach lokale Abschottungen beispielsweise auch die Bewerbung von KMU in *angrenzenden* Kommunen oder Regionen deutlich erschwert, was sich insgesamt negativ auswirkt.

*68. Glauben Sie, dass die Anwendung des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Veröffentlichung einer Bekanntmachung als Standardverfahren es einfacher machen würde, politikrelevante Überlegungen (z. B. Umwelt-, Sozial- und Innovationspolitik) besser zu berücksichtigen? Würde dies zu einem zu hohen Risiko von Diskriminierung und Wettbewerbsbeschränkung führen?*

Wenn es überhaupt einen solchen Zusammenhang gibt, würde dieser wohl darin bestehen, dass die Berücksichtigung in Wahrheit nicht auftragsbezogener Kriterien im Verhandlungsverfahren für Wettbewerber und Öffentlichkeit eher unerkannt bliebe als im transparenteren offenen Verfahren. In der Tat könnte dies zu einem hohen Risiko der Diskriminierung und Wettbewerbsbeschränkung führen.

*69. Welche sinnvollen Beispiele für technische Kompetenzen oder sonstige auf die Förderung der Erreichung bestimmter Ziele (z. B. Umweltschutz, Stärkung der sozialen Eingliederung, Verbesserung des Zugangs für Menschen mit Behinderungen und Förderung von Innovation) ausgerichtete Auswahlkriterien würden Sie vorschlagen?*

Das System der bisherigen Eignungs- und Zuschlagskriterien ist ausreichend, um auch die vorgenannten Aspekte zu berücksichtigen. Kompetenzen der Auftraggeber zur praktischen Anwendung dieses Instrumentariums bezüglich der vorgenannten Aspekte sollten im Wege qualifizierter Schulung optimiert werden.

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

*70.1.1. das ausschließliche Kriterium des niedrigsten Preises zu eliminieren?*

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

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

Die Zuschlagserteilung sollte künftig generell nach dem Prinzip des wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgen (Alternative 70.1.1, s. bereits die Antwort zu Frage 66). Die bisher nach EU-Vergaberecht alternativ mögliche Zuschlagserteilung allein nach dem Prinzip des niedrigsten Preises sollte ersatzlos abgeschafft werden. Davon abweichende, neue Prinzipien für die Zuschlagserteilung sollten nicht eingeführt werden. Auf der Basis der Art. 26 und Art. 27 der Richtlinie 2004/17/EG sollte sichergestellt werden, dass auch Unternehmen mit Sitz jenseits der EU und des EWR bei der Auftragsausführung die Sozial- und Umweltvorschriften ebenso wie Unternehmen aus EU-Mitgliedstaaten oder Staaten des EWR einhalten müssen.

*71. Sind Sie der Meinung, dass das Ergebnis für Kriterien, die sich beispielsweise auf ökologische, soziale oder innovative Aspekte beziehen, auf eine bestimmte Höchstpunktzahl beschränkt werden sollte, um zu vermeiden, dass diese einen höheren Stellenwert erhalten als das Leistungs- oder Kostenkriterium?*

Die Zuschlagserteilung sollte allein nach dem Prinzip des wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgen. Umweltkriterien u. a. können im Rahmen der technischen Spezifikationen, der Zuschlagsbedingungen und der vertragsausführenden Bestimmungen hinreichend berücksichtigt werden. Darüber hinaus sollten keine weiteren Kriterien zur Berücksichtigung der vorgenannten Aspekte geschaffen werden und es sollten insoweit auch keine sonstigen Rechtsänderungen vorgenommen werden. Höchstpunktzahlen sollten nicht abstrakt legislativ vorgeschrieben werden, ihre Festlegung ist allenfalls Sache des jeweiligen Auftraggebers.

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

Die Richtlinien sind insoweit grundsätzlich vollkommen ausreichend. Allerdings sollte die Zuschlagserteilung nach EU-Vergaberecht künftig generell nach dem Prinzip des wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgen, was vor allem einer besseren Berücksichtigung von Umweltaspekten dienen würde (s. bereits die Antworten zu Fragen 66 und 70). Die *praktische* Anwendung sollte durch qualifizierte Schulung optimiert werden.

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

Eine stärkere Betonung der Notwendigkeit der Berücksichtigung der Lebenszykluskosten bei der Vergabeentscheidung ist sehr zu begrüßen. Hierzu sind gegebenenfalls Hilfestellungen für die Vergabestellen erforderlich.

Bei der Entwicklung von Kriterien zur Berücksichtigung der Lebenszykluskosten muss auf *objektive, und grundsätzlich wissenschaftlich nachprüfbare* Maßstäbe zurückgegriffen werden. Die Kriterien sind je nach Produkt- bzw. Leistungsbereichen unter angemessener *Beteiligung der jeweiligen Fachkreise* zu erarbeiten. Die Vorgaben für die Lebenszyklusbetrachtung sind so zu gestalten, dass dabei *konkret vergleichbare Angebote* erzielt werden können. Entsprechend dem Vorstehenden kann dies insbesondere durch *Normung* erfolgen. Dazu ist vorauszusetzen, dass die *Fachkreise* und vor allem die Wirtschaft daran *rechtzeitig* beteiligt werden. Angesichts der großen Unterschiedlichkeit der verschiedenen Produkt- und Leistungsbereiche muss hinreichend auf die *Besonderheiten der jeweiligen Bereiche* geachtet werden.

*74. Klauseln für die Auftragsausführung eignen sich vom zeitlichen Ablauf der Verfahren her am besten, um soziale Überlegungen hinsichtlich Beschäftigung und Arbeitsbedingungen der an der Ausführung beteiligten Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Teilen Sie diesen Standpunkt? Falls nein, schlagen Sie bitte die beste alternative Lösung vor.*

Soziale Überlegungen hinsichtlich Beschäftigung und Arbeitsbedingungen der an der Ausführung beteiligten Arbeitnehmer sind wichtige und respektable Gegenstände des allgemeinen Arbeits- und Sozialrechts sowie der Sozialpolitik. Es sollte aber nicht zu zwingenden sozialpolitischen Vorgaben über die „Hintertür“ des öffentlichen Beschaffungswesens kommen. Insoweit ist auch bezüglich der Klauseln zur Auftragsausführung Zurückhaltung bezüglich der Vorgabe sozialer Aspekte ratsam.

Unternehmen müssen sich auf einen stabilen Rechtsrahmen verlassen können, der eine langfristige Personal- Geräte- und Finanzplanung ermöglicht. Wenn – über das allgemein geltende Arbeits- und Sozialrecht hinaus – von Auftrag zu Auftrag neue soziale Vorgaben gemacht werden, bedeutet dies einen unvermeidbaren Aufwand, den auf Dauer kein Unternehmen tragen kann.

Zudem würden sich mannigfache komplizierte Rechtsfragen stellen, die die betroffenen Unternehmen mit hohem bürokratischem Aufwand belasten würden. So stellt sich beispielsweise im Bereich der Bauindustrie, aber auch in vielen anderen Branchen die Frage, ob bzw. aus welchem sachlichen Grund Unternehmen ihren Beschäftigten unterschiedliche Arbeitsbedingungen gewähren dürfen, je nachdem, ob es sich um einen öffentlichen oder einen privaten Auftrag handelt bzw. ob und wie eine Abgrenzung von Bereichen überhaupt zulässig bzw. möglich wäre. Würde man bei speziellen Sozialvorgaben für öffentliche Aufträge deren Berücksichtigung von vornherein für den *gesamten* Betrieb vorschreiben, so würde man Unternehmen, die sich um öffentliche Aufträge bewerben, generell deutlich schlechter als andere stellen. Dies ist nur ein Beispiel für zahlreiche Probleme, die mit einer über den bisherigen Rahmen hinausgehenden Zulassung von Sozialaspekten verbunden wäre.

Wir möchten in aller Deutlichkeit darauf aufmerksam machen, dass angesichts derartiger *gravierender Probleme* eine übermäßige Instrumentalisierung des Vergabewesens für soziale Zwecke *bei weitem eher schädlich als nützlich* für die Erreichung sozialer Ziele wie ein möglichst hohes Beschäftigungsniveau bzw. die Vermeidung von Arbeitslosigkeit sein dürfte. Dies sollte die Kommission äußerst sorgsam bedenken, bevor sie irgendwelche legislativen Erweiterungen der bereits jetzt sehr umfangreichen Möglichkeiten der Berücksichtigung von Sozialaspekten im öffentlichen Auftragswesen unternimmt.

*75. Welche Art von Klauseln für die Auftragsausführung sind Ihrer Meinung nach besonders gut geeignet, um sozialen und umweltbezogenen Überlegungen sowie Überlegungen zur Energieeffizienz Rechnung zu tragen?*

Umweltbezogene Überlegungen können am besten über sachgerechte, konkret produktbezogene Vorgaben Berücksichtigung finden.

Zu Sozialaspekten s. die Antwort zu Frage 74.

*76. Sollten bestimmte allgemeine Klauseln für die Auftragsausführung, insbesondere in Bezug auf Beschäftigung und Arbeitsbedingungen der an der Ausführung beteiligten Arbeitnehmer, bereits auf EU-Ebene spezifiziert werden?*

Nein. Zur Begründung wird auf die Antwort zu Frage 74 verwiesen.

*77. Sollte der derzeitige EU-Rahmen für das öffentliche Auftragswesen Ihrer Meinung nach spezifische Lösungen für die Frage der Überprüfung der Anforderungen in der Lieferkette vorsehen? Falls ja, welche Lösungen würden Sie vorschlagen, um dieses Problem in Angriff zu nehmen?*

Nein. Die Auswahl der Vorlieferanten und damit der Gestaltung der Lieferkette ist allein Sache des Auftragnehmers. Er hat für die Qualität des von ihm angebotenen Produktes bzw. seiner Dienstleistung einzustehen. Daher darf in die Auswahl seiner Vorlieferanten grundsätzlich nicht eingegriffen werden.

Überbordenden Nachweisen bezüglich der Lieferantenkette ist eine Absage zu erteilen, da diese der Realität der langen Lieferketten häufig nicht gerecht werden können und zudem erheblichen bürokratischen Aufwand vor allem zu Lasten von KMU verursachen.

*78. Wie könnten die öffentlichen Auftraggeber bei der Prüfung der Anforderungen am besten unterstützt werden? Würde die Entwicklung von „standardisierten“ Systemen und Unterlagen für die Konformitätsprüfung sowie von Labels ihre Arbeit erleichtern? Wie könnte bei einer solchen Vorgehensweise der Verwaltungsaufwand minimiert werden?*

Die Entwicklung von Standards in diesem Bereich kann für die Praxis – und auch für KMU – hilfreich sein. Andererseits besteht erfahrungsgemäß leider auch ein erhebliches Risiko bei der praktischen Gestaltung und Anwendung der Standards (insbesondere häufig überhöhte Anforderungen oder missbräuchliche Nutzung zur „Steuerung“ der Bieterauswahl jenseits der primären Kriterien einer konkreten Beschaffung). Eine derartige missbräuchliche Verwendung von Standards wirkt sich sehr negativ auf die *gesamte* Anbieterschaft und vor allem KMU aus. Bei allen Überlegungen zu etwaigen Zertifizierungen oder Labels hinsichtlich der Lieferkette ist zudem zu beachten, dass deren Erwerb und Aufrechterhaltung mit nicht unerheblichem Aufwand verbunden ist.

Soweit nach dem Vorstehenden überhaupt Standardisierung in Betracht kommt, sollte diese nicht ohne rechtzeitige Zuziehung der betroffenen Fachkreise erfolgen.

Soweit Nachweise überhaupt in Betracht kommen,

- sollten sie hinsichtlich der oft äußerst langen und schwer überschaubaren *Lieferkette* prinzipiell allenfalls auf den jeweils letzten, vorhergehenden Schritt in der Lieferkette bezogen sein und
- könnten beispielsweise im Bereich im Bereich der Textilwirtschaft
  - bezüglich Forderungen zu nachhaltigem bzw. biologischem AnbauNachweise über die Herstellung von Baumwolle im nachweisbar biologischen Anbau in Betracht kommen und



- ein Nachweis über ein Verhalten im Sinne von „Fair Trade“ auch durch Mitgliedschaft in einer anerkannten „Multi-Stakeholder-Initiative“ wie der „Fair Wear Foundation“ geführt werden.

*79. Einige Beteiligte schlagen vor, die obligatorische Verknüpfung der Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers an den Auftragsgegenstand abzuschwächen oder sogar ganz fallen zu lassen (dann könnte beispielsweise verlangt werden, dass die Bieter bei der Einstellung von Personal die Gleichstellung der Geschlechter gewährleisten oder eine Quotenpolitik für bestimmte Personenkategorien wie Arbeitssuchende, Personen mit Behinderungen usw. verfolgen). Stimmen Sie diesem Vorschlag zu? Welche Vor- oder Nachteile hätte Ihrer Meinung nach eine Lockerung oder Abschaffung der Verknüpfung mit dem Auftragsgegenstand?*

Eine Lockerung oder Abschaffung der Verknüpfung der Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers mit dem Auftragsgegenstand hätte gravierend negative Folgen für die Gewährleistung der Angemessenheit solcher Forderungen und der Verhinderung von Diskriminierungen bei der Beschaffung. Eine Lockerung würde daher zu einem unakzeptablen Rückschritt der EU-Vergabepolitik insgesamt führen. Daher ist eine Lockerung oder gar Abschaffung der Verknüpfung mit allem Nachdruck abzulehnen.

*80. Wenn diese Verknüpfung gelockert werden sollte, welche Korrekturmechanismen sollten dann gegebenenfalls eingeführt werden, um die Risiken einer Diskriminierung und erheblicher Wettbewerbsbeschränkungen zu mindern?*

Eine Lockerung ist entschieden abzulehnen (s. die Antwort zur vorigen Frage). Die drohenden Negativ-Konsequenzen einer Lockerung können durch Korrekturmaßnahmen nicht hinreichend gemindert werden.

*81. Könnten KMU Ihrer Auffassung nach Probleme mit der Einhaltung der verschiedenen Anforderungen haben? Falls ja, wie sollte damit Ihrer Meinung nach umgegangen werden?*

Ja (s. auch bereits die Antwort zu Frage 78). Die mit solchen Anforderungen – insbesondere zu Sozialaspekten – einhergehenden Probleme würden die für KMU ohnehin bestehenden Schwierigkeiten einer Beteiligung an öffentlichen Aufträgen weiter erheblich zuspitzen. Dies liefe dem Geist des Small Business Act und des damit in Zusammenhang stehenden Prinzips „Think small first“ diametral zuwider.

*82. Wenn Sie der Ansicht sind, dass die Verknüpfung mit dem Auftragsgegenstand gelockert bzw. abgeschafft werden sollte, in welcher Phase des Vergabeverfahrens sollte dies geschehen?*

*82.1. Gibt es Ihrer Meinung nach gute Gründe, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen die Anforderung, dass diese im Hinblick auf die Verfahrens- und Produktionsmethoden den Merkmalen des Produkts Rechnung zu tragen haben, abzuschwächen, damit auch Elemente erfasst werden können, die nicht im Zusammenhang mit den eigentlichen Produktmerkmalen stehen (wenn beispielsweise beim Kaffeekauf der Lieferant aufgefordert wird, den Erzeugern eine Prämie zu zahlen, die in Tätigkeiten zur Förderung der sozioökonomischen Entwicklung lokaler Gemeinschaften investiert werden soll)?*

*82.2. Sollten die EU-Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe es den öffentlichen Auftraggebern gestatten, Auswahlkriterien anzuwenden, die nicht mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehende Unternehmensmerkmale betreffen, z. B. die Aufforderung an die Bieter, bei ihrer Einstellungspolitik die Gleichstellung der Geschlechter zu gewährleisten bzw. generell eine Quotenpolitik für bestimmte Personenkategorien (z. B. Arbeitssuchende, Behinderte) anzuwenden?*

*82.3. Vertreten Sie die Auffassung, dass die Verknüpfung mit dem Auftragsgegenstand in der Zuschlagsphase gelockert oder abgeschafft werden sollte, um anderen politischen Erwägungen Rechnung zu tragen (z. B. Extrapunkte für Bieter, die Arbeitssuchende beschäftigen)?*

*82.3.1. Andere Zuschlagskriterien als der günstigste Preis/das wirtschaftlich günstigste Angebot oder Kriterien, die nicht mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, könnten zu Diskrepanzen zwischen der Anwendung der EU-Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe und der Anwendung der Bestimmungen für staatliche Beihilfen führen, da Aufträge, die aufgrund anderer als wirtschaftlicher Kriterien vergeben werden, auf die Gewährung staatlicher Beihilfen hinauslaufen könnten, was aufgrund der einschlägigen EU-Vorschriften problematisch sein kann. Teilen Sie diese Besorgnis? Falls ja, wie sollte dieses Problem gelöst werden?*

*82.4. Sollten die EU-Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe es Ihrer Meinung nach den öffentlichen Auftraggebern gestatten, Auftragsausführungsklauseln vorzuschreiben, die nicht streng an die Lieferung der betreffenden Güter und Dienstleistungen geknüpft sind (z. B. Aufforderung an den Auftragnehmer, für seine Beschäftigten Kinderbetreuungseinrichtungen zu schaffen, oder Aufforderung an den Auftragnehmer, einen bestimmten Anteil der Vergütung sozialen Projekten zukommen zu lassen)?*

Zu den vorstehenden Fragen ist erneut zu betonen, dass eine Lockerung oder gar Abschaffung der Verknüpfung der Anforderungen mit dem Auftragsgegenstand mit allem Nachdruck abzulehnen ist und daher keine der vorgenannten Alternativen ernstlich in Betracht zu ziehen ist. (zur Begründung s. insb. die Antwort zu Frage 79).

*83. Sind EU-weit geltende Verpflichtungen hinsichtlich des Beschaffungsgegenstands Ihrer Ansicht nach ein guter Weg, um andere politische Ziele zu erreichen? Was wären die wichtigsten Vor- und Nachteile einer solchen Vorgehensweise? Für welche Produkt-/ Dienstleistungsbereiche oder Politikbereiche wären Verpflichtungen hinsichtlich des Beschaffungsgegenstands Ihrer Ansicht nach von Nutzen? Führen Sie Ihre Antwort bitte näher aus. Bitte nennen Sie Beispiele von Mitgliedstaaten, deren Beschaffungspraxis auf EU-Ebene übernommen werden könnte.*

Die Formulierung „andere politische Ziele“ ist missverständlich. Die Festlegung der Vorgaben zum Beschaffungsgegenstand ist grundsätzlich Sache des jeweiligen Beschaffers. Während eine sachgerechte Berücksichtigung von Umweltaspekten bei der Vergabe und die Förderung der innovativen Beschaffung im Wege der bereits jetzt gegebenen umfangreichen Möglichkeiten des EU-Vergaberechts ausdrücklich begrüßt werden, sind zwingende EU-Verpflichtungen hinsichtlich des Beschaffungsgegenstands eher zurückhaltend zu beurteilen.

*84. Sollten EU-weit geltende Verpflichtungen zum Beschaffungsgegenstand in Rechtsvorschriften für spezifische politische Bereiche (Umwelt, Energie, Soziales, Zugänglichkeit usw.) eingebettet oder im Rahmen der allgemeinen EU-Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe auferlegt werden?*

Soweit EU-weit geltende Verpflichtungen zum Beschaffungsgegenstand überhaupt in Betracht kommen (s. Antwort zu Frage 83), sollten sie, soweit damit spezifisch vergaberechtliche Vorgänge betroffen sind, im Rahmen der Vorschriften zum EU-Vergaberecht angesiedelt werden oder zumindest dort erkennbar sein, um eine weitergehende Zersplitterung des Vergaberechts zu verhindern. Negativbeispiele wie die Kodifizierung von Vergabe- und Konzessionsvorschriften in der EU-ÖPV-Verordnung – und damit jenseits der EG-Vergaberichtlinien – haben bereits zu nennenswerten Rechtsunsicherheiten geführt. Solche Entwicklungen müssen künftig unbedingt vermieden werden. Sollte aus zwingenden Gründen eine Einbettung von Vorgaben in eine andere Rechtsquelle unumgänglich sein, erscheint aus Gründen der Rechtsklarheit zumindest eine Verweisung in den EU-Vergabevorschriften notwendig. An einer jeglichen derartigen Legislativänderung in vergaberechtlichen Fragen müsste künftig die für das Vergabewesen zuständige Generaldirektion Markt von Anfang an hinreichend beteiligt werden.

Sollte es dagegen lediglich um *allgemeine, zum Beispiel umweltrechtliche* Produktanforderungen gehen, so gehören diese in den Kontext der *allgemeinen* Vorschriften zu den jeweiligen Produkten.

*85. Sollten Verpflichtungen hinsichtlich des Beschaffungsgegenstands Ihrer Ansicht nach auf nationaler Ebene festgelegt werden? Glauben Sie, dass solche nationalen Verpflichtungen zu einer möglichen Fragmentierung des Binnenmarkts führen können? Falls ja, wie kann dieses Risiko am besten verringert werden?*

Die Festlegung von Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand ist wie bereits ausgeführt grundsätzlich Angelegenheit des jeweiligen Beschaffers (s. die Antwort zu Frage 83). Eine generelle Festlegung von Anforderungen hinsichtlich des Beschaffungsgegenstands auf *nationaler* Ebene ist eher zurückhaltend zu beurteilen. Sie liefe im Übrigen tendenziell der Marktöffnung im Binnenmarkt zuwider und könnte sogar von einigen Mitgliedstaaten zu nationalen Marktabschottungen ausgenutzt werden.

*86. Sollten Verpflichtungen hinsichtlich des Beschaffungsgegenstands die öffentlichen Auftraggeber Ihrer Ansicht nach eher im Hinblick auf die Menge (z. B. der umweltorientierten öffentlichen Beschaffung), auf die Merkmale der zu beschaffenden Güter/Dienstleistungen/Arbeiten oder auf die Kriterien festlegen, die im Rahmen der Ausschreibung zu berücksichtigen sind?*

*86.1. Welcher Spielraum sollte den öffentlichen Auftraggebern bei Beschaffungsentscheidungen gewährt werden?*

*86.2. Sollten obligatorische Anforderungen lediglich Mindestwerte festlegen und es den einzelnen Auftraggebern überlassen, sich ehrgeizigere Ziele zu setzen?*

Als Grundsatz sollte weiterhin gelten, dass es Sache des Auftraggebers ist, die Anforderungen an die von ihm beschafften Güter und Dienstleistungen festzulegen (s.

die Antwort zu Frage 83). Die Festlegung weitergehender *allgemeiner* Bestimmungen zum Umwelt- und Sozialrecht ist dagegen Gegenstand des allgemeinen Umwelt- und Sozialrechts. Soweit überhaupt weitere allgemeine Festlegungen mit Bezug zum öffentlichen Auftragswesen vorgenommen werden sollten, wäre dafür vorauszusetzen, dass sie

- auf objektiven, grundsätzlich wissenschaftlich nachprüfbaren Kriterien beruhen und
- etwaige Abstimmungen dazu unter rechtzeitiger Einbindung der anbietenden Wirtschaft erfolgen, was auch im Sinne der Akzeptanz etwaiger diesbezüglicher Forderungen liegen dürfte.

*87. Wie könnte der technologischen Entwicklung Ihrer Ansicht nach optimal Rechnung getragen werden, damit die modernsten Techniken zur Anwendung kommen? (Sollte eine Stelle damit beauftragt werden, die Entwicklung der modernsten Techniken zu beobachten, sollten die öffentlichen Auftraggeber die modernste Technik als Vergabekriterium einbeziehen, andere Vorschläge?)*

Der Berücksichtigung der modernen technologischen Entwicklung wird bei der Beschaffung am besten durch eine konsequente Anwendung der Vorschriften des EU-Vergaberechts Rechnung getragen; denn dieses ermöglicht mit seinen Schutzvorschriften für ein wettbewerbsoffenes, diskriminierungsfreies und effektiv überprüfbares Vergabeverfahren am ehesten die Erzielung technologisch hochwertiger und innovativer Produkte.

Eine weitere Verbesserung könnte dadurch erreicht werden, dass, wie vorstehend schon ausgeführt, in Zukunft die Zuschlagsentscheidung allein nach dem Prinzip des wirtschaftlich günstigsten Angebots und nicht alternativ auch nach dem Prinzip des niedrigsten Preises zulässig ist, Nebenangebote prinzipiell zugelassen werden und bei der Vergabeentscheidung stärker als bisher eine Berücksichtigung der gesamten Lebenszykluskosten erfolgt.

Die Einrichtung einer „Stelle für modernste Techniken“ erscheint *nicht* sinnvoll. Eine solche Stelle könnte die mannigfachen und immer schnelleren technologischen Entwicklungen der zahllosen unterschiedlichen Beschaffungsgüter nicht annähernd hinreichend übersehen; die Auslese der modernsten Technologien sollte vielmehr einem fairen und diskriminierungsfreien Bieterwettbewerb überlassen bleiben, begleitend dürfte dabei auch die Normung bzw. Standardisierung eine wichtige Rolle spielen

*88. Die Einführung verbindlicher Kriterien oder Ziele zum Beschaffungsgegenstand sollte nicht den Wettbewerb auf den Beschaffungsmärkten verhindern. Wie könnte dem Anliegen, den Wettbewerb zu schützen, bei der Festlegung solcher Kriterien bzw. Ziele Rechnung getragen werden?*

S. dazu die vorigen Antworten, insb. zu Frage 86.

*89. Werden Verpflichtungen hinsichtlich des Beschaffungsgegenstands die Verwaltungslasten – insbesondere für kleine Unternehmen – erhöhen? Falls ja, wie*

*sollte dieses Risiko gemindert werden? Welche Art von Umsetzungsmaßnahmen und/oder Leitfäden sollte solche Verpflichtungen begleiten?*

Die Frage kann nicht pauschal beantwortet werden. KMU dürften am ehesten durch die Vorgabe nicht konkret produktbezogener sozialer Aspekte sowie durch übermäßige Nachweispflichten bzw. Zertifizierungen bezüglich der Lieferantenkette belastet werden. Derartige Vorgaben bzw. Praktiken, deren negative Wirkung auch nicht durch Leitfäden überwunden werden können, sollten daher unterbleiben. In Leitfäden für Beschaffungspraxis sollte dagegen auf die gravierend negativen Folgen überhöhter Forderungen insbesondere für KMU aufmerksam gemacht werden.

*90. Falls Sie gegen Verpflichtungen hinsichtlich des Beschaffungsgegenstands sind, welche anderen Instrumente (z. B. Empfehlungen oder andere Anreize) würden Sie für angemessen betrachten?*

Die größten Chancen für eine innovative, nachhaltige und speziell auch umweltorientierte Beschaffung gehen von einer konsequenten Gewährleistung fairer und wettbewerblicher Bedingungen für das Vergabeverfahren aus. Besondere Bedeutung kommt folgenden Aspekten zu:

- Gewährung größtmöglicher Transparenz durch offene Verfahren,
- ausschließliche Bezugnahme auf das wirtschaftlichste Angebot,
- verstärkte Lebenszyklusbetrachtung,
- konsequente Nutzung funktionaler Ausschreibungen und
- Zulassung von Nebenangeboten.

Werden diese Voraussetzungen konsequent erfüllt, bestehen die größten Chancen, bestmögliche und innovative Angebote zu erhalten, die sowohl einer qualitativ hochwertigen Beschaffung als auch den übergeordneten Politikzielen der EU dienen.

*91. Sollte Innovation Ihrer Ansicht stärker über das öffentliche Auftragswesen gefördert und stimuliert werden? Welche Anreize/Maßnahmen würden die Innovationsfreundlichkeit des öffentlichen Sektors unterstützen und beschleunigen?*

S. dazu die Antworten zu Fragen 87 und 90.

*92. Schafft der Wettbewerbliche Dialog Ihrer Auffassung nach einen ausreichenden Schutz für Rechte des geistigen Eigentums und innovative Lösungen, um zu gewährleisten, dass die Bieter nicht der Möglichkeit beraubt werden, aus ihren innovativen Ideen einen Gewinn zu ziehen?*

Das Verfahren des Wettbewerblichen Dialogs ist für *große, besonders komplexe* Projekte insgesamt ein geeignetes Verfahren. Bei diesen Projekten handelt es sich typischerweise um komplexe Projekte, bei denen der Auftraggeber am Anfang aus eigenem Wissen nicht sicher beurteilen kann, welche Ausführung seinen Bedürfnissen am Besten gerecht wird.

Selbst wenn in Einzelfällen bei unsachgemäßer Führung des Verfahrens Probleme bezüglich des Schutzes des geistigen Eigentums und der Vergütung für Aufwendungen der Beteiligten entstanden sind und das Verfahren nicht sehr häufig genutzt wird, sollte

es mit Blick auf seine grundsätzlichen Eignung für Großprojekte *nicht* abgeschafft werden. Vielmehr sollte auf eine Überwindung der genannten Probleme hingearbeitet werden.

Ein großes Problem stellen die vor längerer Zeit von der Kommission vorgelegten Erläuterungen der Kommission zum Wettbewerblichen Dialog (Dok. CC/2005/04\_rev1 v. 5. Oktober 2005 dar, denen zufolge die Vergabestelle als Voraussetzung für eine Teilnahme am Wettbewerblichen Dialog einen Verzicht auf die Vertraulichkeit von Lösungsvorschlägen verlangen könne (s. dort Fußnote 22). Eine solche Aussage, die ein wesentliches Charakteristikum für ein erfolgreiches Verfahren des Wettbewerblichen Dialogs verkennt, sollte nach den inzwischen gewonnenen Erfahrungen zurückgenommen werden.

*93. Glauben Sie, dass andere Verfahren besser geeignet wären, um dem Erfordernis der Innovationsförderung durch Schutz origineller Lösungen nachzukommen? Falls ja, welche Verfahren wären am besten geeignet?*

S. dazu die Antworten zu Fragen 87, 90 und 92.

*94. Kann der Ansatz der vorkommerziellen Auftragsvergabe, bei der die öffentlichen Auftraggeber FuE-Dienstleistungen für die Entwicklung noch nicht auf dem Markt vorhandener Produkte beschaffen, als innovationsfördernd angesehen werden? Besteht ein Bedarf an einer weiteren Verbreitung bester Praktiken und/oder Leistungsvergleichen von FuE-Auftragsvergabepraktiken in den verschiedenen Mitgliedstaaten, um einen stärkeren Rückgriff auf die vorkommerzielle Auftragsvergabe zu erleichtern? Gibt es eventuell andere, im derzeitigen Rechtsrahmen nicht explizit erfasste Möglichkeiten, wie die öffentlichen Auftraggeber die Entwicklung von Produkten oder Dienstleistungen, die noch nicht auf dem Markt verfügbar sind, stimulieren könnten? Sehen Sie Möglichkeiten, wie die öffentlichen Auftraggeber KMU und Neugründungen zur Teilnahme an der vorkommerziellen Auftragsvergabe ermutigen könnten?*

Das öffentliche Auftragswesen kann wichtige Beiträge zur Stärkung der Absatzchancen für innovative Produkte leisten. Dies sollte tendenziell aber eher über eine konsequente Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Wettbewerbs um öffentliche Aufträge nach den *allgemeinen* Regeln als im Wege einer speziellen Bevorzugung vorkommerzieller Produkte oder Dienstleistungen erfolgen. Letztere birgt ein nicht zu unterschätzendes Risiko unangemessener Vorfestlegungen des Auftraggebers und der Ungleichbehandlung von Bietern in sich. Vor allem muss klar sein, dass die Beschaffung vorkommerzieller Produkte kein eigenes Vergabeverfahren ist, sondern die allgemeinen Regeln des Vergaberechts dabei stets einzuhalten sind. Hierüber bestehen offensichtlich Missverständnisse.

*95. Sind andere spezifische Maßnahmen erforderlich, um die Innovationskapazität von KMU auszubauen? Falls ja, welche Maßnahmen würden Sie vorschlagen?*

Die Innovationskapazität von KMU wird am besten dadurch gefördert, dass die strukturellen Hindernisse, mit denen sich KMU im öffentlichen Auftragswesen konfrontiert sind, abgebaut werden. Dazu zählen vor allem Vorkehrungen zur

Verhinderung der Forderung nach übermäßigen Nachweisen und finanziellen Garantien sowie die Schaffung eines besseren – elektronischen – Zugangs zu allen öffentlichen Aufträgen.

*96. Welche leistungsorientierten Maßnahmen würden Sie vorschlagen, um Fortschritte und Auswirkungen eines innovativen öffentlichen Auftragswesens zu überwachen? Welche Daten würden für solche leistungsorientierten Maßnahmen benötigt und wie können diese erfasst werden, ohne den Auftraggebern und/oder Wirtschaftsteilnehmern zusätzlichen Aufwand zu bereiten?*

Eine spezielle Überwachung der Fortschritte einer „innovativen Beschaffung“ ist nicht sinnvoll, sondern würde nur zu unnötigem, neuen bürokratischen Aufwand führen.

Institutionell erscheint eine stärkere Koordination der Themen innovative und vorkommerzielle Beschaffung innerhalb der Kommission unter Federführung oder zumindest stärkerer Beteiligung der für Vergabewesen zuständigen Generaldirektion Markt wünschenswert.

*97. Sollten die EU-Vorschriften für das Beschaffungswesen die besonderen Merkmale des Sozialwesens Ihrer Ansicht nach umfassender widerspiegeln? Falls ja, wie sollte sich dies gestalten?*

Das EU-Vergaberecht lässt Vorschriften zur Berücksichtigung sozialer Aspekte bereits jetzt zu. Eine noch weitergehende Verknüpfung allgemeiner sozialpolitischer Ziele mit der öffentlichen Beschaffung erscheint prinzipiell nicht hilfreich, sondern eher problematisch.

*97.1. Finden Sie, dass bestimmte Aspekte der Auftragsvergabe im Sozialwesen stärker auf EU-Ebene geregelt werden sollten, um die Qualität dieser Dienste weiter zu verbessern? Insbesondere:*

*97.1.1. Sollten die Richtlinien das Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises untersagen/die Verwendung des Preiskriteriums einschränken/das Gewicht, das der öffentliche Auftraggeber dem Preis verleihen darf, verringern/zusätzlich zum Kriterium des niedrigsten Preises und des wirtschaftlich günstigsten Angebots ein drittes Zuschlagskriterium einführen?*

*97.1.2. Sollten die Richtlinien die Möglichkeit vorsehen, Verträge im Sozialwesen gemeinnützigen Organisationen vorzubehalten/sollten solche Organisationen bei der Vergabe von Verträgen im Sozialwesen anderweitig privilegiert werden?*

*97.1.3. Eine Lockerung der Zuschlagskriterien oder die ausschließliche Zuteilung von Aufträgen an bestimmte Arten von Organisationen könnten das Ziel der Vergabeverfahren, solche Dienste zu den geringsten Kosten für die Gemeinschaft zu erwerben, in Gefahr bringen und bergen das Risiko, dass die Verträge staatliche Beihilfen beinhalten. Teilen Sie diese Bedenken?*

*97.2. Sind Sie der Auffassung, dass andere Aspekte der Beschaffung im Sozialwesen weniger stark reguliert sein sollten (z. B. durch höhere Schwellenwerte oder „De minimis“-Regeln für solche Dienste)? Inwiefern wäre eine solche Sonderbehandlung des Sozialwesens gerechtfertigt?*

Zu 97.1.:

Nein.

Zu 97.1.1.:

Die Zuschlagserteilung sollte künftig generell – und damit nicht nur im Bereich sozialer Dienstleitungen – allein nach dem Prinzip des wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgen, da dies einer wirtschaftlich günstigen und zugleich auch innovativen Beschaffung dient. Die nach EU-Vergaberecht bisher zulässige Entscheidung nach dem Prinzip des niedrigsten Preises sollte dementsprechend abgeschafft werden, andere Prinzipien sollten insoweit nicht eingeführt werden.

Zu 97.1.2.:

Prinzipiell ist kein Grund ersichtlich, in den Richtlinien Möglichkeit vorzusehen, Verträge im Sozialwesen gemeinnützigen Organisationen vorzubehalten oder solche Organisationen bei der Vergabe von Verträgen im Sozialwesen anderweitig zu privilegieren. Grund für diese Einschätzung ist, dass eine solche Privilegierung auf eine Diskriminierung von Wettbewerbern hinauslaufen könnte, die soziale Dienstleitungen unter Umständen in gleicher oder möglicherweise sogar besserer Qualität als bestimmte gemeinnützige Organisationen erbringen können.

Zu 97.1.3.:

Eine Lockerung der Zuschlagskriterien oder die ausschließliche Zuteilung von Aufträgen an bestimmte Arten von Organisationen könnte das Ziel der Vergabeverfahren, solche Dienste zum wirtschaftlich günstigsten Angebot bzw. zum besten Preis-/Leistungsverhältnis zu erwerben, in Gefahr bringen. Es könnte zudem das Risiko in sich bergen, dass die Verträge staatliche Beihilfen beinhalten.

Zu 97.2.:

Die Schwellenwerte sollten weder generell noch für einen Einzelbereich wie die Vergabe von Sozialdienstleitungen verändert oder durch abweichende Vorgaben wie „de minimis-Regelungen“ verwässert werden. Gründe für sonstige Privilegierungen vermögen wir nicht zu erkennen. Soweit bei sozialen Dienstleistungen ein besonders hohes Leistungsniveau oder eine hohe Versorgungssicherheit erzielt werden sollen, lässt sich dies durch entsprechende Formulierung der Spezifizierungen bei der Ausschreibung entsprechend dem Vergaberecht erreichen.

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

Die Frage bedarf noch näherer Diskussion.

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

S. die Antwort zu Frage 98.



*100. Sind die Beschaffungsmärkte Ihrer Ansicht nach anfällig gegenüber Korruption und Günstlingswirtschaft? Glauben Sie, dass in diesem Bereich Maßnahmen auf EU-Ebene erforderlich sind oder sollte dies allein den Mitgliedstaaten überlassen bleiben?*

Wie allenthalben bekannt, besteht gerade bei der öffentlichen Beschaffung traditionell ein besonderes Risiko der Günstlingswirtschaft, in Einzelfällen bis hin zur Korruption. Mit ihren Mechanismen für Transparenz, Nichtdiskriminierung und Nachprüfbarkeit dienen die EG-Vergaberichtlinien einschließlich der Rechtsmittelrichtlinien der Vermeidung bzw. Reduzierung beider Risiken. Daher ist es wichtig, dass die Schutzvorkehrungen dieser Richtlinien nicht abgeschwächt werden. Dies gilt in erster Linie für die Überlegungen zu einer möglichen Ausdehnung des besonders anfälligen Verhandlungsverfahrens und für den effektiven Vergaberechtsschutz, der in keiner Weise abgeschwächt werden darf.

Weitere Maßnahmen auf EU-Ebene erscheinen grundsätzlich nicht hilfreich.

*101. Wo entstehen Ihrer Ansicht nach kritische Risiken für die Integrität der einzelnen Phasen der Vergabeverfahren (Beschreibung des Vertragsgegenstands, Angebotserstellung, Auswahlphase, Zuschlagsphase, Vertragserfüllung)?*

Risiken für die Integrität des Verfahrens können an verschiedenen Stellen des Verfahrens entstehen. Dies gilt beispielsweise für die Beschreibung des Auftragsgegenstands, mit der die Vergabe teilweise auf einen bestimmten Bieter „zugeschnitten“ werden soll. Ferner gilt es auch für unberechtigte Aufhebungen von Verfahren, die mit Blick darauf erfolgen, einen anderen als den leistungsfähigsten oder einen später hinzukommenden Bieter gezielt zu bevorzugen.

*102. Welches der festgestellten Risiken sollte Ihrer Ansicht nach durch Aufnahme spezifischer/ergänzender Bestimmungen in die EU-Vergaberichtlinien angegangen werden und wie sollte dies sich gestalten (welche Bestimmungen/Sicherheitsvorkehrungen)?*

Insgesamt bieten die Richtlinien grundsätzlich ein hinreichendes Instrumentarium. Es kommt vorrangig auf eine korrekte Anwendung der Vorschriften an.

*103. Welche zusätzlichen Instrumente könnten im Rahmen der Beschaffungsrichtlinien entwickelt werden, um das organisierte Verbrechen im öffentlichen Beschaffungswesen zu bekämpfen? Würden Sie beispielsweise eine Ex-ante-Kontrolle der Vergabe von Unteraufträgen befürworten?*

Die Vergabe von Unteraufträgen obliegt grundsätzlich allein dem Auftragnehmer. Anders als der öffentliche Auftraggeber verwendet er im Unternehmen selbst erwirtschaftete Mittel. Zudem steht er –ebenfalls anders als eine öffentliche Stelle - unter dem Druck des Wettbewerbs, so dass er im eigenen Interesse gezwungen ist, wirtschaftlich sinnvoll, d. h. unter intensiver Nutzung des Wettbewerbs zu agieren. Vor diesem Hintergrund ist eine ex-ante Kontrolle der Vergabe von Unteraufträgen abzulehnen.

*104. Ist Artikel 45 der Richtlinie 2004/18/EG im Hinblick auf den Ausschluss von Bietern Ihrer Ansicht nach ein nützliches Instrument zur Sanktionierung unseriöser Geschäftspraktiken? Welche Verbesserungen dieses Mechanismus bzw. welche alternativen Mechanismen würden Sie vorschlagen?*

Grundsätzlich ja. Allerdings sollte eine EU-weit geltende Klarstellung erfolgen, dass Unternehmen im Falle effektiver Selbstreinigung ihre vergaberechtliche Zuverlässigkeit wiedererlangen können (s. dazu die Antwort zu Frage 106).

*105. Wie könnte die Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen Auftraggebern beim Einholen von Informationen über die persönliche Situation von Bewerbern und Bietern verbessert werden?*

S. die Antwort zu Frage 106.

*106. Sollte die Frage der „selbstreinigenden“ Maßnahmen explizit in Artikel 45 angesprochen oder eher auf nationaler Ebene geregelt werden?*

Ja. Während in einigen Mitgliedstaaten – wie in Österreich – gesetzlich geregelt ist, dass ein Unternehmen im Falle des Nachweises eines effektiven Selbstreinigungsverfahrens nach einem vorangegangenen Fehlverhalten die vergaberechtliche Zuverlässigkeit wiedererlangen kann, und in weiteren Mitgliedstaaten – wie in Deutschland – eine solche Regelung durch Rechtsprechung im Grundsatz anerkannt ist, besteht in anderen Mitgliedstaaten der EU insoweit Rechtsunklarheit. Dies führt zu erheblicher Rechtszersplitterung und -unsicherheiten für Unternehmen innerhalb des Binnenmarktes. Daher ist eine EU-weit geltende legislative Klarstellung zur Selbstreinigung im eingangs erwähnten Sinne in den Vergaberichtlinien erforderlich.

*107. Ist eine begründete Entscheidung zur Ablehnung eines Angebots bzw. Antrags eine geeignete Lösung zur Förderung des Grundsatzes der Gleichbehandlung?*

Hierzu halten wir keine neuen Regelungen für erforderlich.

*108. Finden Sie, dass unter Berücksichtigung des Vertrags von Lissabon in bestimmten Situationen (z. B. Korruption oder Verschweigen von Interessenkonflikten) strafrechtliche Sanktionen in Betracht gezogen werden sollten?*

Nein – sofern dies überhaupt in Betracht käme, wären dies keine Materien des Vergaberechts, sondern des Strafrechts.

*109. Sollte es spezifische EU-Bestimmungen für den Umgang mit Vorteilen geben, über die bestimmte Bieter aufgrund ihrer Beteiligung an der Konzeption des Projekts, das Gegenstand der Ausschreibung ist, verfügen? Welche Sicherheitsvorkehrungen würden Sie vorschlagen?*

Hierzu halten wir keine neuen Regelungen für erforderlich.

*110. Sollte das Problem natürlicher Vorteile teilnehmender Bieter Ihrer Ansicht nach auf EU-Ebene angegangen werden und, falls ja, in welcher Form?*

Nein.

*111. Welche Erfahrungen haben Sie mit den durch Artikel 58 und 59 der Richtlinie 2004/17/EG geschaffenen Mechanismen und wie beurteilen Sie diese?*

*111.1. Sollten diese Bestimmungen weiter verbessert werden? Falls ja, wie? Wäre es sinnvoll, den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen über die Beschaffung im Versorgungssektor hinaus auszuweiten?*

Soweit uns bekannt ist, haben die Artikel 58 und 59 der Richtlinie 2004/17/EG in der Praxis bislang keine wesentliche Rolle gespielt und auch nicht zu einer nennenswerten Verbesserung bezüglich etwaiger Ungleichgewichte beim gegenseitigen Marktzugang beigetragen. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint eine Ausweitung des Anwendungsbereichs dieser Bestimmungen wenig sinnvoll.

*112. Welche anderen Mechanismen würden Sie vorschlagen, um beim Zugang zu den Beschaffungsmärkten mehr Symmetrie zu erreichen?*

Die Verpflichtung zur Prüfung ungewöhnlich niedriger Angebote sollte deutlicher gefasst werden.

Insbesondere sollten verstärkte Prüfpflichten des öffentlichen Auftraggebers bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten eingeführt werden, wenn diese von Unternehmen abgegeben werden, die sich zu 100 Prozent in Staatsbesitz befinden und die Heimatstaaten dieser Unternehmen nicht zu den Zeichnern des Government Procurement Agreement der WTO zählen. In Betracht kommt ferner eine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, im Falle der Beteiligung solcher Staatsunternehmen aus Nicht-GPA-Staaten eine rechtzeitige Mitteilungspflicht an die übrigen Bieter vorzuschreiben, damit diese in die Lage versetzt werden, gegebenenfalls erkennbare Verstöße dieser Wettbewerber gegen Vergabe-, Wettbewerbs- und Beihilfenrecht rechtzeitig effektiv geltend machen zu können. Erwogen werden sollte ferner, EU-Fördergelder künftig nicht zu gewähren, wenn zur Umsetzung der Projekte Unternehmen aus Staaten eingesetzt werden, die selbst weder Mitglieder der EU noch des EWR oder Zeichner des GPA sind.

*113. Gibt es andere wichtige Themen, die Ihrer Ansicht nach bei einer künftigen Reform der EU-Beschaffungsrichtlinien behandelt werden sollten? Welche Themen sind dies, welches sind Ihrer Ansicht nach die zu lösenden Probleme und wie könnten mögliche Lösungen aussehen?*

a) Konzessionen:

Insoweit verweisen wir zunächst auf unsere früheren schriftlichen Stellungnahmen zu den diesbezüglichen Konsultationen. Sollte entgegen der grundsätzlichen Position des BDI, dass insoweit kein dringendes Bedürfnis für eine Legislativinitiative gesehen

wird, ein Legislativvorschlag vorgelegt werden, wäre dies aus unserer Sicht nur akzeptabel, wenn

- es sich dabei *nicht* um die Schaffung einer separaten Regelung zu Konzessionen, sondern nur um eine begrenzte Änderung der Vorschriften zu Konzessionen in der geltenden Richtlinie 2004/18/EG handeln sollte,
- die Änderung sich im Wesentlichen auf eine Klarstellung der europaweiten Veröffentlichung von Konzessionen ab bestimmten Schwellenwerten im Amtsblatt der EU beschränkt und
- die Regelung schlank gefasst ist, keine aufwendigen, detaillierten Verfahrensregelungen enthält und sich eng an die bereits in der geltenden Richtlinie existierenden Vorschriften für Baukonzessionen anlehnt.

#### b) Elektronische Beschaffung

Hierzu nehmen wir Bezug auf unsere ausführliche Stellungnahme zur diesbezüglichen Konsultation der Kommission. Die Vorschriften der Richtlinien 2004/17EG und 2004/18/EG zur elektronischen Vergabe sind grundsätzlich sachgerecht, insoweit besteht kein nennenswerter Änderungsbedarf. Aus unserer Sicht kommt es dagegen vorrangig auf die Herstellung praktischer *Interoperabilität* bei der Nutzung der zahlreichen unterschiedlichen Vergabeplattformen an. Eine zwingende Einführung der elektronischen Vergabe ist *nicht* hilfreich; denn eine solche Maßnahme würde für sich genommen nicht die zentralen Probleme wie die fehlende Interoperabilität lösen.

#### c) Effektiver Vergaberechtsschutz

Ogleich der Rechtsschutz nicht förmlich Teil der Konsultation ist, weist der BDI angesichts der engen thematischen Verknüpfung auf die außerordentliche Bedeutung des effektiven Vergaberechtsschutzes für die zentralen Ziele des Vergaberechts, d. h. insbesondere Transparenz, Nichtdiskriminierung und europaweite Marktöffnung, hin. Vor diesem Hintergrund dürfen *keinerlei Abschwächungen* des effektiven Vergaberechtsschutzes gemäß den Regelungen der EG-Rechtsmittelrichtlinien vorgenommen werden. Danach darf es weder zu einer Einschränkung des Geltungsbereichs des Rechtsschutzes durch Erhöhung der Schwellenwerte noch zu inhaltlichen Einschränkungen des Rechtsschutzes, etwa durch einen erweiterten „Bestandsschutz“ für rechtswidrige Vergaben kommen.

*114. Geben Sie bitte eine Rangordnung der Bedeutung der verschiedenen in diesem Grünbuch angesprochenen Themen an und teilen Sie uns mit, welche sonstigen Themen Sie für wichtig halten. Wenn Sie drei vorrangige Themen angeben könnten, die zuerst angegangen werden sollen, welches wären diese? Führen Sie Ihre Antwort bitte näher aus.*

#### **A. Rangordnung der Bedeutung der angesprochenen Themen - besonders wichtige Querschnittsthemen:**

1. Frage, inwieweit **allgemein-politische Aspekte** (noch) weitere Berücksichtigung im öffentlichen Auftragswesen finden sollen

##### **BDI-Position:**

- bereits jetzt umfassend möglich, prinzipiell keine weiteren diesbezüglichen Legislativvorschriften auf EU-Ebene,

- verstärkte umweltorientierte Beschaffung (mit konkretem Bezug zum Auftragsgegenstand) ist sinnvoll, stärkere sozialpolitische Vorgaben sind dagegen tendenziell eher sehr problematisch, und daher abzulehnen.

2. Frage betreffend eine **etwaige Zulassung des Verhandlungsverfahrens** als allgemein zulässiges Regelverfahren neben dem offenen Verfahren

**BDI-Position:**

- Ein *genereller* Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren (auch soweit es mit vorheriger Bekanntmachung einer Ausschreibung erfolgt) ist abzulehnen, da das Verhandlungsverfahren das am wenigsten transparente Verfahren ist und bei seiner Ausdehnung nennenswerte Einschränkungen des Wettbewerbs zu erwarten wären.
- Unabhängig davon sollte das Verhandlungsverfahren generell durch Mindestgarantien besser gegen missbräuchliche Nutzung abgesichert werden.

3. Etwaige **Klarstellungen zu öffentlich-öffentlichen Partnerschaften** (bzw. zu inhouse-Geschäften)

**BDI-Position:**

Keine weitere Ausdehnung der Zulässigkeit vergaberechtsfreier Betätigungen der öffentlichen Hand über die vom EuGH aufgestellten Grenzen hinaus.

4. **Selbstreinigung**

**BDI-Position:**

Aufnahme einer EU-weiten Klarstellung zur Anerkennung der effektiven Selbstreinigung in den Vergaberichtlinien ist erforderlich.

5. Frage nach der Geltung der Prinzipien **niedrigster Preis/wirtschaftlich günstigstes Angebot**

**BDI-Position:**

Die Möglichkeit der Entscheidung allein nach dem niedrigsten Preis muss abgeschafft werden.

**B. Drei legislativ konkret vorrangige Themen:**

1. Sicherstellung, dass die vom EuGH (zuletzt im Urteil „Stadt Hamburg“) aufgestellten Voraussetzungen für eine sachgerechte **Eingrenzung der Zulässigkeit vergaberechtsfreier öffentlich-öffentlicher Kooperationen bzw. inhouse-Geschäfte** im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens nicht weiter abgeschwächt werden.
2. Einführung einer expliziten Regelung zur **Selbstreinigung** in den EU-Vergaberichtlinien, mit der EU-weit klargestellt wird, dass ein Unternehmen nach vorgegangenem Fehlverhalten im Falle des Nachweises einer effektiven Selbstreinigung die vergaberechtlichen Zuverlässigkeit wiedererlangen kann;
3. **Abschaffung des Prinzips der Beschaffung allein nach dem niedrigsten Preis** auf EU-Ebene und alleinige Ausrichtung der Vergabeentscheidung nach dem Prinzip des wirtschaftlich günstigsten Angebotes, bei gleichzeitiger Stärkung der Bedeutung der Berücksichtigung der Kosten des gesamten Lebenszyklus eines Produkts bzw. einer Dienstleistung bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots.