

Berlin, 18. Mai 2011

**Stellungnahme der Bundesregierung zum
Grünbuch der Europäischen Kommission zur
Modernisierung des Vergaberechts**

- I.1. Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland begrüßt das Vorhaben der Europäischen Kommission, das europäische Vergaberecht so umzugestalten, dass seine Effizienz und Wirksamkeit erhöht werden. Die Europäische Kommission lädt ein zu einem weit reichenden Gedankenaustausch zu allen Fragen, die das Vergaberecht tangieren, und scheut sich nicht davor, auch grundlegende Annahmen zur Diskussion zu stellen. Diesen offenen Ansatz begrüßt die Bundesregierung ausdrücklich.

2. Das Vergaberecht hat in Europa mittlerweile seit 1971 eine feste Tradition. Waren anfangs streng formalisierte Verfahren erforderlich, um Vergabestellen in Europa an Wettbewerb, Transparenz und Nichtdiskriminierung zu gewöhnen, so sind diese Grundsätze mittlerweile in Europa geübte Praxis. Die Vergabekoordinierungs- und die Rechtsmittelrichtlinien, ergänzt durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, stellen weithin Transparenz und Nichtdiskriminierung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sicher.

3. Wesentliche Voraussetzung für eine effiziente und wirtschaftliche Beschaffung und mehr Dispositionsfreiheit der öffentlichen Hand ist, dass eine Beschaffung im Wettbewerb erfolgt und die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz des Vergabevorganges und der Nichtdiskriminierung der Bieter sichergestellt ist. Es gilt in diesem Zusammenhang, das Optimierungspotential des Vergaberechts gründlich zu analysieren und zu bestimmen, an welchen Stellen mehr Flexibilität für öffentliche Auftraggeber und Bieter sinnvoll ist. Eine Novelle des Vergaberechtsrahmens sollte sich von zwei zentralen Maßgaben leiten lassen: Die wirtschaftliche Beschaffung der öffentlichen Hand sollte durch einfachere und flexiblere Vergabevorschriften verbessert werden ohne das erreichte vergaberechtliche Schutzniveau für Bieter abzuschwächen. Soweit angebots- oder nachfrageseitige Marktmacht das Kräfteverhältnis zwischen

Auftragnehmern und Auftraggebern wesentlich beeinflusst, sind aus Sicht der Bundesregierung die Grenzen und Eingriffsmöglichkeiten des nationalen und europäischen Wettbewerbsrechts ausreichend.

4. Die Bundesregierung empfiehlt, konkrete Vorschläge für eventuelle Änderungen des Rechtsrahmens erst nach einer umfassenden und sorgfältigen Evaluation der bisherigen Vergaberechtspolitik bzw. der geltenden Richtlinien vorzulegen, um dann die dort aufgedeckten Schwachstellen gezielt angehen zu können. Zu dieser Analyse sollte auch eine Untersuchung möglicher Preisdivergenzen bei öffentlicher und privater Nachfrage gehören.
 5. Der Rechtsrahmen sollte nur dort geändert werden, wo die Evaluation Lücken oder Schwachstellen aufgedeckt hat, gemessen am Ziel des effizienten und wirtschaftlichen Einkaufs sowie der weiteren Binnenmarktöffnung und unter Beachtung der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität. Auftragnehmer und Auftraggeber sollten nicht ohne Not durch sich ständig ändernde Regelungen und damit verbundene Kosten belastet werden. Sie haben ein berechtigtes Interesse an einem stabilen, transparenten und nicht diskriminierenden Rechtsrahmen, der ihnen möglichst langfristige Rechts- und Planungssicherheit bietet. Im Übrigen sollten bewährte Praktiken fortgeschrieben bzw. verankert werden, um einen möglichst stabilen Rechtsrahmen und Rechtssicherheit auch in Zukunft zu gewährleisten.
 6. Aus diesem Grunde sollte aus Sicht der Bundesregierung im Grünbuch die Frage des Regelungsbedarfs von Dienstleistungskonzessionen nicht ausgeklammert werden. Es ist kein sachlicher Grund dafür erkennbar, Dienstleistungskonzessionen – falls erforderlich – zeitlich vorgezogen und in einem isolierten Gesetzgebungsprozess zu regeln. Für Dienstleistungen, die auf gerichtliche Anordnung erfolgen (Pflichtverteidiger, Insolvenzverwalter, Betreuer etc.) muss durch eine Ausnahmeregelung klargestellt werden, dass derartige Anordnungen weder vom Vergaberecht noch von einer zukünftigen Regelung zu Dienstleistungskonzessionen erfasst werden.
- II.1. Auch das zweite wichtige Ziel des Grünbuchs, die öffentlichen Auftragsvergaben stärker zur Erreichung der Strategie „Europa 2020“-Ziele zu nutzen, wird von der Bundesregierung unterstützt, solange damit nicht die Effizienz des Vergabeverfahrens und die Wirtschaftlichkeit des Einkaufs konterkariert werden, eine Verknüpfung mit dem

Auftragsgegenstand besteht sowie die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Nichtdiskriminierung sichergestellt ist. Gleichzeitig muss gewährleistet sein, dass das Vergaberecht übersichtlich und handhabbar für die Praxis bleibt. Das Vergaberecht kann und soll die Verfolgung anderer Politikziele nicht vorgeben, sondern nur deren Umsetzung möglich machen.

2. Viele Ziele der Strategie „Europa 2020“ lassen sich bereits im Rahmen des geltenden Rechts in hohem Maße fördern:

- Umwelteigenschaften einzukaufender Güter oder Dienstleistungen können schon jetzt umfänglich berücksichtigt werden. Allerdings wird beispielsweise die Berücksichtigung der Energieeffizienz durch die Berechnung der Lebenszykluskosten im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung noch viel zu selten genutzt. Um diese Situation zu verbessern, sind klare Regelungen erforderlich – eventuell verbunden mit Hilfestellungen durch die Kommission bezüglich der Berechnungsmethoden und Instrumente.

Die Umweltentlastungspotenziale der öffentlichen Hand ließen sich noch besser erschließen, wenn öffentliche Beschaffungen - wo möglich und wirtschaftlich sinnvoll - an die Berücksichtigung anspruchsvoller Umweltstandards gebunden würden. Beispielsweise sollten öffentliche Auftraggeber, wenn diese Voraussetzungen vorliegen

- Produkte der höchsten Energieeffizienzklasse einkaufen, wenn diese die erforderlichen Leistungsprofile aufweisen,
- die Lebenszykluskosten bei der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots beachten und
- bei Ausschreibungen auch verstärkt die anspruchsvollen Kriterien von etablierten Umweltzeichen (wie Euroblume oder Blauer Engel) nutzen.

Bei Letzterem wären noch Verfahrenserleichterungen denkbar, wenn beispielsweise im Rahmen der Leistungsbeschreibung direkt auf die Vergabegrundlagen von sog. Typ-I-Umweltzeichen verwiesen werden dürfte.

Die Bundesregierung bittet die Kommission zu prüfen, ob öffentliche Auftraggeber bei der Beschaffung von Lebensmitteln auch ausdrücklich auf regionale Produkte zurückgreifen dürften, um unnötige Umweltbelastungen zu vermeiden (z.B. saisongebundener Einkauf von Obst und Gemüse). Hierzu wäre eine rechtliche Klarstellung der entsprechenden Möglichkeiten wünschenswert.

- Auch Innovationen können mit dem geltenden Vergaberecht bereits gefördert werden. Darüber hinaus sollten aber zusätzliche Möglichkeiten, Forschung und Innovation zu fördern, angegangen werden:
 - a) Müssten Nebenangebote von den öffentlichen Auftraggebern nicht ausdrücklich zugelassen werden, sondern wären generell zugelassen, wäre dies ein großer Anreiz für die Wirtschaft, innovative Lösungen anzubieten.
 - b) Auch eine verstärkte Anwendung der funktionalen Leistungsbeschreibung fordert die Kreativität und das Innovationspotenzial der Wirtschaft heraus.
 - c) Der bestehende Ausnahmetatbestand für Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb für Warenlieferungen zu Forschungszwecken sollte generell auch auf die FuE-Leistungen ausgeweitet werden (Art. 31 Nr. 2a der aktuellen Richtlinie 2004/18/EG).
 - d) Die Möglichkeit der vorkommerziellen Auftragsvergabe kann als innovationsfördernd angesehen werden. Eine stärkere Verbreitung wäre wünschenswert.
 - e) Auch der Wettbewerbliche Dialog könnte ein vergaberechtliches Verfahren bei besonders komplexen Innovationsaufträgen darstellen.
 - f) Insbesondere könnte eine generelle Möglichkeit zu Verhandlungen bei allen Vergabearten in den Bereichen Forschung und Innovation es ermöglichen, Leistungsanforderungen zu konkretisieren bzw. weiter zu entwickeln und damit größere Wirtschaftlichkeit zu erzielen.

- Die Bundesregierung unterstützt die Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Auftragsvergabe (wie z.B. Barrierefreiheit), soweit diese Kriterien mit dem Auftragsgegenstand verknüpft sind.

3. Sollte die Verfolgung anderer Politikziele in Zukunft vermehrt ermöglicht werden, so muss in jedem Falle sichergestellt werden, dass diese Ziele nicht missbräuchlich zur Marktabschottung oder zur Beschränkung des Wettbewerbs eingesetzt werden. Auch die zusätzliche bürokratische Belastung (z. B. durch aufwändige und kostspielige Zertifikate) insbesondere für KMU ist zu berücksichtigen. Die Förderung sonstiger Politikziele hat zudem beihilferechtliche Aspekte, die genau zu prüfen sind.

4. Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass die Vergaberegeln auch dazu beitragen können, Korruption zu vermeiden. Korrupte Unternehmen sind wegen fehlender Zuverlässigkeit von den Vergabeverfahren auszuschließen. Dafür hat jedes Land seine eigenen Regeln. Wünschenswert wäre es aber aus Sicht der Bundesregierung, wenn EU-weit einheitliche Regeln zur „Selbstreinigung“ von Unternehmen gelten würden, da dies Auswirkungen auf die Reichweite des vergaberechtlichen Wettbewerbs hat. Entscheidend muss dabei sein, dass ein ausgeschlossenes Unternehmen geeignete Maßnahmen ergriffen hat, die eine Wiederherstellung der Zuverlässigkeit des Unternehmens dauerhaft gewährleisten. Die Letztentscheidung über das Vorliegen der Zuverlässigkeit muss aber weiterhin der Vergabestelle vorbehalten bleiben. Bei Ausarbeitung der Vorgaben für „selbstreinigende“ Maßnahmen sollte die EU auch internationale Harmonisierungsbestrebungen (z. B. im Rahmen der G20) berücksichtigen.

5. Deutschland sieht die ebenfalls aufgeworfene Frage der Einführung einer Möglichkeit zur zentralen Abschottung der europäischen Beschaffungsmärkte Drittstaaten gegenüber, die nicht dem GPA beigetreten sind, eher skeptisch, insbesondere soweit dies auf verbindliche Regelungen hinausläuft. Reziprozität ist im Grundsatz keine angemessene Antwort auf eventuelle Probleme mit Drittstaaten, da so eine für europäische Unternehmen ungünstige Abschottungsspirale in Gang gesetzt werden könnte.

III. Zu einigen Einzelaspekten wird nach derzeitigem Stand und unter Vorbehalt der oben angesprochenen Evaluierungsergebnisse wie folgt Stellung genommen:

1. Der Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien sollte nicht geändert werden und auf öffentliche Beschaffungen beschränkt bleiben. Das Kriterium des unmittelbaren wirtschaftlichen Nutzens sollte beibehalten werden.
2. Die Unterscheidung nach Bau-, Liefer- und Dienstleistungsauftrag wird von der Praxis als bewährt angesehen, deren Beibehaltung erscheint insoweit vorteilhaft.
3. Die herkömmliche Unterscheidung zwischen „A“- und „B“-Dienstleistungen folgt dem Aspekt der grenzüberschreitenden Relevanz, dessen Berücksichtigung beibehalten werden sollte.
4. Die Bundesregierung sieht bei einer Anhebung der Schwellenwerte den Binnenmarkt gefährdet, da er nur für einen zahlenmäßig geringer werdenden Teil sehr großer Aufträge eröffnet wäre. Dies wäre zum Nachteil der europäischen Unternehmen, insbesondere der KMU. Außerdem hält die Bundesregierung eine Anhebung der Schwellenwerte wegen der Bindung an das WTO/GPA ohnehin nicht für realisierbar.
5. Das Detailniveau der Regeln ist uneinheitlich. Teilweise erscheint es recht hoch (zum Beispiel Fristenregelungen, dynamisches elektronisches Verfahren), teilweise recht niedrig (zum Beispiel Aufhebung der Verfahren). Unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität wird allgemein ein eher niedriges Detailniveau bevorzugt, um dem nationalen Gesetzgeber Regelungsspielräume zu lassen.
6. Zu hohe Transaktionskosten entstehen dort, wo bürokratischem Aufwand kein angemessener Nutzen gegenüber steht. Maßstab ist hier, ob der Aufwand notwendig ist, um ausreichend Wettbewerb um öffentliche Aufträge herzustellen und wirtschaftliche Ergebnisse zu zeitigen. Es stellt sich die Frage, ob Transaktionskosten durch flexiblere Verfahren gesenkt werden können. Unter diesem Aspekt könnte ggf. ein vermehrtes Zulassen von Verhandlungen erwogen werden.

Eine Ausweitung der Verhandlungsmöglichkeiten für die Vergabestellen könnte jedoch - worauf insbesondere die Auftragnehmerseite hinweist - mit erheblichen Problemen

verbunden sein. Hier ist zu berücksichtigen, dass Verhandlungen die Gefahr von Willkür und Intransparenz bergen und ggf. die Korruptionsgefahr erhöhen. Außerdem steht zu befürchten, dass grundlegende Prinzipien wie die Vertraulichkeit von Bieterinformationen missachtet würden und es zu einer unverhältnismäßigen Steigerung des Preisdrucks auf die Unternehmen kommen könnte. Insofern wären bei einer erhöhten Flexibilität im Hinblick auf Verhandlungsverfahren die erforderliche Transparenz und diskriminierungsfreier Wettbewerb in besonderem Maße sicherzustellen. Außerdem könnten bestimmte Verfahrensgrundsätze für Verhandlungen verbindlich vorgeschrieben werden.

Aus Sicht der Auftraggeberseite werden Verhandlungsverfahren einerseits als wünschenswert gesehen, weil sie zusätzliche Flexibilität bringen, andererseits wird aber auch auf die Gefahr vermehrter Rechtsstreitigkeiten hingewiesen.

7. Die Bundesregierung begrüßt einen flexibleren Ansatz bei der Prüfung von Auswahl- und Zuschlagskriterien. Dabei muss aber die grundsätzliche Trennung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien als sachlich gerechtfertigt erhalten bleiben. Flexibler gestaltet werden sollte aber die Abfolge im Wertungsprozess. Bei der Vergabe von Dienstleistungen kann es neben der Eignung des Unternehmens auf die persönlichen Fähigkeiten des Leistungserbringers (Projektteams) ankommen; deswegen sollte die Berücksichtigung in der Zuschlagphase möglich sein. Eine zu weit gehende Flexibilisierung birgt immer die Gefahr, „Hoflieferantentum“ zu ermöglichen, Newcomer zu benachteiligen und damit Marktzutrittsschranken zu erhöhen. Die Einhaltung von Transparenz und Gleichbehandlung ist sicherzustellen.
8. Besondere Regeln der EU für kleinere öffentliche Aufträge liegen in der Kompetenz der Mitgliedstaaten. Allerdings wäre es aus Sicht der Bundesregierung wünschenswert, wenn die Kommission den von der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Begriff des „grenzüberschreitenden Interesses“ zur Bestimmung der Binnenmarktrelevanz in geeigneter Form erläutern würde.
9. Bei den öffentlichen Auftraggebern in Deutschland besteht ein hoher Grad an Unsicherheit darüber, wann und unter welchen Bedingungen ihre Beziehungen untereinander in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fallen. Deshalb wären klarstellende Leitlinien durch die Kommission zu begrüßen. Insbesondere ist es erforderlich, die Aufgabenübertragung als eigenständige Variante einer nicht dem Vergaberecht unterlie-

genden öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit ausdrücklich darzustellen. Eine in der innerstaatlichen Organisationshoheit begründete Zuständigkeitsübertragung ist ihrer Natur nach grundlegend verschieden von Vereinbarungen zur Zusammenarbeit, die auf einem gegenseitigen Leistungsverhältnis beruhen und deshalb durch zusätzliche Detailkriterien von einem vergabepflichtigen Auftragsverhältnis abgegrenzt werden müssen. Aus diesem Grund sind die vom EuGH für die Abgrenzung zwischen Vereinbarungen zur Zusammenarbeit und Auftragsverhältnissen entwickelten Voraussetzungen nicht auf Zuständigkeitstransfers übertragbar. Insofern ist es wünschenswert, das Urteil des EuGH in Sachen „Stadtreinigung Hamburg“ durch eine Klarstellung im o.g. Sinne nachzuvollziehen.

Einer zusätzlichen gesetzlichen Regelung bedarf es aus Sicht der Bundesregierung nicht.

10. Bündelung von Nachfrage und gemeinsame Vergabe von Aufträgen durch mehrere Vergabestellen führen ggf. auch zu einer Bündelung von Kompetenz, das heißt zu stärkerer Professionalisierung, größerer Effizienz des Vergabeverfahrens und damit zu wirtschaftlicheren Ergebnissen der Beschaffung. Die Grenze liegt aber bei Wettbewerbsbeschränkungen wegen einer zu großen Nachfragemacht der öffentlichen Hand. Hier ist auch eine besondere Rücksichtnahme auf KMU geboten (z.B. durch Aufteilung großer Aufträge in kleinere Lose).
11. Die Richtlinien sollten keine über die bisherige Regelung des Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG hinausgehenden Vorschriften für die Auftragsausführung vorsehen. Dies ist Sache des nationalen Zivilrechts. Wohl aber könnte eine Regelung in die Richtlinien aufgenommen werden, nach der das nationale Recht in geeigneten Fällen Bestimmungen vorsehen muss, die es ermöglichen, Vergaberechtsverstöße feststellende Urteile des EuGH umzusetzen. Wie dieses Ziel im Einzelnen erreicht wird, sollte Sache des nationalen Gesetzgebers bleiben.
12. Aus Sicht der Bundesregierung sind zusätzliche Quoten-Regelungen zur Förderung von KMU auf EU-Ebene nicht notwendig. Eine konsequente Nutzung des geltenden Rechtsrahmens ist hier ausreichend. Deutschland hat bereits eine sehr weit gehende Verpflichtung zur Aufteilung von Aufträgen in Fach- und Teillose normiert. Darüber hinaus ist den KMU am Besten durch ein einfaches und handhabbares Vergaberecht gedient, das ihren Verwaltungsaufwand niedrig hält. Hierzu gehören das Instrument der

Eigenerklärungen und eine Regelung, nach der die Nachweiserbringung nur von denjenigen Bietern erfolgen muss, die in die engere Wahl kommen.

13. Das Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots muss beibehalten werden. Grundsätzlich kann auch danach bei abschließend beschreibbaren Leistungen ausnahmsweise der Preis allein ausschlaggebend sein. Im deutschen Vergaberecht ist bereits die Vergabe auf das wirtschaftlichste Angebot vorgesehen. Das Kriterium der Wirtschaftlichkeit erfordert, neben dem Preis auch die Qualität der angebotenen Leistung zu würdigen. Die Bewertung der Wirtschaftlichkeit einer Leistung oder eines Produkts sollte wo immer möglich auch die Berücksichtigung der Lebenszykluskosten des Produkts einschließen. So ist im nationalen Recht in Deutschland für die Vergabestellen des Bundes bereits festgelegt (Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen vom 17. Januar 2008), dass bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots neben den Anschaffungskosten die voraussichtlichen Betriebskosten über die Nutzungsdauer sowie die Abschreibungs- und Entsorgungskosten zu berücksichtigen sind.