



## **Die Modernisierung des Vergaberechts auf europäischer Ebene: Ein Situationsbericht**

**Joanna Szychowska, Europäische Kommission**

*Nicht autorisierte Übersetzung des Vortrages am 19.04.2012  
bei den forum vergabe Gesprächen 2012*

Vielen Dank für die Einladung zu dieser Konferenz, ich fühle mich sehr geehrt, an Ihrer Veranstaltung teilnehmen zu dürfen. Ich weiß, dass Sie bereits gestern über Konzessionen diskutiert haben - Herr Schwab hat in seinem Vortrag auch dieses Dossier erwähnt. Ich werde versuchen, auf einige der Punkte einzugehen, die er aufgeworfen hat, und ich bin auch sicher, dass Sie Fragen zu einigen Punkten haben werden. Da wir diesen Vorschlag sehr intensiv mit den beiden gesetzgebenden Organen, Parlament und Rat, diskutiert haben, denke ich, das ist eine gute Gelegenheit für Sie, darüber von beiden Seiten zu hören, vom Parlament und von der Kommission.

Was ich beabsichtige, ist Ihnen zu sagen, warum die Kommission dachte, es wäre eine gute Idee einen Vorschlag zu machen, was wir ansprechen wollten und wie wir vorgegangen sind. Also beginnend mit "Wie", möchte ich Ihnen ein Bild der aktuellen Situation und den Ausgangspunkt für unsere Überlegungen darstellen. Auf den Punkt gebracht, ist die Situation im Hinblick auf die sekundären Rechtsvorschriften über öffentliche Aufträge wie folgt: Wir wissen, wie öffentliche Aufträge über Bauleistungen und über Dienstleistungen zu veröffentlichen und zu vergeben sind. Wir wissen ein wenig über Baukonzessionen, wie sie zu veröffentlichen sind und welchen Rechtsschutz es gibt; aber wir wissen nicht, wie solche Verträge zu vergeben sind, und wir wissen buchstäblich nichts über Vergabe und Rechtsschutz bei Dienstleistungskonzessionen. Ich schweige über den Sektorenbereich, da ansonsten die ganze rechte Seite meiner Folie leer wäre. Und natürlich ist Präzision nicht der einzige Grund, Gesetze zu erlassen. Wenn man sich die aktuelle Situation in einem ganzheitlichen Ansatz ansieht und wenn Sie berücksichtigen, dass wir über die Beschaffung von hochwertigen Dienstleistungen und Bauleistungen reden, über die Verwendung öffentlicher Gelder und die Notwendigkeit, den EU-Vertrag zu respektieren, dann gibt es gute Gründe, mehr Klarheit und mehr Sicherheit in diese Art der Beschaffung zu bringen.

Ich möchte auch sagen, dass die Ziele dieses Vorschlags, egal wie merkwürdig es auch klingen mag, genau die gleichen sind, wie für die Reform des öffentlichen Beschaffungswesens. Auch wir wollen die Regeln vereinfachen, und ich werde erklären, warum. Außerdem wollen wir Klarheit schaffen und die Dinge noch sicherer machen.

Also, ganz kurz, worum geht es bei diesem Vorschlag? In erster Linie geht es um die Verwendung öffentlicher Gelder, was auch EU-Gelder bedeutet, weil viele Projekte ko-finanziert werden; so sind dies öffentliche Gelder im weitesten Sinne. Es geht um die Verbesserung des Zugangs zu den Märkten durch die Wirtschaftsteilnehmer und um die Verbesserung der Investitions-Chancen und um Innovation. Während der Vorbereitung unserer Folgenabschätzung haben wir gelernt, dass die Mehrzahl der öffentlich-privaten Partnerschaften auf Konzessionen beruhen, also könnte dieser Vorschlag eines jener Elemente sein, die zur Beschleunigung der Einführung von PPP in geeigneten Fällen führen könnten. Ich beabsichtige nicht, über öffentlich-private Partnerschaften zu sprechen

und erhebe nicht den Anspruch, dass sie das beste Werkzeug für jede Situation sind, aber Konzessionen spielen dennoch eine sehr wichtige Rolle im Rahmen von PPP.

Und nun will ich Ihnen sagen, worum es bei diesem Vorschlag nicht geht, auch wenn dies seltsam klingen mag. Allerdings haben wir im vergangenen Jahr gelernt, dass es viele Diskussionen gibt, nicht nur über die Notwendigkeit der Richtlinie, sondern auch darüber, was sie tatsächlich abdeckt. In diesem Zusammenhang scheint es uns, dass es viele Missverständnisse darüber gibt, worauf dieser Vorschlag abzielt. Wir müssen die Stimmen gegen die Verabschiedung der Richtlinie zu Konzessionen respektieren, aber wenn man entscheidet, dass dieser Text nicht angenommen werden soll, müssen die wahren Gründe für eine solche Ablehnung klar sein.

Meine nächste Folie zeigt, worum es bei diesen Regeln nicht geht. In erster Linie betreffen sie nicht die Privatisierung von Dienstleistungen. Ich weiß, dass dies eine sehr weit verbreitete Ansicht ist, ich weiß auch, dass dies von bestimmten Seiten immer und immer wieder behauptet wird, aber ich kann nur wiederholen, dass die Kommission einfach mit einem Verfahren für die Auswahl der besten Dienstleister kommen wollte. Wir haben nicht über Privatisierung von Dienstleistungen nachgedacht, wir verstehen diesen Vorschlag nicht als ersten Schritt in Richtung Privatisierung irgendeiner Aktivität. Also, egal welche Überzeugungen es gibt, möchte ich Ihnen versichern, dass dieser Vorschlag kein solches Ziel hat.

Deshalb zielt er auch nicht darauf ab, öffentliche Aufgaben zu externalisieren. Solche Entscheidungen werden immer bei der öffentlichen Hand bleiben. Wir hatten sogar eine Diskussion im Parlament und mit dem Rat, dass es vielleicht sinnvoll wäre, diesen Grundsatz im Text der Richtlinie selbst zu wiederholen. Wenn es noch Zweifel gibt und eine solche Regelung mehr Gewissheit geben könnte, ich glaube, ist dies eine Überlegung wert. Also: Wir drängen nicht auf die Externalisierung von öffentlichen Aufgaben.

Der Vorschlag betrifft auch nicht Qualitätsstandards. Wir hören oft, dass die Qualität bestimmter Dienstleistungen sinken wird, weil die Behörden nicht mehr in der Lage sein werden, die Qualitätsstandards vorzugeben. Nichts könnte weiter von der Wahrheit entfernt sein: Das wird weiterhin möglich sein, genauso wie es heute möglich ist, weil die Richtlinie einfach diesen Aspekt nicht abdeckt.

Und schließlich enthält die Richtlinie nicht die Voraussetzungen für die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit.

Meine nächste Folie enthält einige Informationen aus öffentlichen Anhörungen. Weil unsere Arbeit an dieser Richtlinie einen sehr umfangreichen Prozess der Diskussion mit öffentlichen Akteuren, öffentlichen und privaten Partnern umfasste, haben wir zwei Konsultationen und mehrere Studien durchgeführt. Dies nur, um Ihnen eine Momentaufnahme zu geben. Einige Zahlen zeigen, was wir über Marktzutrittsschranken gelernt haben, über die freihändige Vergabe von Aufträgen, über mangelnde Transparenz und über Hindernisse für die grenzüberschreitende Vergabe von Aufträgen.

Vielleicht sollte ich nun die Folgenabschätzung und die Verfügbarkeit von Daten erwähnen. Ich weiß, das ist ein sehr wichtiges Thema in der Debatte. Ich weiß auch, dass Herr Schwab hierauf gestern eingegangen ist. Aus meiner Sicht ist es ein sehr stichhaltiges Argument und es ist sehr wichtig, darüber aufzuklären. Die Erstellung der Folgenabschätzung für diesen Vorschlag war extrem schwierig, darum haben wir so lange dafür gebraucht. Natürlich stehen Zahlen zur Verfügung und die

Folgenabschätzung bietet solche Zahlen; aber ich möchte Ihre Aufmerksamkeit auf die Tatsache lenken, dass Dienstleistungskonzessionsverträge nicht veröffentlicht werden und daher keine systematischen oder genauen Daten verfügbar sind. So bestand die einzige Lösung für uns darin, stichprobenartig Verträge anzusehen - was wir auch taten - und auf dieser Grundlage zu versuchen, bestimmte Schlüsse zu ziehen. Die Daten liegen vor; aber aus sehr offensichtlichen Gründen kann diese Folgenabschätzung nie so detailliert sein, wie beispielsweise die Folgenabschätzung für die Reform, wo man einfach auf die Daten in Amtsblättern klicken und sehr einfach sehen kann, wie die Situation ist betreffend den Wert von Verträgen, der betroffenen Sektoren, der Laufzeit von Verträgen und so weiter und so fort.

Daher konzentrierten wir uns auf die qualitativen Aspekte der Folgenabschätzung. Was haben wir uns bei der Prüfung der Situation angesehen? Wir haben uns die fehlende Rechtssicherheit im Hinblick auf die Definition von Konzessionen angesehen. Wir erkannten, dass wir oft über Konzessionen reden, wenn eine Situation nichts mit einer Konzession zu tun hat und umgekehrt. Wir erfuhren, dass Zugangsbarrieren aus zwei Quellen stammen. Auf der einen Seite beruhen sie darauf, wie die Mitgliedstaaten die Bestimmungen des Vertrags interpretieren, wie sie sie in ihre nationalen Gesetze übersetzen, und auf der anderen Seite darauf, wie sie sie anwenden. Und das, mit 27 verschiedenen mitgliedstaatlichen Vorgaben, schafft natürlich eine perfekte Eintrittsbarriere für diejenigen, die gerne Zugriff auf Konzessionsverträge gewinnen würden. Schließlich gilt auch die Rechtsmittelrichtlinie nicht für Konzessionsverträge. Die Bieter profitieren daher nicht von dem System der Vergabenachprüfung.

Wir haben uns drei mögliche Optionen zur Lösung des Problems überlegt. Wir begannen mit sehr einfachen Regeln, vergleichbar denen für Baukonzessionen. Dann haben wir die allgemeinen Vergabevorschriften untersucht; aber wir haben auch diese Option verworfen. Dann haben wir versucht, eine mittlere Lösung, die wir als "gemischte Regeln" ansahen, zu formulieren. Ich weiß, dass jetzt jemand wahrscheinlich sagen wird, dass man nicht wirklich von einer gemischten Lösung oder einem "light-touch-Ansatz", sprechen kann, wenn Sie am Ende mit 53 Artikeln und einer großen Anzahl von Seiten und Anhängen dastehen. Allerdings werde ich versuchen zu zeigen, dass die vorgeschlagenen Regelungen erheblich von denen für das öffentliche Beschaffungswesen abweichen, dass die Regeln schlanker sind, und dass allein die Tatsache, dass es eine bestimmte Anzahl von Artikeln gibt, nicht bedeutet, dass dies ein einengender Rechtsrahmen ist. Natürlich macht es einen Unterschied, wenn man bei Null anfangen und neue Bestimmungen einführen muss. Aber wir sollten sicherlich über den Inhalt und nicht über die Zahlen sprechen.

Unser Ansatz war es, ein einheitliches Regelwerk für Konzessionen vorzuschlagen. Warum haben wir nicht ein Kapitel über Dienstleistungskonzessionen in die beiden derzeit in der Überarbeitung befindlichen Richtlinien aufgenommen? Dies ist eine sehr gute Frage. Der Grund dafür war, dass wir uns ausschließlich mit Konzessionen befassen wollten und ein konsolidiertes Regelwerk für diejenigen, die mit der sekundären Gesetzgebung in der Angelegenheit konfrontiert sind, anbieten wollten. Also dachten wir, es ist besser, alle Regeln in einem einzigen Text zusammenzufassen, anstatt den Marktteilnehmern und öffentlichen Auftraggebern zwei verschiedene Texte (für die klassischen Auftraggeber und die Sektorenauftraggeber) vorzugeben, bei denen es weiterhin zwangsläufig Unterschiede geben würde, wie es zu Zeit der Fall ist. Sie müssten also nicht nur zwei Texte, sondern zwei verschiedene Texte verwenden. Mit einem Dokument ist es uns möglich, bereits in diesem Stadium die Regeln zu verschlanken. Es ist viel handlicher für die Nutzer, einen Text über

Konzessionen zu haben, anstatt in zwei verschiedenen Richtlinien mit einer Reihe von Querverweisen und Ausnahmen herumzublättern.

Wir haben uns auf das beschränkt, was der EuGH gesagt hat. Ich weiß, Sie werden hiergegen Einwände haben und ich weiß ebenfalls, dass die Regelungen zu in-house oder öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit Quellen des Anstoßes sein können, was wir später gerne im Detail diskutieren können. Allerdings war unser Ausgangspunkt, in erster Linie anzusehen, was der EuGH gesagt hat, Schlussfolgerungen zu ziehen und, wo das Gericht unklar war, weitere Details festzulegen.

Vielleicht eine allgemeine Bemerkung zum Anwendungsbereich des Vorschlags: Sie werden nicht von mir hören, dass diese Richtlinie ideal ist und dass die getroffenen Entscheidungen die einzig möglichen sind. Natürlich ist das der Grund, warum wir das Parlament und den Rat haben: Um Dinge besser zu machen, um sie zu verbessern und zu berücksichtigen, was andere zu sagen haben. Aber wir arbeiteten an diesem Text in einer sehr gewissenhaften und sehr kooperativen Art und Weise mit allen Beteiligten und wir waren mit sehr schwierigen Entscheidungen konfrontiert. Auf der einen Seite haben wir versucht, den Text nicht mit zu vielen spezifischen Regeln zu überlasten, aber gleichzeitig wollten wir vermeiden, dass er zu vage ist oder zu viel Raum für Interpretation lässt. Wir wollten einen autonomen Text für Konzessionen, ohne dabei die wichtigsten Grundsätze der Gestaltung der Ausschreibung einzuschränken. Dies ist ein sehr neuer Text und nicht einer, den es schon seit dreißig oder vierzig Jahren gibt, den wir gerade versuchen, zu verbessern. Wir wollen zu Lösungen kommen, die zum ersten Mal für diese Art von Verträgen funktionieren werden.

Wir haben eine Schwelle von fünf Millionen Euro für alle Konzessionen in beiden Sektoren, für die Bauleistungen und für Dienstleistungen, vorgeschlagen. Wir streben einige spezifische Ausnahmen an, wo eine gewisse Reglementierung von Konzessionen bereits vorhanden ist. Beispiele sind die öffentlichen Verkehrsmittel und der Luftverkehr. Es gibt auch eine schlankere Regelung für soziale Dienste. So beziehen sich die wichtigsten Punkte im Text auf die Definition von Konzessionen - und das ist vielleicht das beste Beispiel dafür, warum wir Gesetze erlassen müssen, obwohl der Gerichtshof eine Reihe wichtiger Entscheidungen getroffen hat. In der Tat sagt das Gericht viele Dinge, die sich aber nicht immer gegenseitig ergänzen und die oft widersprüchlich sind. Dies sind die Gründe wegen denen wir - aus Gründen der Klarheit und um sicherzustellen, dass jeder weiß, worüber wir reden - genauer sein müssen mit der Definition von Konzessionen, da dies ein grundlegendes Element der Richtlinie ist. Wir wollten auch deutlich machen, dass es einen Unterschied zwischen einer Konzession und anderen Arten von einseitigen Akten gibt. Warum? Wir wussten von vielen Sorgen und Bedenken, dass die Richtlinie Fallgestaltungen abdecken könnte, die eigentlich nicht als Konzessionen anzusehen sind. Also wollten wir genau sein und sagen, dass die Richtlinie nur Verträge eines bestimmten Typs und nicht etwa zum Beispiel Erlaubnisse oder Genehmigungen erfasst.

Offensichtlich ist die Veröffentlichung mit Transparenz verbunden, so dass wir die Veröffentlichung von Mitteilungen, ex post und ex ante vorsehen. Wir versuchen, die zulässige Dauer eines Vertrags vorzugeben, wenn auch nicht in expliziter Weise und nicht durch Bezugnahme auf eine konkrete Frist, denn das ist natürlich nicht möglich. Aber wir stellen klar, dass die Dauer des Vertrages nicht unbegrenzt sein kann, sondern in angemessenem Verhältnis zu den getätigten Investitionen stehen muss.

Und wir beabsichtigen, Regeln über die Änderung der Verträge vorzusehen. Dieser Punkt wurde auch in der Präsentation von Herr Spiegel angesprochen.

Jetzt komme ich zu Verfahrensgarantien, Anforderungen für die Auswahl und Ausschluss von Bietern, und Einbeziehung der Rechtsmittel-Richtlinie.

Dies sind die beiden wichtigsten Bestimmungen, welche die Besonderheiten der Konzessionen berücksichtigen und sie beinhalten den größten Unterschied im Hinblick auf die Reform der Vergabe öffentlicher Aufträge. Warum? Weil wir derzeit auf der Grundlage des Begriffs des wirtschaftlich günstigsten Angebots und des niedrigsten Preis arbeiten. Was wir angesichts der Laufzeit von Konzessionsverträgen, ihrer Komplexität und der Notwendigkeit, die Qualität der erbrachten Leistungen zu gewährleisten, für nötig hielten, war mehr Handlungsspielraum für die öffentliche Hand, um die Qualität des Angebots und der Bieter zu einem späteren Zeitpunkt zu werten. Also soll es im Grunde erlaubt sein, bestimmte Eigenschaften des Bieters auch noch bei der Angebotswertung zu berücksichtigen, was gegenwärtig nicht erlaubt ist.

Mir ist klar, dass dies wohl eine umstrittene Lösung ist, aber sie beeinträchtigt nicht die wichtigsten Grundsätze angesichts der Maßgabe, dass wir den Bezug zum Auftragsgegenstand beibehalten. Es geht um die Anerkennung der größeren Flexibilität, die öffentlichen Auftraggebern bei der Gestaltung der Ausschreibung und der Auswahl der Auftragnehmer gegeben werden muss. Also, was wir vorschlagen, ist eine Alternative: Auf der einen Seite die Möglichkeit des Rückgriffs auf MEAT<sup>1</sup> oder, auf der anderen Seite, auf die "Allgemeinen Anforderungen", um die Wertungsentscheidung zu treffen. Warum ist das flexibler? Weil der Text keine Verfahren vorgibt. Anders als bei sonstigen öffentlichen Vergaben haben wir keinen Katalog vorgegeben und wir haben keine spezifischen Verfahren für die Vergabe von Konzessionsverträgen entworfen. Allerdings haben wir etwas vorgesehen, was wir als "Verfahrensgarantien" bezeichnen. Mit anderen Worten, dies sind bestimmte Elemente, die öffentliche Auftraggeber bei der Entscheidung über das Verfahren beachten müssen – dies können offene, nicht offene oder ein Verhandlungsverfahren sein – bei der aber einige Grundsätze zu beachten sind. Wir haben diesen Weg gewählt, weil wir nicht die Wahlfreiheit für die öffentliche Hand begrenzen wollten, indem wir ein bestimmtes Verfahren oder einen Katalog konkreter Verfahren vorgeben. Wir wollten dies offen lassen. Wir haben keine Regeln für die Verträge vorgesehen, die von Konzessionären, die keine öffentlichen Auftraggeber sind, vergeben werden und wir haben die Regeln für Unteraufträge abgespeckt. Es gibt auch mehr Flexibilität für die elektronische Vergabe öffentlicher Aufträge, wo wir anstelle von zwei Jahren fünf Jahre vorschlagen. Da wir eine solche Regelung zum ersten Mal überhaupt haben werden, halten wir mehr Zeit für nötig, um E-Procurement-Lösungen zu entwickeln.

Die Regeln für Interessenkonflikte sind ebenfalls weniger scharf als die für die öffentliche Beschaffung entwickelten.

Kurz gesagt, das ist, was wir angehen wollen: Einen ausreichenden Zugang zum Markt zu garantieren, aber nur in Fällen, wo eine Behörde beschließt, einen Dienst-Anbieter auf dem freien Markt zu suchen, die erforderliche Transparenz und Fairness des Verfahrens zu sichern, damit alle Wettbewerbsteilnehmer gleichberechtigt sind sowie einen verantwortungsvollen Umgang mit öffentlichen Geldern sicherzustellen.

Das letzte, was ich sagen möchte, betrifft das, was im Rat und im Parlament passiert. Die beiden Vorschläge werden parallel, aber in einem anderen Tempo diskutiert; nicht zuletzt, weil dieser Vorschlag viel schlanker ist und auch, weil eine Reihe von Bestimmungen die gleichen wie bei der

---

<sup>1</sup> Anmerkung der Redaktion: Most Economically Advantageous Tender: Das wirtschaftlich günstigste Angebot.

Reform des öffentlichen Auftragswesens sind. Also, wann immer es Fortschritte bei der Reform des Vergaberechts für öffentliche Aufträge gibt, gehen diese in die Diskussion über die Konzessionen ein. Wir hoffen, dass dieser Prozess so schnell wie möglich zum Abschluss gebracht werden kann, aber ich kann Ihnen nicht sagen, ob dies bis zum Ende dieses Jahres oder Anfang nächsten Jahres sein wird. Es ist „work in progress“ und wir haben einen ehrgeizigen Zeitplan. Dies als Einleitung, und jetzt bin ich glücklich, Ihre Fragen zu beantworten.