

Roland Schäfer

Bürgermeister der Stadt Bergkamen
Präsident des Deutschen Städte- und Gemeindebundes

***„Aktuelle Entwicklungen des Vergaberechts
aus kommunaler Sicht“***

Vortrag

auf den

Speyerer Vergaberechtstagen 2008

am

25. - 26. September 2008

in

Speyer

www.roland-schaefer.de

www.dstgb.de

Einleitung

Die Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften führt die Speyerer Vergaberechtstage nunmehr zum fünften Male durch. Diese Tradition zeigt eines deutlich auf: Das Vergaberecht hält sowohl für öffentliche Auftraggeber als auch für Auftragnehmer immer neue Themenfelder bereit. Es ist einem stetigen Wandel unterworfen.

Dies hat in besonderem Maße Bedeutung für die vom Deutschen Städte- und Gemeindebund bundesweit vertretenen über 12.000 Städte und Gemeinden in Deutschland. Die deutschen Kommunen sind vor dem Bund und den Ländern mit ca. 2/3 aller vergebenen Aufträge der größte öffentliche Auftraggeber. Daher haben alle vergaberechtlichen Entwicklungen, sei es auf europäischer, sei es auf nationaler Ebene, für den kommunalen Bereich eine besondere Relevanz.

Ein Blick auf die vergaberechtlichen Regelungen belegt eines ganz deutlich:

Es ist bislang weder dem europäischen noch dem nationalen Gesetzgeber gelungen, das komplexe Vergaberecht für die Anwender in der Praxis nachhaltig zu vereinfachen und transparenter zu machen. Das Vergaberecht ist vielmehr zu einer schwierig durchschaubaren Spezialmaterie für Experten und Wissenschaftler geworden. Dabei ist die Bodenhaftung oftmals verloren gegangen.

I. Novelle des Vergaberechts in Deutschland

Umso interessanter ist es, dass die Bundesregierung derzeit in ihrer Novelle und auf der Grundlage des Koalitionsvertrages einen abermaligen Anlauf hin zu einer „Flexibilisierung und Vereinfachung des Vergaberechts“ unternimmt.

- GWB, VOB/A und VOL/A

Tatsächlich befindet sich das Vergaberecht derzeit auf drei Ebenen in der Überarbeitung. Neben dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sollen auch die Vergabe- und Verdingungsordnungen, insbesondere die VOB/A und die VOL/A neu strukturiert und inhaltlich angepasst werden.

Der Deutsche Städte- und Gemeindebund begrüßt grundsätzlich die Absicht des Gesetzgebers, das Vergaberecht zu vereinfachen, transparenter und damit auch mittelstandsfreundlicher zu gestalten. Ziel muss es sein, alle überflüssigen Regelungen im Vergaberecht zu beseitigen und insbesondere im Hinblick auf eine Stärkung der Investitionen nur diejenigen Regelungen beizubehalten, die sich aus den drei Grundprinzipien „Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung“ ergeben.

Wie Studien und Untersuchungen belegen, klagen immer mehr Mittelständler über die Kompliziertheit öffentlicher Auftragsvergaben und über die Schwierigkeit der Abgabe ordnungsgemäßer Angebote. Auch in deren Sinne und zum Zwecke einer ausreichenden Beteiligung des Mittelstandes an öffentlichen Ausschreibungen ist daher eine Verschlankung und investitionsfreundliche Ausgestaltung des Vergaberechts dringend erforderlich.

- DStGB an Beratungen beteiligt

Erfreulich ist, dass der Deutsche Städte- und Gemeindebund als kommunaler Spitzenverband eng in die Beratungen zur Novellierung des nationalen Vergaberechts eingebunden ist. Der DStGB bringt sowohl im Rahmen der Novellierung des nur bei Auftragsvergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte geltenden Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) als auch in den Gremien zur Novel-

lierung des „Arbeitswerkzeuges“, also der VOB/A (im DVA) sowie der VOL/A (im DVAL), seine Position ein.

- Kommunale Positionen zum Teil berücksichtigt

Wie die bisherigen Novellierungsvorstellungen zeigen, hat der Gesetzgeber insbesondere bei der Überarbeitung des GWB, aber auch der VOB/A in größerem Umfang kommunale Positionen in seine Überlegungen einbezogen. Dies ist uneingeschränkt zu begrüßen und entspricht den zehn Kernforderungen des DStGB zur Novellierung des Vergaberechts.

- Kein Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte

Ich möchte und kann an dieser Stelle nicht auf alle Einzelheiten des vorgelegten Gesetzentwurfs sowie der beabsichtigten Neuregelungen eingehen.

Positiv möchte ich jedoch hervorheben, dass die Bundesregierung im Sinne unserer DStGB-Forderungen daran festgehalten hat, für die Vergabe von Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte keinen spezifischen Primärrechtsschutz für Bieter einzuführen.

Dieser Ansatz wird von kommunaler Seite ausdrücklich begrüßt. Eine Ausdehnung des gegenwärtig EU-Primär-Rechtsschutzes auch auf Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte hätte über 95 % aller kommunaler Aufträge erfasst, die gegenwärtig als rein „nationale Vergaben“ nicht dem EU-Rechtsschutz unterliegen.

Das Bundesverfassungsgericht hat – und dies muss in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden – mit seinem grundlegenden Urteil vom 13.06.2007 unterstrichen, dass die tatsächlich festzustellende Ungleichbehandlung von Bietern im Rechtsschutz oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte – auch im Lichte des Art. 3 Grund-

gesetz – zu rechtfertigen ist. Grund sei, dass es ein überwiegendes öffentliches Interesse an einer zügigen und wirtschaftlichen Auftragsvergabe gebe und daher das „Massenphänomen“ der unterschwelligen Auftragsvergaben nicht zusätzlich durch einen ausgeweiteten Rechtsschutz belastet werden dürfte.

- Vergaberecht und städtebauliche Verträge

Als weiteres heraushebenswertes Beispiel der aktuellen GWB-Novellierung möchte ich die im Entwurf des § 99 Abs. 3 GWB vorgesehenen Begrenzungen im Hinblick auf die Anwendung des Vergaberechts bei kommunalen Immobiliengeschäften und städtebaulichen Verträgen nennen. Nach der vorgeschlagenen Neuformulierung soll zukünftig die Vergabe öffentlicher Bauaufträge unter anderem einen eindeutigen Beschaffungsbezug für den öffentlichen Auftraggeber voraussetzen.

Hintergrund ist, dass das OLG Düsseldorf und auch das OLG Karlsruhe in unterschiedlichen Entscheidungen Grundstücksveräußerungen der Kommunen sowie die damit verbundene Investorenauswahl einer Ausschreibungspflicht unterworfen haben.

Die Gerichte haben für diese Sachverhalte das Vorliegen eines vergaberechtspflichtigen Bauauftrags beziehungsweise auch das Vorliegen einer Baukonzession angenommen. Dabei haben sie festgestellt, dass für die Annahme einer Ausschreibungspflicht

- *kein Eigentum des Auftraggebers an dem errichteten Bauwerk*
- *kein unmittelbarer eigener Beschaffungsbedarf des Auftraggebers und auch*
- *keine Entgeltzahlung des Auftraggebers an einen Investor*

erforderlich ist. Ausreichend sei vielmehr, dass sich eine Kommune die Verfügbarkeit eines Bauwerks für den von ihr festgelegten öffentlichen Zweck rechtlich sichere.

- Weitreichende Bedeutung für die Praxis

Diese Entscheidungen haben für die Kommunen bundesweit Bedeutung erlangt. Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung ist die jahrelange Praxis der Kommunen, nach denen die mit Grundstücksveräußerungen zusammenhängenden Rechtsgeschäfte, insbesondere also städtebauliche Verträge, zwar in einem wettbewerblichen Interessenbekundungsverfahren vergeben wurden, nicht aber vom Vergaberecht erfasst werden, zumindest für Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte (5,15 Mio. Euro) rechtlich obsolet geworden.

Folge der Anwendung des Vergaberechts ist ein grundsätzlicher Strukturwandel im Bereich der Stadtentwicklung und des kooperativen Städtebaurechts. Dies betrifft gleichermaßen Kommunen wie Investoren. Im Ergebnis können also die mit kommunalen Grundstücksgeschäften verbundenen städtebaulichen Aufwertungsstrategien auf der Grundlage der aktuellen OLG-Rechtsprechung nur durch europaweite Vergabeverfahren mit entsprechendem zeitlichem Vorlauf realisiert werden. Die Praxis zeigt aber, dass das öffentliche Planungsrecht und die Planungshoheit der Kommunen sowie die im Rahmen der Bauleitplanung stattfindende Bürger- und Behördenbeteiligung nicht unbedingt mit dem formalen Vergaberecht kompatibel sind.

- DStGB begrüßt Neuregelung in § 99 Abs. 3 GWB

Der DStGB begrüßt daher im Grundsatz die in § 99 Abs. 3 GWB vom Bundeskabinett vorgeschlagenen Präzisierungen hinsichtlich des Bauauftragsbegriffs.

Im Ergebnis muss es jedenfalls gelingen, eine Überinterpretation des Vergaberechts zu verhindern. Hierzu gehört, für die Vergabepraxis eine klare Trennlinie zu ziehen, in welchen Fällen kommunale Immobiliengeschäfte einer Ausschreibungspflicht unterliegen beziehungsweise nicht unterliegen.

Derzeit ist den Städten und Gemeinden in Deutschland allerdings anzuraten, die bestehende Rechtsprechung der Oberlandesgerichte offensiv anzuwenden. Der DStGB hat vor diesem Hintergrund zu Beginn des Jahres eine Dokumentation „Kommunale Immobiliengeschäfte und Ausschreibungspflicht“ mit vielen Praxishinweisen auch zum konkreten Vergabeverfahren herausgegeben.

- Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht

Wie im Bereich städtebaulicher Verträge ist auch die Diskussion um die vergaberechtliche Einordnung der interkommunalen Zusammenarbeit auf kommunaler Ebene weiter im Fluss.

Klar ist, und dies haben sowohl der EuGH als auch die EU-Kommission mehrfach betont, dass von einem vergabefreien In-House-Geschäft immer nur dann ausgegangen werden kann, wenn keine privaten Dritten an einem von einer Kommune beauftragten Unternehmen beteiligt sind. Dies ist im Zweifel nur bei der „Beauftragung“ einer kommunalen Eigengesellschaft, also zum Beispiel eines städtischen Eigenbetriebes oder einer hundertprozent kommunalen GmbH, der Fall!

Darüber hinaus muss in der Praxis gewährleistet sein, dass ein durch eine Kommune beauftragtes Unternehmen im Wesentlichen für den oder die Auftraggeber, also für die Kommune oder die Kommunen, tätig wird, die die jeweiligen Unternehmensanteile innehaben.

Dies bedeutet, dass eine kommunale Eigengesellschaft grundsätzlich nicht vergaberechtsfrei von einer Kommune beauftragt werden kann, soweit sie in nennenswertem Umfang noch auf Drittmärkten, also außerhalb der Kommune, tätig wird und dort etwa Abfallentsorgungsleistungen im Wettbewerb mit privaten Dritten erbringt.

- Zweckverband ist in der Regel vergaberechtsfrei

Erfreulich ist die zwischenzeitlich getroffene Feststellung, dass die Übertragung einer kommunalen Aufgabe, etwa im Bereich der Abfallentsorgung, auf einen rein kommunal getragenen Zweckverband als vergaberechtsfreie Eigenleistung im Sinne eines In-House-Geschäfts anerkannt wird.

Dies ist sowohl der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 21.06.2006 in Sachen „Regio-Entsorgung“ (Region Aachen / Düren) als auch einer entsprechenden Verlautbarung der EU-Kommission vom 21.03.2007 zu entnehmen. Grund ist, dass in der interkommunalen Übertragung einer Aufgabe auf einen Zweckverband eine vollständige Übertragung, also eine Delegation, gesehen wird, die als innerorganisatorischer Akt dem Vergaberechtsregime entzogen ist.

- Problem: Nicht alle Fallkonstellationen erfasst

Für die kommunale Praxis verbleiben dennoch einige Fragezeichen. Grund ist, dass insbesondere von der Eu-Kommission nach wie vor von einer Vergabereichtspflichtigkeit ausgegangen wird, sobald eine Gemeinde mittels einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung eine Aufgabe, also zum Beispiel den Winterdienst, auf eine Nachbargemeinde überträgt. Derartige Aufgabenübertragungen sind zwar ausdrücklich in den Landesgesetzen über die kommunale Gemeinschaftsarbeit (KAG`s) vorgesehen. Da aufgabenübernehmende Kommunen in derartigen Fällen jedoch regelmäßig im fremden Namen und damit „mandatierend“ und gerade nicht im Wege der Delegation (komplette

Aufgabenübertragung) tätig werden, hat die EU-Kommission bislang in diesen Fällen eine Vergaberechtspflicht bejaht.

- Innerstaatlicher Organisationsakt ist vergaberechtsfrei

Diese Rechtsauffassung kann meiner Ansicht nach nicht überzeugen. Denn bei rein öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen zwischen zwei Nachbargemeinden ohne private Beteiligung handelt es sich um einen internen staatlichen Organisationsakt, der nicht dem Wettbewerbs- und Vergaberecht unterstellt werden darf.

Es ist daher erfreulich, dass die Bundesregierung derzeit den Versuch unternimmt, in der in § 99 Abs. 1 GWB angedachten Neuregelung eine weitgehende Freistellung der interkommunalen Zusammenarbeit vom Vergaberecht umzusetzen. Hierbei steht die Bundesregierung nicht allein.

- Bundesrat unterstützt kommunales Anliegen

Auch der Bundesrat hat am 04.07.2008 in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts unterstrichen, dass die Übertragung von Aufgaben zwischen kommunalen Körperschaften zur Wahrnehmung in eigener Zuständigkeit durch den Abschluss von öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen kein öffentlicher Auftrag ist.

Aus kommunaler Sicht bleibt zu hoffen, dass der vorstehende Ansatz im weiteren Gesetzgebungsverfahren Bestand haben wird (und im Ergebnis auch den Anforderungen des EU-Rechts genügt). Angesichts der nach wie vor bestehenden Rechtsunsicherheiten in der Praxis ist eine klarstellende Regelung jedenfalls äußerst hilfreich.

II. Weitere Aspekte der Vergaberechtsnovelle

Neben den vorgenannten Punkten gibt es weitere Aspekte, die aus kommunaler Sicht im Zuge der anstehenden Novellierung des Ver-

gaberechts – das heißt sowohl in GWB als auch in VOB/A und VOL/A – hervorhebenswert sind.

- Keine Ausdehnung vergabefremder Aspekte

Der Deutsche Städte- und Gemeindebund hat sich stets gegen eine weitere Öffnung des Vergaberechts für so genannte vergabefremde Aspekte ausgesprochen. Gleichwohl sehen die aktuellen Novellierungsüberlegungen in § 97 Abs. 4 GWB vor, zukünftig für die Auftragsausführung zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer zu stellen, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen.

Es ist unstrittig, dass die mit derartigen Änderungsvorschlägen verbundenen Absichten, etwa Lohndumping auf deutschen Baustellen oder auch Kinderarbeit zu verhindern, auf breiter Front unterstützt werden sollten.

Meiner Auffassung nach sollte aber die Lösung dieser Problemfelder nicht in erster Linie über das Vergaberecht angestrebt werden. Dieses wäre auch in der Kontrolle überfordert, derartige Vergaben rechtssicher zu gewährleisten. Hinzu kommt, dass das Vergaberecht rein produkt-, eignungs- und leistungsbezogen ausgestaltet ist.

Es sollte daher bei dem Grundsatz verbleiben, dass ein Bieter mit dem wirtschaftlichsten Angebot den Zuschlag erhält. Weitergehende Aspekte – etwa im Sozialbereich – sollten daher nur dann mit dem rein wettbewerbs- und eignungsbezogenen Vergaberecht gekoppelt werden, wenn sie konkret auftragsbezogen sind.

- Verzicht auf überbordenden Formalismus

Wie bereits in den zehn Kernforderungen des DStGB aufgeführt, sollte das Vergaberecht deutlich vereinfacht und insbesondere auf einen überbordenden Formalismus verzichtet werden.

Zu letzterem Punkt kann die aktuelle BGH-Rechtsprechung zum zwingenden Ausschluss von Angeboten im Falle fehlender Erklärungen ins Feld geführt werden. Folge dieser Rechtsprechung ist, dass häufig die wirtschaftlichsten Angebote zwingend von der Angebotswertung auszuschließen sind, obwohl die jeweils betroffenen Bieter eine hervorragende Gewähr sowie Eignung für die Durchführung eines Auftrags bieten.

In Folge der BGH-Rechtsprechung und des dadurch bewirkten Ausschlusses einer Vielzahl von rein formell fehlerhaften Angeboten besteht in der Praxis daher stets die Gefahr einer unwirtschaftlichen Vergabe. Nicht unbedingt der wirtschaftlichste Bieter, sondern derjenige Bieter, der die formellen Kriterien des Vergaberechts exakt eingehalten hat, erhält den Zuschlag.

Hier ist im Zuge der Reform des Vergaberechts dringend eine größere Flexibilität erforderlich. Diese kann darin bestehen, dass bei der Angebotsabgabe fehlende Erklärungen von Bietern innerhalb einer bestimmten Frist nachgereicht werden können. Entsprechende Ansätze in VOB/A und VOL/A zielen hier mittlerweile in die richtige Richtung.

- Verstärkte Einführung von „Freigrenzen“

Eine Folgewirkung der Formstrenge des Vergaberechts ist darüber hinaus die bereits in verschiedenen Bundesländern zu beobachtende Tendenz, Städten und Gemeinden hohe Freigrenzen für Beschränkte und Freihändige Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte einzuräumen.

Diese Tendenz ist grundsätzlich positiv zu bewerten, da das Verhältnis zwischen Aufwand und erzielbarem Ergebnis im Falle einer Ausschreibung durch derartige Freigrenzen verbessert werden kann. Er-

forderlich erscheint mir allerdings, dass es nicht zu einem bundesweiten „Flickenteppich“ unterschiedlicher Regelungen kommt. Es wäre daher wünschenswert, sich auf Bundesebene auf weitgehend einheitliche und angemessene Freigrenzen für Beschränkte Ausschreibungen und Freihändige Vergaben zu verständigen.

- Kommunale Einrichtungen als Bieter in Verfahren

Aus Sicht des DStGB sollte schließlich im Sinne unserer zehn Kernforderungen auch eine Neuregelung zur Zulassung von öffentlichen und gemeinnützigen Einrichtungen und damit auch von kommunalen Betrieben und Unternehmen zum Wettbewerb in der VOB/A und der VOL/A getroffen werden.

Gegenwärtig sieht etwa § 7 Nr. 6 der VOL/A vor, dass Betriebe der öffentlichen Hand zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht zugelassen sind.

Diese Regelung ist nach unserer Auffassung nicht sachgerecht. Grund ist, dass bereits der EuGH in seiner „ARGE-Gewässerschutz“-Entscheidung vom 07.12.2000 festgestellt hat, dass auch Einrichtungen, die von der öffentlichen Hand Zuwendungen erhalten, grundsätzlich zur Teilnahme an Vergabeverfahren zuzulassen sind.

Nicht die Rechtsform einer Einrichtung als Betrieb der öffentlichen Hand kann daher per se zu einem Wettbewerbsvorteil führen. Vielmehr darf allein entscheidend für die Frage eines Vergaberechtsverstößes nur die konkrete Beurteilung eines Wettbewerbsvorteils eines Anbieters, etwa im Falle des Erhalts einer rechtswidrigen Beihilfe, sein.

Der DStGB hat daher vorgeschlagen, öffentliche und gemeinnützige und damit auch kommunale Einrichtungen grundsätzlich zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen zuzulassen.

Die nächsten Wochen und Monate werden zeigen, inwieweit die kommunalen Belange tatsächlich Eingang in die Überlegungen des Gesetzgebers finden werden. Wie bereits angesprochen, sollten alle an der Vergaberechtsnovelle Beteiligten daran arbeiten, dass das Vergaberecht substanziell vereinfacht und für die Vergabepaxis handhabbarer gemacht wird. Einige Ansätze weisen bereits in die richtige Richtung. Ob allerdings der große Wurf gelingen wird, muss abgewartet werden.

III. Weitere Entwicklungen auf EU-Ebene

Lassen Sie mich noch einen kurzen Blick auf die aktuellen Entwicklungen auf europäischer Ebene richten.

- EuGH wird zu KOM-Mitteilung zu „Unterschwellenvergaben“ entscheiden

Nach wie vor mit Spannung wird die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in Sachen „Unterschwellenvergaben“ erwartet.

Gegen eine EU-Kommissionsmitteilung vom 23.06.2006 für nicht vom EU-Vergaberecht erfasste Aufträge hatte die Bundesregierung – gemeinsam mit anderen Staaten und dem Europäischen Parlament – bekanntlich eine Nichtigkeitsklage vor dem EuGH erhoben.

Die kommunalen Spitzenverbände haben die Bundesregierung in diesem Anliegen grundsätzlich unterstützt. In der Sache geht es um die Frage, welche Rechtsqualität einer Kommissionsmitteilung zukommt und ob die Kommission berechtigt ist, auch für öffentliche Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte unter bestimmten Voraussetzungen („Binnenmarktrelevanz“) bestimmte Regelungen des EU-Rechts vorzugeben. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die öffentlichen Auftraggeber in Deutschland mit der Anwendung von

VOB/A und VOL/A auch unterhalb der EU-Schwellenwerte ihren Bekanntmachungs- und Transparenzvorschriften genügen, so dass sich hier die Problematik mangelnder Publizität etc. gar nicht mehr stellt.

Es bleibt daher abzuwarten, wie sich der Europäische Gerichtshof zu dieser Thematik äußert.

Weitere Handlungsfelder sind derzeit die Themen „Dienstleistungskonzessionen“ sowie „Umweltfreundliche Beschaffung“.

- KOM zu Dienstleistungskonzessionen

Hinsichtlich eines möglichen Legislativvorschlags der EU-Kommission über die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen haben die kommunalen Spitzenverbände eine klare Haltung eingenommen. Sie lehnen eine eigene Richtlinie zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ab.

Grund ist, dass der EuGH in unterschiedlichen Entscheidungen bereits zentrale Grundsätze des EU-Primärrechts (Transparenz, Nicht-diskriminierung) auch für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen für anwendbar erklärt hat. Damit sind für die öffentliche Hand die wesentlichen Grundsätze vorgegeben. Weitergehende EU-rechtliche Vorgaben würden demgegenüber nicht zu einem Mehr an Rechtssicherheit, sondern allenfalls zu einer weiteren Verrechtlichung des Vergaberechts führen. Die kommunale Gestaltungsfreiheit muss aber in diesem Bereich in vollem Umfang erhalten bleiben.

- Umweltfreundliche Beschaffung

Gestatten Sie mir, Ihnen abschließend noch ein Paradebeispiel für „Brüsseler Aktionismus“ in Sachen Vergaberecht zu nennen.

Ich meine den Ende 2007 seitens der EU-Kommission vorgelegten – geänderten – Vorschlag für eine EU-Richtlinie über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge.

Mit dieser Richtlinie soll das Ziel verfolgt werden, die Einführung umweltfreundlicher Technologien bei Kraftfahrzeugen im Rahmen der öffentlichen Beschaffung zu fördern. Hierzu hat die Kommission für die Beschaffung durch die öffentliche Hand eine verpflichtende Ermittlung der Kosten für den Energieverbrauch, der CO₂-Emissionen sowie des Schadstoffausstoßes vorgeschlagen.

- Vorschlag wird abgelehnt

Dieser Vorschlag hätte einen nicht absehbaren Verwaltungsmehraufwand für öffentliche Auftraggeber zur Folge. Zudem hat die Kommission selbst festgestellt, dass die Marktanteile öffentlicher Fahrzeuge lediglich ein Prozent für Pkw beziehungsweise sechs Prozent für leichte und schwere Nutzfahrzeuge betragen.

Es liegt daher auf der Hand, dass die vorgeschlagenen verpflichtenden Vorgaben der Richtlinie kaum Auswirkungen auf den gesamten Beschaffungsmarkt haben werden. Ein Blick in die Praxis zeigt zudem, dass in den meisten Städten und Gemeinden im Bemühen um die Erlangung wirtschaftlicher Angebote sowie um die Verfolgung des Zieles „Klimaschutz“ schon heute überwiegend umweltfreundliche Fahrzeuge angeschafft werden.

Mit Blick auf den Abbau unnötiger Verwaltungslasten für die öffentliche Hand und im Lichte des Subsidiaritätsprinzips haben daher die kommunalen Spitzenverbände die EU-Kommission aufgefordert, im vorgenannten Bereich auf verpflichtende Vorgaben zu verzichten.

Sinnvoller wäre es, die Fahrzeugindustrie im Sinne einer Hersteller- und Produktverantwortung anzuhalten, energiesparende und schad-

stofffreie Fahrzeuge herzustellen und auf Öko-Labels entsprechende Angaben zu den Folgekosten zu machen. Dies hätte eine wesentlich höhere Durchschlagskraft und würde die Transparenz gleichermaßen für Private wie für öffentliche Marktteilnehmer gewährleisten.

IV. Zusammenfassung:

Ob interkommunale Zusammenarbeit, städtebauliche Verträge oder die Vergabe von Rettungsdienstleistungen durch die öffentliche Hand: Es gibt kaum noch einen Bereich der kommunalen Aufgabewahrnehmung, der nicht vom Vergaberecht betroffen wird.

Die deutschen Kommunen befürworten Transparenz und diskriminierungsfreien Wettbewerb. Sie wenden sich aber gegen eine Überinterpretation des Vergaberechts und lehnen eine Aushöhlung etwa der interkommunalen Kooperationsformen durch das EU-Wettbewerbs- und Vergaberecht ab. Die örtliche Daseinsvorsorge hat eine zentrale Bedeutung für Gesellschaft, Wirtschaft und Bürger. Die Definitions- und Organisationshoheit für die Aufgaben der Daseinsvorsorge liegt nach wie vor bei den EU-Mitgliedsstaaten. Zudem hat sich die Europäische Union mittlerweile im Vertrag von Lissabon (Entwurf) verpflichtet, diese Organisationshoheit zu respektieren. Leider schlägt sich diese Absicht noch nicht in den aktuellen Rechtsvorgaben nieder.

Daher haben vor wenigen Wochen die französischen und die deutschen Kommunalverbände sowie die jeweiligen Verbände der kommunalen öffentlichen Unternehmen eine gemeinsame Erklärung mit dem Titel *„Mehr Rechtssicherheit für kommunale Gebietskörperschaften und lokale öffentliche Unternehmen im europäischen Binnenmarkt“* veröffentlicht.

In dieser gemeinsamen Erklärung rufen die Kommunalverbände dazu auf, den auf die lokalen öffentlichen Dienstleistungen anwendba-

ren Rechtsrahmen eindeutig abzusichern. Die Erklärung unterstreicht, dass Städte und Gemeinden ohne Einschränkung frei über die aus ihrer Sicht angemessene Art der Organisation ihrer Verwaltung entscheiden können müssen. Dies betrifft insbesondere die Fragen nach der Zulässigkeit der interkommunalen Zusammenarbeit.

Im Rahmen des Vertrages von Lissabon haben die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedsstaaten erstmals eindeutig die kommunale Gestaltungsfreiheit im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in der europäischen Rechtsordnung an übergeordneter Stelle verankert. Daher tritt die vorgenannte Gestaltungsfreiheit damit als eigenständiges Prinzip neben das Subsidiaritätsprinzip und wird hoffentlich die Rolle der Kommunen in Europa in Zukunft stärken.

Die Aufgabe der Städte und Gemeinden sowie der kommunalen Spitzenverbände wird es daher auch in Zukunft sein, verstärkt auf die Beachtung dieser Grundsätze sowohl in Europa als auch in Deutschland zu achten. Dies beinhaltet auch – und zwar durchaus vorrangig – die Rechtsvorgaben des Vergaberechts.

Anhang:

Deutscher Städte- und Gemeindebund

„Entbürokratisierung und Investitionsbeschleunigung ernst nehmen“

10 Kernforderungen des DStGB an eine Novellierung des Vergaberechts

Das Vergaberecht mit seiner komplexen Struktur ist in einem rasanten Wandel begriffen. Dies macht es für die über 13.000 Städte und Gemeinden als größte öffentliche Auftraggeber in Deutschland immer schwieriger, sich den notwendigen Überblick in dem vergaberechtlichen Dschungel und der Rechtsprechung zu bewahren. Eine aktuellere Änderung des Vergaberechts hat das seit September 2005 geltende ÖPP-Beschleunigungsgesetz gebracht. Auch sind seit dem 31. Januar 2006 die hinreichend bestimmten und damit zwingend anzuwendenden Regelungen der europäischen Vergaberichtlinien, insbesondere mit der Verpflichtung für Auftraggeber, bereits mit der Ausschreibung eine zwingende Gewichtung der Zuschlagskriterien vorzusehen, zu beachten.

Die hieraus resultierenden Sofortpakete der neuen VOB/A, der VOL/A und der VOF werden allerdings oberhalb der EU-Schwellenwerte wegen der erforderlichen Verweisung auf das neue Recht in der Vergabeverordnung erst mit deren Inkraftsetzung im Herbst verbindlich.

Für die noch ausstehende und entscheidende zweite Reformstufe des Vergaberechts, mit dem dieses nach der Auffassung der Bundesregierung deutlich verschlankt werden soll, hat der Deutsche Städte- und Gemeindebund zehn Kernforderungen aufgestellt. Diese sind von dem Ziel getragen, die dringend notwendige Entbürokratisierung des Vergaberechts ernst zu nehmen sowie eine Investitionsbeschleunigung im Verfahren insbesondere für den Mittelstand zu erreichen:

1. Entbürokratisierung, Investitionsverstärkung und Mittelstandsfreundlichkeit / Verzicht auf den 3. Abschnitt von VOB/A und VOL/A

Ziel der Vergaberechtsreform muss es sein, alle überflüssigen Regelungen im Vergaberecht zu beseitigen und nur die Regelungen aufrecht zu erhalten, die sich an den drei in § 97 Abs. 1 und 2 GWB zum Ausdruck kommenden Grundprinzipien „Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung“ festmachen.

Nach diesem Maßstab ist z. B. die völlig verunglückte Norm des § 16 VgV über „ausgeschlossene Personen“ ebenso überflüssig wie dies die bloßen Handlungsleitlinien der §§ 11 bis 15 VOB/A sind.

Nur durch eine nachhaltige Entbürokratisierung des Vergaberechts und eine Investitionsbeschleunigung auch bei den Vergabevorschriften lässt sich eine ausreichende Beteiligung des Mittelstandes an Öffentlichen Ausschreibungen gewährleisten.

Der 3. Abschnitt der VOB/A und der VOL/A für „Öffentliche Sektorenauftraggeber“ ist EU-rechtlich nicht vorgegeben. Er beeinträchtigt die Wettbewerbsfähigkeit der Stadtwerke und muss daher bei einer Novellierung entfallen.

2. Gleiche Regelungen (Wortlautidentität) für gleiche Sachverhalte

Gegenwärtig haben insbesondere VOB und VOL trotz der Regelung identischer Sachverhalte bei sehr wesentlichen Vergaberechtsnormen einen unterschiedlichen Wortlaut (Bsp.: § 21 über den Inhalt der Angebote; § 25 über die Wertung der Angebote sowie § 26 über die Aufhebung der Ausschreibung). Dies führt z. T. zu unterschiedlichen Auslegungen sowie auch zu einer unterschiedlichen Rechtsprechung, obwohl hierfür in der Sache kein Erfordernis besteht. Gleiche Regelungsbereiche, insbesondere auf der „vergaberechtlichen Arbeitsebene“ der VOB/A, der VOL/A und der VOF, müssen daher auch von ihrem Wortlaut her gleich sein. Dabei darf die unterschiedliche Federführung für das Vergaberecht auf der Ebene der Bundesregierung (BMVBS: VOB/A; BMWi: VOL/A und VOF) keine Rolle spielen.

3. Verzicht auf überbordenden Formalismus

Insbesondere die auf der Grundlage der BGH-Rechtsprechung vom 18.02.2003 ergangenen Entscheidungen zum zwingenden Ausschluss von Angeboten beim Fehlen geforderter Erklärungen führen dazu, dass auch die mit Abstand wirtschaftlichsten Angebote von Bietern auf der Grundlage der §§ 21 und 25 VOB/A und VOL/A selbst dann zwingend auszuschließen sind, wenn diese Bieter die beste Gewähr sowie Eignung für die Durchführung des Auftrags bieten.

Diese Vorgaben haben im Ergebnis eine unwirtschaftliche und nicht sparsame Verwendung der ohnehin nur äußerst knapp vorhandenen öffentlichen Mittel zur Folge.

Es ist zudem nicht einsehbar, warum – wie vom BGH angenommen – eine den Bietern eingeräumte Möglichkeit zur Nachreichung von zunächst nicht vorgelegten Eignungsnachweisen den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzen soll. Insofern ist darauf hinzuweisen, dass selbst Art. 51 der EU-Vergabekoordinierungsrichtlinie vom 31.03.2004 dem Auftraggeber die Möglichkeit gibt, Wirtschaftsteilnehmer aufzufordern, noch Eignungsnachweise zu vervollständigen bzw. zu erläutern.

4. Keine 1:1-Ausdehnung des EU-Primärrechtsschutzes auf Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte

Gegenwärtig finden über 95 % aller kommunalen Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte statt.

Eine 1:1-Ausdehnung des EU-Primärrechtsschutzes auf diese Unterschwellenvergaben würde mit dem Ziel einer Entbürokratisierung und insbesondere einer Investitionsverstärkung sowie Mittelstandsfreundlichkeit des Vergaberechts nicht in Einklang stehen. Vielmehr wären nicht unerhebliche Investitionsverzögerungen, insbesondere zu Lasten des Mittelstandes, zu erwarten. Die Möglichkeit zur Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche (einstweiliger Rechtsschutz, Schadensersatzansprüche) sowie auch die Inanspruchnahme der Rechts- und Fachaufsichtsbehörden bei ordnungswidrigen Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte müssen daher im Grundsatz auch in Zukunft als für einen Rechtsschutz ausreichend angesehen werden.

Ergänzend zur Vergaberechtsreform muss die Bundesregierung zur Vermeidung einer Überbürokratisierung alle Anstrengungen unternehmen, um einer faktischen

Ausdehnung des EU-Vergaberechts und damit auch des EU-Rechtsschutzes für nicht von den EU-Vergaberichtlinien erfassten Aufträgen – wie sie jetzt durch die Mitteilung der EU-Kommission vom 23.06.2006 vorgesehen ist - entgegenzuwirken.

5. Genereller Verzicht auf vergabefremde Aspekte

Das Vergaberecht ist produkt-, eignungs- und leistungsbezogen. Der Bieter mit dem wirtschaftlichsten Angebot muss daher den Zuschlag erhalten. Vergabefremde und oftmals politisch motivierte Aspekte, etwa im Sozialbereich, dürfen daher generell nicht mit dem rein leistungs-, wettbewerbs- und eignungsbezogenen Vergaberecht vermengt werden.

6. Lockerung der faktischen Kontaktsperre zwischen Auftraggebern und Bietern

Die EU-Vergaberichtlinien stellen das Offene Verfahren und das Nichtoffene Verfahren (mit Vergabebekanntmachung) gleichberechtigt nebeneinander. Diese Gleichbehandlung ist sowohl bei der Umsetzung des EU-Vergaberechts in das nationale Vergaberecht als auch bei den Vergaberegeln unterhalb der EU-Schwellenwerte nachzuvollziehen. Auch muss das Verhandlungsverfahren aus der bisherigen „Schmuddelecke“ herausgelöst und mit mehr Stellenwert versehen werden. Jedenfalls kann eine Lockerung der bisherigen Kontaktsperre zwischen Auftraggeber und Bieter durch eine größere Flexibilität bei der vergaberechtlichen Hierarchie im deutschen Rechtssystem, bei der auch beim Verhandlungsverfahren die Grundsätze der Transparenz und des gleichberechtigten Wettbewerbs gewahrt werden müssen, im Ergebnis zu einer wirtschaftlicheren Vergabe führen.

7. Wertgrenzen für Beschränkte und Freihändige Vergaben

Bereits das gegenwärtige Vergaberecht sieht vor, dass von einer öffentlichen Ausschreibung u. a. dann abgesehen werden kann, wenn diese für den Auftraggeber oder die Bewerber einen Aufwand verursachen würde, der zu dem erreichbaren Vorteil oder dem Wert der Leistung im Missverhältnis stehen würde. Insofern können klare und transparente Regelungen zu angemessenen Wertgrenzen und eine damit verbundene Zulassung einer Beschränkten und Freihändigen Vergabe nicht nur mehr Rechtssicherheit sowohl für Auftraggeber als auch für Unternehmen bieten. Sie können auch dazu beitragen, das Verhältnis zwischen Aufwand und erzielbarem Ergebnis bei einer Ausschreibung i. S. eines zielgerichteteren und effizienteren Wettbewerbs zu verbessern.

8. Generelle Zulassung kommunaler Einrichtungen als Bieter in Vergabeverfahren

Gegenwärtig sieht sowohl § 8 Nr. 6 VOB/A als auch § 7 Nr. 6 VOL/A vor, dass u. a. Betriebe der öffentlichen Hand bzw. ähnliche Einrichtungen zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht zugelassen sind. Diese Regelung ist nicht sachgerecht. Sie ist überholt und auch EU-rechtswidrig. Insoweit hat bereits der EuGH in seiner „ARGE Gewässerschutz“-Entscheidung vom 07.12.2000 (VergabeR 2001, 28 ff.) festgestellt, dass auch Einrichtungen, die von der öffentlichen Hand Zuwendungen erhalten, grundsätzlich zur Teilnahme an Vergabeverfahren zuzulassen sind. Nicht die Rechtsform einer Einrichtung als Betrieb der öffentlichen

Hand führt per se zu einem Wettbewerbsvorteil dieser Einrichtung; vielmehr kann allein entscheidend für die Frage eines Vergaberechtsverstoßes nur die konkrete Beurteilung eines Wettbewerbsvorteils eines Anbieters, etwa im Falle des Erhalts einer europarechtswidrigen Beihilfe, sein. Sowohl § 8 Nr. 6 VOB/A als auch § 7 Nr. 6 VOL/A sind daher bei der Vergaberechtsreform ersatzlos zu streichen.

9. Kostenerstattung für Auftraggeber bei Rücknahme des Nachprüfungsantrags des Antragstellers

Wenn gegenwärtig ein Antragsteller (Unternehmen) bei einem vergaberechtlichen Nachprüfungsantrag gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber seinen Antrag zeitlich vor der Entscheidung der Vergabekammer zurücknimmt, bedeutet dies nach der BGH-Rechtsprechung, dass dieser Antragsteller mit seinem Antrag nicht „unterlegen“ ist. Folge ist, dass der Auftraggeber auch dann, wenn er zu Unrecht in das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren „hereingezogen wurde“, die ihm bis dahin entstandenen Kosten selbst zu tragen hat. Auch wenn spezialrechtliche Regelungen auf Landesebene anderes vorsehen können, ist im GWB eindeutig und für alle Fälle klar zu stellen, dass eine jegliche Rücknahme eines Antrags durch einen Antragsteller als „Unterliegen“ dieses Antragstellers mit der Folge zu werten ist, dass dieser allein die Kosten zu tragen hat.

10. Vergaberechtsfreiheit interkommunaler Kooperationen

Interkommunale Aufgaben- und Zuständigkeitsverlagerungen, etwa im Abwasser- oder Wasserversorgungsbereich, bei denen keine externen private Dritte beteiligt werden, sind keine Beschaffungsvorgänge auf dem Markt, sondern Ausfluss der kommunalen Organisationshoheit. Unabhängig von der der interkommunalen Kooperation zugrunde liegenden Rechtsgrundlage (gemeinsame Gesellschaft, Zweckverband, öffentlich-rechtliche Vereinbarung), müssen derartige interne kommunale Organisationsakte, die keine Beschaffungen auf dem Markt darstellen, dem Vergaberecht entzogen werden. Das EU-Vergaberecht ist nicht der Ort, die freie Entscheidung einer Kommune, ob sie Leistungen selbst bzw. interkommunal und daher vergaberechtsfrei ausführt, auszuhöhlen. Vergaberecht kann und darf immer erst dann zur Anwendung kommen, wenn eine Kommune sich bewusst entscheidet, Beschaffungen auf dem Markt unter Einbindung externer Dritter vorzunehmen.