



ZENTRALVERBAND DES DEUTSCHEN HANDWERKS



Stellungnahme zum Entwurf der Bundesre- gierung für ein Gesetz zur Modernisierung des Verga- berechts

Gelöscht: _____

Berlin, 24. September 2008

Abteilung Wirtschafts- und Umweltpolitik

A. ALLGEMEINE ANMERKUNGEN

Der Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZDH) begrüßt, dass die vorliegende Novelle des Vergaberechts auf eine Reform und Modernisierung im Rahmen des bewährten dreistufigen Systems abzielt. Auf diese Weise wird über die Vergabe- und Vertragsausschüsse auch weiterhin die Beteiligung der Wirtschaft an der Ausarbeitung der konkreten Vergaberegeln sichergestellt. Der Erhalt der sogenannten „Kaskade“ wird als ein wichtiger Beitrag zu einer modernen Gesetzgebungspraxis unter direkter Einbeziehung der Betroffenen gewertet.

Ebenfalls sehr positiv hervorzuheben ist, dass der bisherige Vorrang des offenen Verfahrens gegenüber dem nicht-offenen Verfahren im Gegensatz zu früheren Reformüberlegungen beibehalten werden soll.

Nachdrückliche Unterstützung des ZDH findet auch das Bestreben, das bisher zwar rechtlich vorgesehene, gleichwohl in der Vergabepaxis nur unzureichend

umgesetzte, mittelstandspolitisch wichtige Primat der Fach- und Teillosvergabe durch eine Neufassung des einschlägigen § 97 Abs. 3 GWB zu stärken.

A.1 Rechtsschutz im Unterschwellenbereich

Der ZDH kritisiert nachdrücklich, dass im Gesetzentwurf keinerlei Ansatzpunkte zur Gewährung eines substanziellen **Primärrechtsschutzes für Bieter bei Vergaben im Unterschwellenbereich** enthalten sind. In der Gesetzesbegründung wird vielmehr ein Rechtsschutz im Unterschwellenbereich als grundsätzlich nicht erforderlich bezeichnet. Der bereits bestehende Rechtsschutz im Oberschwellenbereich erfährt durch die Novelle zudem eine spürbare Einschränkung.

Mehr als 90 % aller Vergaben erfolgen im Unterschwellenbereich. Für die betroffenen Unternehmen besteht heute keine Möglichkeit, um gegen unrechtmäßige Vergaben rechtlich vorzugehen. Die Option zu nachträglichen Schadensersatzklagen ist für die Betriebe in der Regel nicht zielführend, da sich ihr Interesse auf die Erlangung eines Auftrages richtet.

Es ist einem Unternehmer kaum zu vermitteln, warum er im Rahmen eines Bauauftrags in Höhe von 5 Mio. Euro keinerlei Primärrechtsschutz hat, der einem anderen Betrieb, der einen Bauauftrag über 5,15 Mio. Euro ausführt, jedoch zusteht.

Die Praxis der häufigen Vergaberechtsverstöße, insbesondere die unzureichende Ausarbeitung von Vergabeunterlagen, belastet vor allem kleinere Betriebe, die mangels vorhandener Schutzmechanismen zunehmend von der Beteiligung an Ausschreibungen Abstand nehmen.

Der ZDH fordert den Gesetzgeber dazu auf, auch im Unterschwellenbereich die Voraussetzungen für einen substanziellen Rechtsschutz für die Betriebe zu schaffen. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Juni 2006 steht dem nicht entgegen, da die grundsätzlich festgestellte Verfassungsmäßigkeit der heutigen Praxis noch nichts über die Sinnhaftigkeit der Regelung aussagt. Der Gesetzgeber ist weiterhin frei in seiner Entscheidung, einen entsprechenden Rechtsrahmen zu erlassen und sollte sich hier stärker von der Sicherung des Rechtsstaatsprinzips als von der unbegründeten Befürchtung leiten lassen, dass durch eine solche Regelung Investitionen verhindert würden. Diese Befürchtung ist nicht stichhaltig.

Zum einen hat das Rechtsschutzsystem im Oberschwellenbereich gezeigt, dass sich ein für alle Beteiligten befriedigendes System installieren lässt. Zum anderen ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen einer auf kleinere Vergaben abzielenden Regelung entsprechende Vorkehrungen für eine „schlanke“ und investitionsfreundliche Regelung getroffen werden können.

Insoweit verweisen wir auf ein Konzept, das der Zentralverband des Deutschen Baugewerbes bereits 2006 erarbeitet hat und dem sich der ZDH vollumfänglich anschließt. Dieses Konzept ist der Stellungnahme als **Anlage I** beigefügt.

Eines solches schlanken Rechtsschutzsystem kann zur Sicherung einer unbürokratischen und schlanken Nachprüfungspraxis u.a. die Möglichkeit zum Verzicht auf erstinstanzliche mündliche Verhandlungen vor Vergabekammern, eine Gebührenordnung mit der Verpflichtung zu hohen Vorschüssen und die eingeschränkte Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde vorsehen.

Auch Handwerksbetriebe haben grundsätzlich kein Interesse an Klageerhebungen per se. Vielmehr wollen sie konkrete Aufträge auf Basis rechtssicherer Vergabeverfahren erfüllen. Allein das Vorhandensein eines Unterschwellenrechtsschutzes würde aber bereits erheblich zur Verbesserung der Qualität der Vergabeverfahren beitragen.

A.2 Weitere Bewertung des Gesetzentwurfes

Mit der Gesetzesnovelle sollen ins GWB explizit **vergabefremde Kriterien** aufgenommen werden. Dies ist zum einen europarechtlich nicht geboten und geht zum anderen über die Regelungen der einschlägigen Vergaberechts-Koordinierungsrichtlinien hinaus.

Die Einführung vergabefremder Aspekte birgt die Gefahr einer Verkomplizierung und Verteuerung öffentlicher Beschaffungsvorgänge, ohne eine Gewähr dafür zu bieten, dass die damit intendierten politischen Ziele tatsächlich erreicht werden.

Das Vergaberecht ist nicht der geeignete Ort zur Durchsetzung allgemeiner politischer Zielstellungen. Die vorgesehene Neuregelung findet daher nicht die Zustimmung des ZDH.

Weitere kritische Anmerkungen sind vom ZDH vorzubringen im Hinblick auf die vorgesehenen Regelungen für eine weitgefaste Definition von vergaberechtsfreien In-House-Vergaben, die insbesondere eine weitreichende Ausdehnung der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen im Rahmen interkommunaler Zusammenarbeit ermöglicht.

Insgesamt bewertet der ZDH neben der Beibehaltung des bestehenden Systems der sogenannten Kaskade insbesondere die Stärkung der Fach- und Teillosgabe als positives mittelstandsbezogenes Kernstück der Reform. In Hinblick auf die Einführung vergabefremder Aspekte, die Ausweitung der vergaberechtsfreien In-House-Vergabe und den fehlenden Rechtsschutz im Unterschwellenbereich zeichnen sich jedoch auch gravierende, mittelstandspolitisch relevante Defizite bzw. Probleme ab.

B. ZU DEN EINZELNEN BESTIMMUNGEN

Zu § 97 Abs. 3 GWB-E (Fach- und Teillosgabe)

Der Grundsatz, dass mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in besonderer Weise zu berücksichtigen sind, wird im GWB-E explizit ausgeführt. Präzisiert wird die Mittelstandsorientierung gegenüber der heutigen Regelung durch die Vorgabe, dass Leistungen grundsätzlich in Teil- und Fachlosen zu vergeben sind. Eine Zusammenfassung von Losen im Rahmen von Vergaben darf nur erfolgen, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Die neue Regelung betont damit sehr viel deutlicher als die derzeit noch geltende Rechtslage den Grundsatz der Mittelstandsorientierung und konkretisiert diesen Grundsatz ebenso eindeutig mit dem Vorrang der Fach- und Teillosvergabe.

Diese Regelung wird vom ZDH begrüßt und als ein wesentlicher Eckpunkt der mittelstandspolitischen Anstrengungen der Vergaberechtsreform betrachtet.

Mit dieser Neuregelung wird auch den Vorgaben des Koalitionsvertrages von 2005 und dem Leitlinienbeschluss der Bundesregierung von 2006 entsprochen, in denen jeweils die große volkswirtschaftliche Bedeutung der mittelständischen Wirtschaft und die Notwendigkeit einer Stärkung ihrer Beteiligung am öffentlichen Vergabewesen formuliert sind.

Zu betonen ist, dass die Stärkung der Fach- und Teillosvergabe keinesfalls eine von manchem behauptete unangemessene Bevorzugung der kleinen und mittleren Betriebe darstellt. Vielmehr werden lediglich strukturelle Nachteile kleinerer Betriebe ausgeglichen, um deren Chancengleichheit gegenüber größeren Bewerbern zu gewährleisten. Die Sicherung der mittelständischen Struktur der deutschen Wirtschaft ist ein anerkanntes übergeordnetes Leitbild deutscher Politik, das sich auch im Vergaberecht umfassend abbilden muss.

Im Vergleich zu der in letzter Zeit zunehmenden Praxis der Zusammenlegung von Losen kann eine konsequente Losaufteilung zukünftig durch die Sicherung einer größeren Anzahl potenzieller Bieter wieder bessere Wettbewerbssituationen schaffen und damit auch für den Auftraggeber günstigere Möglichkeiten zum wirtschaftlicheren Einkauf bieten. Mehrere Rechnungshöfe auf Bundes- und Landesebene haben in den letzten Jahren auf diesen Zusammenhang hingewiesen. Der Bundesrechnungshof geht beispielsweise von Mehrkosten von 10 %, in bestimmten Fällen sogar von 20 % aus, die durch Generalvergaben anstelle von Losvergaben entstehen können.

Im Hinblick auf die vorgesehene Ausnahmeregelung für zusammenfassende Vergaben regt der ZDH an, dass im Gesetzentwurf ergänzend ausgeführt wird, dass die für eine Ausnahme geltend gemachten wirtschaftlichen oder technischen Gründe explizit in einer Begründung zu nennen sind. Es ist nicht ausreichend, wenn die Begründungspflicht lediglich – wie bisher – in der Gesetzesbegründung erwähnt wird. In den Vergabehandbüchern sind solche Begründungspflichten bereits heute enthalten. Es empfiehlt sich, diese Vorschrift auch in das Gesetz aufzunehmen, um der Fach- und Teillosvergabe insgesamt mehr Gewicht zu geben.

Der ZDH empfiehlt in diesem Zusammenhang außerdem, in der Begründung zum Gesetz noch einmal explizit auszuführen, dass es sich bei den „wirtschaftlichen Gründen“, die bei einer Abweichung vom Primat der Fach- und Teillosvergabe angeführt werden können, um spezifische auftragsbezogene Gesichtspunkte und nicht um allgemeine Wirtschaftlichkeitsüberlegungen handeln muss. Hinsichtlich der allgemeinen Wirtschaftlichkeitsüberlegungen wird nochmals auf die Erkenntnisse der Rechnungshöfe verwiesen, denen zufolge die Fach- und Teillosvergabe per se wirtschaftlich ist.

Seit Vorlage des Erstentwurfs der Gesetzesnovelle durch das Bundeswirtschaftsministerium fordert die Bauindustrie auf den unterschiedlichsten politischen Ebenen vehement die Rücknahme dieses mittelstandspolitisch sehr wichtigen Aspekts des Gesetzesvorhabens. Dies ist angesichts des Interesses großer bauindustrieller Unternehmen an Gesamtvergaben zwar nicht verwunderlich. Die seitens des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie verwandten Argumente sind jedoch weder stichhaltig noch tragfähig:

Die vorgesehene Neuregelung führt entgegen den Behauptungen der Bauindustrie nicht zu einer bürokratischen Überlastung der Vergabestellen: Weder dem Gesetzestext noch der Begründung ist zu entnehmen, dass sämtliche Beschaffungsvorgänge zunächst in Fach- und Teillos aufgeteilt werden müssen, auf dass diese dann, wenn spezifische Gründe für eine Gesamtvergabe sprechen, wieder zusammenzufassen sind. Sofern in begründeten Fällen eine Gesamtvergabe notwendig erscheint, kann das Vergabeverfahren von Anfang an auf dieser Basis, d.h. ohne vorangehende Aufteilung und dann Wiederzusammenfassung von Los, durchgeführt werden.

Entgegen einer weiteren Behauptung der Bauindustrie ist es auch bei Realisierung der vorgesehenen Neuregelung nach wie vor möglich, dass Teilaufgaben zusammengefasst an ein Unternehmen vergeben werden können. Auch zu einer Atomisierung der Vergabeverfahren wird die Neuregelung damit nicht führen.

Während ein großes bauindustrielles Unternehmen die realistische Möglichkeit hat, den Zuschlag für ein Fach- oder Teillos zu erhalten, ist dies umgekehrt für kleinere mittelständische Bauunternehmen im Falle einer Gesamtvergabe kaum möglich.

Die Stärkung des Mittelstands durch klare Regelungen zum Vorrang der Fach- und Teillosvergabe ist eine wesentliche Voraussetzung für die Sicherstellung eines möglichst intensiven Marktwettbewerbs. Dass dieses Ziel gerade bei dem Wettbewerbsrecht unterliegenden Oberschwellenvergabe schwerlich als vergabefremder Aspekt bezeichnet werden kann, müsste jedem verständigen Betrachter offensichtlich sein. Aber auch im Bereich der haushaltsrechtlich geregelten Unterschwellenvergabe ist ein möglichst intensiver Marktwettbewerb eine notwendige Voraussetzung für effiziente, preiswürdige Beschaffungen.

Der ZDH begrüßt ausdrücklich, dass sich der Bundesrat bei seiner ersten Befassung mit diesem Gesetzgebungsvorhaben nicht die diesbezüglichen Empfehlungen seiner Ausschüsse zu Eigen gemacht hat. Diese Empfehlungen hätten die vorgesehene Aufwertung des Grundsatzes der Fach- und Teillosvergabe nicht nur abgeschwächt, sondern im Einzelfall sogar in ihr Gegenteil verkehrt. Ein diesbezügliches Argumentationspapier des ZDH im Vorfeld der Beschlussfassung des Bundesrates vom 4. Juli 2008 ist dieser Stellungnahme als **Anlage II** beigelegt.

Zu § 97 Abs. 4 GWB-E (vergabefremde Aspekte)

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass die Möglichkeiten zur Aufnahme von zusätzlichen (vergabefremden) Anforderungen in Vergabeverfahren deutlich ausgeweitet würden. Hieraus würden sich zukünftig erhebliche Bürokratielasten für Bieter wie Vergabestellen ergeben.

Die neu eingeführte Option umfasst insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte, die in einer Ausschreibung berücksichtigt werden können, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und in der Leistungsbeschreibung dargelegt werden.

In der Gesetzesbegründung wird im Hinblick auf die Einführung insbesondere sozialer und umweltbezogener Aspekte darauf verwiesen, dass damit die Regelungen der einschlägigen EU-Richtlinien in deutsches Recht übernommen werden. Diese Kriterien werden zwar in der einschlägigen Richtlinie erwähnt, ihre Übernahme ist gleichwohl nicht zwingend, da die EU-Regelungen [Art. 38 der Richtlinie 2004/17/EG sowie Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG] als Kann-Vorschriften ausgestaltet sind.

Mit der expliziten Benennung innovativer Aspekte – eine u.E. sehr unscharfe und insoweit weiter erklärungsbedürftige Begrifflichkeit – soll zudem über die in den EU-Regelungen genannten Sachverhalte hinausgegangen werden. Dies widerspricht der wiederholten Ankündigung der Bundesregierung, europäische Rechtsvorgaben nur 1:1 in deutsches Recht umzusetzen.

Durch die Definition eines sachlichen Zusammenhangs der zusätzlichen Anforderungen zum Auftragsgegenstand und zur Leistungsbeschreibung wird im GWB-E zwar der Versuch einer gewissen Einschränkung der zukünftigen Einführung vergabefremder Aspekte vorgenommen. Der ZDH erwartet dadurch aber keine wirksame Begrenzung ihres inhaltlichen Anwendungsbereichs.

Insbesondere wird die genannte Einschränkung durch die Formulierung "zusätzlicher Anforderungen an den Auftragnehmer" weitgehend konterkariert, da sie dahingehend interpretiert werden kann, dass die Anforderungen eben nicht nur an den Auftragsgegenstand gerichtet werden, sondern auch unternehmensbezogene Aspekte umfassen könnten.

Die vorgesehene Neuregelung birgt die Gefahr, dass nicht zuletzt im Hinblick auf soziale Aspekte die gesamte Wertschöpfungskette mit entsprechenden Nachweisen, Zertifikaten usw. abgedeckt werden müsste. Insbesondere im Hinblick auf importierte Rohstoffe, Vor- und Zwischenprodukte, Hilfs- und Betriebsstoffe usw. würde dies gerade für kleinere Unternehmen einen immensen Aufwand im Vergabeprozess bedeuten.

Die im Vergaberecht ohnehin bestehenden Anforderungen an die Zuverlässigkeit des Unternehmens beinhaltet die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Beachtung des geltenden nationalen Rechts. Dazu zählen bereits in erheblichem Umfang Arbeits-, Sozial- und Umweltstandards. Das geltende Recht umfasst auch die Verpflichtung, bei der Auftragserfüllung die acht Kernarbeitsnormen der ILO zu beachten, die zwischenzeitlich von Deutschland ratifiziert wurden und daher Bestandteil des deutschen Rechtssystems wurden. Dem Auftraggeber stand es darüber hinaus schon bisher frei, spezifische technische, hierbei auch energieeffizienz- und klimaschutzspezifische Kriterien vorzugeben.

Für die explizite und aus benanntem Grund problematische Aufnahme der Möglichkeit, zusätzliche auftragsbezogene Aspekte bei einer öffentlichen Auftragsvergabe zu berücksichtigen, besteht deshalb keinerlei Notwendigkeit. Die explizite Einführung vergabefremder Aspekte widerspricht eklatant dem Vorhaben der Bundesregierung zur Entbürokratisierung des Vergaberechts.

Durch die Einführung vergabefremder Aspekte würde die Auftragsvergabe der öffentlichen Hand zukünftig noch stärker in den Dienst – teils kurzfristiger – politischer Zielstellungen und Debatten genommen und nicht mehr vorrangig der effizienten Beschaffung dienen. Die im GWB-E vorgeschlagene Formulierung hätte diesbezüglich eine erhebliche negative Signalwirkung. Vergabestellen könnten sich dem Anspruch auf Einföderung vergabefremder Aspekte nur noch schwer entziehen.

Der ZDH rät daher dringend, von der vorgesehenen Änderung des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB-E Abstand zu nehmen.

Im Gesetzentwurf soll zudem in § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB-E über die eigentlichen auftragsbezogenen Kriterien hinausgehend auch die Vorgabe „anderer und weitergehender Anforderungen [...] an Auftragnehmer“ ermöglicht werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. Diese Formulierung ist sehr umfassend und ist bereits heute Basis für zahlreiche, weit über den sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand hinausgehende allgemeinpoltische Anforderungen in den einzelnen Bundesländern.

Die in den Landesgesetzen häufig genannten vergabefremden Aspekte, wie z.B. von den Auftragnehmern zu realisierende Ausbildungs- oder Frauenquoten, belasten, verkomplizieren und verteuern das Vergabeverfahren wie auch die Auf-

tragsdurchführung, ohne eine tatsächliche Gewähr dafür bieten zu können, dass die intendierten Ziele erfüllt werden. Die Erfahrungen der landesrechtlichen Regelungen haben bereits nachdrücklich gezeigt, dass bei Einführung vergabefremder Aspekte die notwendige Kontrollbürokratie in keinem Verhältnis zum Nutzen steht, bzw. kein Nutzen feststellbar ist. Teils wurde auch deutlich, dass eine Kontrolle der Vergabestellen bzw. ein effektiver Nachweis auf Bieterseite sachlich nicht zu leisten ist.

In Konsequenz des vorliegenden Gesetzentwurfs würde dieser unbefriedigende Zustand prolongiert; dies wird seitens des ZDH nachdrücklich kritisiert. Für Unternehmen ist es heute durch die Vielzahl besonderer landesrechtlicher Regelungen nur mit erheblichem Aufwand möglich, sich in anderen Bundesländern um Aufträge zu bemühen. Diese immer weitergehende innerdeutsche Rechtszersplitterung ist in Zeiten der europäischen Integration einzudämmen.

Statt der vorgesehenen Neuregelung sollte ein neuerlicher Versuch unternommen werden, die unterschiedlichen Vergaberegeln in den einzelnen Bundesländern einschließlich der dort in jeweils unterschiedlichem Umfang geforderten allgemeinen Anforderungen ohne konkreten Bezug zum Auftrag bei Reduzierung dieser Anforderungen untereinander bundeseinheitlich zu harmonisieren.

Zu § 99 Abs. 1 GWB-E Baukonzessionen

Entsprechend der europarechtlichen Vorgaben wird im Entwurf für das neue GWB die Definition des öffentlichen Auftrags um **Baukonzessionen** ergänzt. Dies wird seitens des ZDH als rechtliche Klarstellung begrüßt. Zustimmung findet auch, dass Dienstleistungskonzessionen, für die seitens des Handwerks kein spezifischer zusätzlicher Regelungsbedarf gesehen wird, ebenfalls entsprechend europarechtlichen Vorgaben von den Vergaberegeln des GWB ausgenommen bleiben.

Zu § 99 Abs. 1 GWB-E Innerstaatliche Kooperation, insbesondere kommunale Zusammenarbeit

§ 99 Abs. 1 GWB soll durch einen neuen Satz 2 ergänzt werden. Mit ihm soll definiert werden, welche Beschaffungsvorgänge nicht als öffentliche Aufträge anzusehen sind und daher als *vergaberechtsfreie* Kooperation zwischen öffentlich-rechtlichen Institutionen, deren Teilmittlungen und/oder privatrechtlichen Tochterunternehmen durchgeführt werden können.

Am häufigsten sind solche innerstaatlichen Kooperationen bei den vielfältigen Ausprägungen interkommunaler Zusammenarbeit anzutreffen. Da die Kommunen im Bereich der öffentlichen Vergabe für die Handwerksbetriebe die wichtigsten Auftraggeber sind, ist die Neuregelung in § 99 Abs. 1 GWB-E für den ZDH daher

von besonderer Bedeutung. Sie betrifft jedoch ebenfalls viele weitere Wirtschaftsbereiche.

Das Vergaberecht soll lt. Gesetzentwurf dann nicht gelten, wenn es sich beim Auftragnehmer um eine juristische Person handelt, die selbst öffentlicher Auftraggeber ist und an der keine private Kapitalbeteiligung besteht, sofern diese juristische Person die zu erbringende Leistung überhaupt nicht auf dem Markt anbietet oder im Wesentlichen für öffentliche Auftraggeber tätig ist.

Diese Neuregelung wird angesichts der mit ihr verbundenen Konsequenzen vom ZDH ausdrücklich abgelehnt!

Die von der Bundesregierung vorgeschlagene Legaldefinition würde nicht nur fast sämtliche Formen interkommunaler Zusammenarbeit vergaberechtsfrei stellen, sondern auch in weiten Teilen klassische Beschaffungsvorgänge aus dem Regelungsbereich des GWB herausnehmen:

- Eine Kommune könnte künftig die Erfüllung einer Aufgabe, für die sie gegenüber Bürgern und Unternehmen vor Ort in der Verantwortung steht (z.B. Restmüllentsorgung und Abwasserbeseitigung), ohne Ausschreibung einer anderen Kommune bzw. einem dortigen Kommunalunternehmen übertragen. Solche mandatierenden Aufgabenübertragungen, bei denen die Pflicht weiterhin bei der beauftragenden Kommune bleibt, wurden bisher, sofern sie im Rahmen einer Verwaltungsvereinbarung ergehen, in hierzu ergangenen OLG-Entscheidungen als vergaberechtsrelevant und damit als ausschreibungspflichtig gewertet.
- Definitiv ausschreibungsfrei wären künftig Bauaufträge, die eine in kommunalem Eigentum stehende Baugesellschaft für andere Kommunen ausführt.
- Gleiches würde gelten z.B. für Gebäudereinigungsunternehmen in kommunalem Eigentum, die von anderen Kommunen Reinigungsaufträge annähmen.
- Ein in öffentlichem Eigentum stehendes Software-Haus, das bisher ausschließlich oder wesentlich für Kommunen Verwaltungssoftware erstellt bzw. fortentwickelt, könnte seine Softwarelösungen künftig allen Kommunen ausschreibungsfrei verkaufen. Ein entsprechender Fall wird derzeit gerade in Brüssel im Hinblick auf ein Vertragsverletzungsverfahren geprüft!
- Auch könnten die Kommunen ihren Energiebedarf (z.B. und insbesondere Strom!) künftig ausschreibungsfrei seitens der Stadtwerke anderer Kommunen decken lassen.

Manche solche krassen Fehlentwicklungen sind bereits heute zu beobachten und zu beklagen, stehen jedoch zumindest bisher im Widerspruch zum geltenden Recht. Sie würden mit der vorgesehenen Neuregelung umfassend legalisiert.

Zudem würde jegliche regionale Begrenzung für solche ausschreibungsfreien ökonomischen Kooperationen wegfallen: Ein Kommunalunternehmen aus München könnte genauso ausschreibungsfrei für eine Kommune in Nord-Friesland tätig werden wie ein Kommunalunternehmen aus Bonn in Dresden! Die Neuregelung wäre geradezu eine Handlungsanleitung für die Ausdehnung wirtschaftlicher Betätigungen der Städte und Gemeinden weit über die kommunalen Grenzen hinaus!

Eine so umfassende Ausschreibungsfreiheit kommunaler Beschaffungsvorgänge hätte zur Folge, dass die kommunale Aufgabenerfüllung keinem wirksamen Effizienztest unterzogen und damit tendenziell teurer und unwirtschaftlicher würde. Dies stünde in diametralem Widerspruch zu dem mit der Vergaberechtsreform verfolgten Ziel, eine möglichst wirtschaftliche und effiziente Beschaffung der öffentlichen Hände zu gewährleisten. Leittragende wären nicht zuletzt die Bürger als Leistungsempfänger und als Steuer- sowie Beitrags- und Gebührenzahler.

Eine so umfassende Ausschreibungsfreiheit ginge außerdem zu Lasten privater Unternehmen insbesondere des Mittelstands, für die kommunale Aufträge von großer wirtschaftlicher Bedeutung sind. Damit stünde die Neuregelung nicht nur im Widerspruch zu dem Ziel, mit der Vergaberechtsreform den Mittelstand zu stärken. Sie würde darüber hinaus in vielen, vor allem ländlichen Regionen das weitgehende „Aus“ für die öffentliche Auftragsvergabe auf kommunaler Ebene bedeuten. Dies wäre das Ende des typischerweise gerade kleineren Städten und Gemeinden zur Verfügung stehenden oftmals einzigen, aber zentralen Instruments der Mittelstandsförderung.

Die vorgesehene neue Regelung würde zentrale Leitkriterien unberücksichtigt lassen, die von der europäischen und deutschen Rechtsprechung zum Themenbereich vergaberechtsfreier Inhouse-Vergaben und innerstaatlicher Kooperation entwickelt wurden. Dies gilt insbesondere für das sogenannte Kontrollkriterium gemäß Teckal-Urteil des Europäischen Gerichtshofs. Dieser Umstand könnte leicht zu EU-Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland führen. Das mit der Neuregelung intendierte Ziel, die Rechtssicherheit zu erhöhen, würde sich in sein Gegenteil verkehren.

Unbestreitbar müssen tatsächlich hoheitliche Aufgaben im Bereich der staatlichen Organisationsautonomie verbleiben, die auch nicht über das europäische Vergaberecht unterhöhlt werden darf. Bei einem Großteil der Tätigkeitsbereiche, um die es im Bereich der interkommunalen Zusammenarbeit geht, handelt es sich jedoch um wirtschaftliche Betätigungen.

Für diese Tätigkeitsfelder sind selbst dann, wenn sie nach bisheriger Auffassung dem Bereich der Daseinsvorsorge zugerechnet werden, grundsätzliche marktbezogene Lösungen möglich und im Sinne einer effizienten Aufgabenerfüllung auch sinnvoll. Sie sollten daher nicht durch eine weit über die in der Gesetzesbegrün-

derung genannten Ziele – Rechtssicherheit und Gewährleistung der staatlichen Organisationsautonomie – hinausreichende Neuregelung verhindert werden.

Eine ergebnisorientierte und tragfähige Neuregelung der innerstaatlichen Kooperation und damit auch der interkommunalen Zusammenarbeit im deutschen Vergaberecht müsste angesichts der skizzierten Zusammenhänge folgende Voraussetzungen erfüllen:

Die Kriterien der EuGH-Rechtsprechung zur Inhouse-Vergabe (Teckal- und nachfolgende Urteile) müssen umfassend berücksichtigt werden. Das betrifft insbesondere das Kontrollkriterium und das Wesentlichkeitskriterium in seiner vom EuGH vorgegebenen engen Fassung.

Beschaffungsvorgänge müssen ausschreibungspflichtig bleiben, nicht nur dann, wenn die Kommunen die einzukaufenden Leistungen selbst in Anspruch nehmen, sondern auch dann, wenn sie Dritte beauftragen, eine Leistung gegenüber Bürgern und Unternehmen vor Ort bereitzustellen, für die sie selbst weiterhin in der Verantwortung stehen und wenn für diese Leistung ein Markt vorhanden ist oder entstehen kann.

Sowohl innerkommunalen Inhouse-Vergaben als auch der Durchführung interkommunaler Kooperationsprojekte sollte ein obligatorischer Wirtschaftlichkeitsvergleich im Hinblick auf marktbezogene Lösungsansätze vorangestellt werden, wie zugleich auch eine öffentliche Berichtspflicht über solche Vorgänge eingeführt werden sollte. Mögliche Ansätze zur Gewährung der vergaberechtlich gebotenen Transparenz finden sich bereits in einigen Landesregelungen (z.B. in Hessen), durch die den Verbänden der Privatwirtschaft bei anstehenden In-House-Vergaben die Abgabe von Stellungnahmen ermöglicht wird.

Der Umfang, innerhalb dessen Kommunen – teilweise in deutlicher Konkurrenz zu privatwirtschaftlicher Initiative – wirtschaftlich tätig sind, kann nicht vom Vergaberecht definiert, sondern muss inhaltlich durch die einschlägige Kommunalgesetzgebung der Bundesländer vorgegeben werden.

Gerade auch seitens des Handwerks kritisierte Fehlentwicklungen sind vorrangig dort zu korrigieren. Das Vergaberecht kann und muss dies flankieren. Keinesfalls jedoch darf die vorgesehene Vergaberechtsreform diese notwendigen Korrekturen konterkarieren, was mit dem vorliegenden Gesetzentwurf der Fall wäre.

Die nicht nur vergabe-, sondern auch europa-, wettbewerbs- und haushaltsrechtliche Problematik der vorgesehenen Legaldefinitionen für "nichtöffentliche Aufträge" in § 99 Abs. 1 GWB-E ist in einem vertiefenden Hintergrundpapier als **Anlage III** beigefügt.

Zu § 101 Abs. 6 GWB-E neuartige elektronische Verfahren

Entsprechend der europäischen Vergaberichtlinie ist die Übernahme „elektronischer Auktionen“ und des „dynamischen elektronischen Verfahrens“ in deutsches Recht möglich. Diese Verfahren sollen nunmehr nach dem vorliegenden Entwurf ohne weitere Einschränkungen übernommen werden.

Bei dem dynamischen elektronischen Verfahren handelt es sich faktisch um längerfristig angelegte Rahmenvereinbarungen mit der permanenten Möglichkeit für potenzielle Anbieter während der Laufzeit, sich in einem elektronischen Verfahren um Teilnahme an diesen Rahmenvereinbarungen zu bewerben.

Dieses vorgesehene dynamische elektronische Verfahren ist möglicherweise dazu geeignet, in machen Bereichen bereits praktizierte flexible Beschaffungsvorgänge rechtlich abzusichern und zu standardisieren. Praktische Relevanz wird es jedoch nur bei Beschaffungsvorgängen haben können, bei denen es um weitgehend homogene bzw. standardisierbare Leistungen geht. Handwerkliche Leistungen werden hiervon schwerlich erfasst werden können.

Auch die elektronische Auktion setzt standardisierbare Leistungen voraus. Für die Beschaffung komplexer handwerklicher Leistungen ist sie nicht geeignet.

Indem bei der elektronischen Auktion einzig der Preis zum entscheidenden Parameter wird, kann sie einem ruinösen Preiswettbewerb Vorschub leisten. Alle bisherigen Erfahrungen zeigen, dass dann, wenn die Leistungsfähigkeit des Bewerbers und die Qualität der Leistung aus dem Blickfeld geraten, die dann in der Konsequenz notwendiger Folgekosten zu Lasten einer tatsächlich wirtschaftlichen Beschaffung gehen.

Die bedingungslose Einführung beider Verfahren kann falsche Signale in Hinblick auf die mittelstandsgerechte Ausgestaltung der öffentlichen Beschaffung geben und ist mit den spezifischen Beschaffungserfordernissen bei handwerklichen Leistungen nicht vereinbar.

Der ZDH fordert deshalb eine diesbezügliche Einschränkung der Anwendbarkeit dieser Vergabeformen.

Zu § 101a GWB-E Informationspflichten der Auftraggeber

Durch die Einfügung des neuen GWB-E § 101a soll die bisher in § 13 der Vergabeverordnung enthaltene Verpflichtung der Auftraggeber zur Information der unterlegenen Bieter Gesetzesrang erhalten. Weitere sachliche Änderungen erfolgen in Anpassung an die europäische Rechtsmittelrichtlinie, insbesondere die Verlängerung der Wartepflicht vor Vertragsabschluss auf 15 Tage ist zu nennen.

Zu ergänzen ist nach Ansicht des ZDH, die Verpflichtung der Auftraggeber zu einer hinreichend aussagekräftigen Begründung für das Ausscheiden der unterlegenen Bieter, um diesen die Möglichkeit zu geben, die Notwendigkeit und

Zweckmäßigkeit eines Nachprüfungsantrages besser einschätzen zu können. Dies kann auch zur Vermeidung ungerechtfertigter Nachprüfungsanträge beitragen.

Der ZDH begrüßt die Übernahme der Änderungsanforderungen durch die europäische Rechtsmittelrichtlinie und die „Verlagerung“ in das GWB, weil sie der wichtigen Bestimmung über die Transparenz eine größere Bedeutung einräumt und die auch von der Bundesregierung gewünschte Rückführung der Vergabeverordnung auf ihre „Gelenkfunktion“ unterstützt.

Zu § 101b GWB-E Unwirksamkeit „de-facto-Vergaben“

Die Regelung in § 101b GWB-E stellt klar, dass Vergaben, die unmittelbar an Unternehmen unter Umgehung des Vergaberechts erfolgten, von Anfang an unwirksam sind, sofern die Rechtswidrigkeit der Vergabe in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt wird.

Diese Klarstellung der bislang strittigen Rechtslage in Bezug auf die „de-facto-Vergaben“ begrüßt der ZDH.

Zu §§ 102 ff GWB-E Einschränkung der Nachprüfungsverfahren

In den §§ 102 ff. GWB-E werden umfängliche Änderungen zum Rechtsschutz im Oberschwellenbereich vorgeschlagen, die der Erhöhung der Effizienz der Nachprüfungsverfahren dienen sollen. Faktisch führen die Änderungen jedoch zu einer erheblichen Einschränkung des Umfangs des Rechtsschutzes. Insbesondere wird die Position des Bieters gegenüber dem Auftraggeber in wichtigen Punkten geschwächt. Diese Schwächung trifft insbesondere kleinere Betriebe: Ihnen steht ohnehin im Unterschwellenbereich kein effektiver Rechtsschutz zur Verfügung, nun wird darüber hinaus den Betrieben, die keine hausinternen Rechtsabteilungen besitzen, die Erlangung von Rechtsschutz im Oberschwellenbereich erheblich erschwert, z.B. durch die Ausweitung der unverzüglichen Rügepflicht und die Einschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes.

Der ZDH fordert den Gesetzgeber auf, von einer so weitgehenden Einschränkung abzusehen. Ziel muss es vielmehr sein, den Rechtsschutz als effektives, praxisgerechtes System auch für die Bieterseite auszugestalten und in geeigneter Form auch auf den Unterschwellenbereich auszudehnen.

Zu § 107 Abs. 3 GWB-E (unverzügliche Rügefrist)

Durch die beabsichtigte Änderung in § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB-E ist ein Nachprüfungsantrag nur noch zulässig, wenn der Antragsteller erkennbare Verstöße gegen vergaberechtliche Bestimmungen unverzüglich, spätestens bis zum Ablauf der Angebotsfrist gerügt hat. Diese erhebliche Erweiterung der Pflichten der Bieter kommt einer spürbaren Einschränkung des Rechtsschutzes gleich.

Es kann nicht die Aufgabe des (potenziellen) Auftragnehmers sein, die Unterlagen in Bezug auf ihre Vergabekonformität vorab umfänglich zu kontrollieren. Während sich bisher die unverzügliche Rügepflicht nur auf die Angaben in der Bekanntmachung bezog, wird sie nun auf die Vergabeunterlagen ausgedehnt, was einer Pflicht zur eingehenden vergaberechtlichen Prüfung u.a. der Leistungsbeschreibung gleichkommt. Nach dem Sinn des Vergaberechts hat aber der öffentliche Auftraggeber die Leistungsbeschreibung vergaberechtkonform zu erstellen und auch das Risiko für nicht vergabekonforme Leistungsbeschreibungen zu tragen. Der neue § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB-E würde dieses Risiko einseitig dem Auftragnehmer anlasten, was für kleinere Unternehmen problematisch ist, die über keine hausinterne Rechtsabteilung verfügen und in der Phase der Ausschreibung in der Regel mit der Erstellung ihres Angebotes ausgelastet sind.

Der ZDH lehnt die Einführung einer solchen unverzüglichen Rügefrist ab.

Zu § 110 Abs. 1 GWB-E Einschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes

Die Neuregelung führt zu einer Einschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes der Vergabekammern. Diese Regelung ist inhaltlich wie rechtssystematisch fragwürdig und führt gerade für kleinere Unternehmen zu Problemen.

Im vorgeschlagenen Gesetzestext werden Amtsermittlungs- und Beibringungsgrundsatz in schwer nachzuvollziehbarer Weise miteinander vermengt. Dadurch, dass die Kammer nicht mehr zur Amtsermittlung verpflichtet ist, wird der Grundsatz der Amtsermittlung nicht – wie im Begründungstext ausgeführt – konkretisiert, sondern weitgehend außer Kraft gesetzt. Es widerspricht dem Anspruch der Vergabekammern als öffentlich-rechtliche Einrichtungen, wenn sie sich bei ihrer Entscheidungsfindung nur noch auf das von den Beteiligten Vorgebrachte beschränken würden.

Der ZDH fordert deshalb die Beibehaltung des Amtsermittlungsgrundsatzes.

Zu § 115 GWB-E Aussetzung des Vergabeverfahrens während eines Nachprüfungsverfahrens

Der Suspensiveffekt des Nachprüfungsverfahrens soll im Rahmen der GWB-Novelle eingeschränkt werden. Dies muss auf grundsätzliche Vorbehalte stoßen: Die Vergabekammer sollte bei der Entscheidung über die Frage, ob ein Zuschlag trotz laufenden Prüfungsverfahrens erteilt werden kann, weiterhin die Erfolgsaussichten des laufenden Nachprüfungsverfahrens abwägen. Würden nunmehr in erster Linie die wirtschaftlichen Belange des Auftraggebers in die Abwägung einbezogen, wie es der neue Abs. 3 vermuten lässt, führte dies zu einer nachhaltigen und regelmäßigen Beschneidung der Rechte von unterlegenen Bietern, denen nur noch die Möglichkeit zur Erlangung von Schadensersatz bleiben würde.

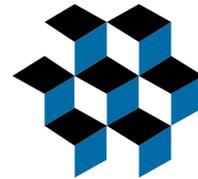
Die Einschränkung des Suspensiveffekts wird vom ZDH abgelehnt.

Zu § 128 Gebühren vor der Vergabekammer

Der Grundsatz, dass die Gebühren der Kostendeckung der Verfahren zu dienen haben, wird vom ZDH unterstützt. Nicht nachvollziehbar ist jedoch, warum in diesem Zusammenhang auch die Mindestgebühr grundsätzlich auf 5.000 Euro heraufgesetzt werden muss. Die bisherige Mindestgebühr von 2.500 Euro ist für kleinere Betriebe bereits eine erhebliche Summe, die (im Verein mit den weiteren Nebenkosten) in hinreichender Weise unnötige Klageerhebungen eingrenzt.

Die Erhöhung der Mindestgebühren wird vom ZDH als mittelstandsfeindlich abgelehnt.

./.



ZENTRALVERBAND
DEUTSCHES
BAU**GEWERBE** **ZDB**

Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte

Positionspapier des Zentralverbandes des Deutschen Bau- gewerbes

10. April 2006

A. Vorbemerkungen

Die europäischen Rechtsmittelrichtlinien, die einen effektiven Primärrechtsschutz gewährleisten, beanspruchen nur oberhalb der europäischen Schwellenwerte Geltung. Der deutsche Gesetzgeber hat die Rechtsmittelrichtlinien seinerzeit - anders als andere Mitgliedstaaten der EU - nur für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte umgesetzt.

Aus diesem Umstand folgt eine Zweiteilung des Vergaberechtsschutzes in Deutschland. Oberhalb der Schwellenwerte kann ein nicht berücksichtigter Bieter die Vergabekammer mit dem Ziel anrufen, das Vergabeverfahren zu stoppen und selbst den Zuschlag zu erhalten (Primärrechtsschutz). Unterhalb der Schwellenwerte ist nicht berücksichtigten Bietern dieser vergaberechtliche Primärrechtsschutz vor den Vergabekammern bzw. Vergabesenaten der Oberlandesgerichte versperrt.

Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte wird in der Praxis jedoch - zumindest teilweise - sowohl von Zivilgerichten als auch von Verwaltungsgerichten gewährt. Als problematisch stellt sich insofern die uneinheitliche Entscheidungspraxis insbesondere bei den Verwaltungsgerichten dar. Während die Mehrzahl der Verwaltungsgerichte zwischenzeitlich den Verwaltungsrechtsweg für Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte als eröffnet erachtet, verneinen einzelne Verwaltungsgerichte dies. Die daraus resultierende Rechtsunsicherheit belastet alle Beteiligten des Vergabeverfah-

rens in der Praxis erheblich und wiegt umso schwerer, wenn man sich vergegenwärtigt, dass über 98 % aller öffentlichen Bauaufträge unterhalb der Schwellenwerte vergeben werden.

Insgesamt ist festzuhalten, dass es mit Blick auf effektiven Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte in Deutschland keinen einheitlichen Rechtszustand gibt.

Insbesondere im Hinblick auf die in letzter Zeit zunehmende Gewährung vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes durch die Verwaltungsgerichte ist zu beachten, dass sich die dort regelmäßig langen Verfahrensdauern negativ auf die Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte auswirken.

Hinzu kommt, dass beim Bundesverfassungsgericht eine Verfassungsbeschwerde betreffend die Beschränkung von Primärrechtsschutz im Vergaberecht auf den Bereich oberhalb der Schwellenwerte anhängig ist. Hier ist in nächster Zeit mit einer Entscheidung zu rechnen, was den Druck auf den Bundesgesetzgeber erhöht, bereits jetzt Überlegungen zur Gewährung eines effektiven Vergaberechtsschutzes auch unterhalb der Schwellenwerte anzustellen.

Neben der aktuellen Tendenz der Rechtsschutzgewährung durch die Verwaltungsgerichte und der anstehenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gerät das System des vergaberechtlichen Rechtsschutzes in Deutschland auch von europäischer Ebene unter Druck.

Der Europäische Gerichtshof hat in aktuellen Entscheidungen darauf hingewiesen, dass die Grundsätze des europäischen Vergaberechts, wie z.B. das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot, qua europäischem Primärrecht auch im von den europäischen Vergaberichtlinien nicht regulierten Bereich unterhalb der Schwellenwerte Geltung beanspruchen. Dies kann möglicherweise auch Auswirkungen auf den Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte zeitigen.

Neben dem Europäischen Gerichtshof hat auch die Europäische Kommission erkennen lassen, dass sie sich in naher Zukunft zum Thema effektiver Vergaberechtsschutz unterhalb der europäischen Schwellenwerte äußern wird.

Aus den vorstehenden Bemerkungen ergibt sich folgender Befund: Die Regelung des vergaberechtlichen Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte, wie sie sich in Deutschland derzeit darstellt, ist nicht zufriedenstellend. Im Hinblick auf den Primärrechtsschutz ist sie geprägt von großer Rechtsunsicherheit und einer nicht sachdienlichen Zersplitterung zwischen Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Befassung der Zivil- und Verwaltungsgerichte mit Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte führt zu unzumutbar langen Verfahrensdauern, die zu Lasten aller Beteiligten des Vergabeverfahrens gehen.

Angesichts dieser tatsächlichen Sachlage ist unstrittig, dass hinsichtlich des Vergaberrechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte in Deutschland Änderungsbedarf besteht. Es geht darum, zum Nutzen aller Beteiligten ein effektives System vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes auch unterhalb der europäischen Schwellenwerte zu installieren.

Der Zentralverband des Deutschen Baugewerbes vertritt als baugewerblicher Spitzenverband ca. 40.000 mittelständische Unternehmen der Bauwirtschaft. Diese sind insbesondere in besonderem Maße von der bestehenden Rechtsunsicherheit und den Unzulänglichkeiten des derzeitigen Rechtszustands betroffen, als dass sie den ganz überwiegenden Teil der öffentlichen Bauaufträge unterhalb der Schwellenwerte ausführen. Gerade bei öffentlichen Bauaufträgen, die wertmäßig in der Nähe des Schwellenwerts liegen, mutet es willkürlich an, dass bei einem Auftrag mit einem Volumen von 5,3 Mio. Euro effektiver Primärrechtsschutz gewährt wird, bei einem Auftrag mit einem Volumen von 5,2 Mio. Euro hingegen nicht.

Der Vorschlag des Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes basiert auf dem in langjähriger Praxis bewährten vergaberechtlichen Rechtsschutzsystem oberhalb der Schwellenwerte. Dies insbesondere im Hinblick auf die Entscheidungsinstanzen Vergabekammern und Vergabesenate einschließlich der kurzen Entscheidungsfrist von fünf Wochen vor den Vergabekammern. Das Verfahren des Rechtsschutzes soll im Vergleich zum System oberhalb der Schwellenwerte im Sinne einer Vereinfachung und Beschleunigung modifiziert werden. So soll beispielsweise der Rechtsstreit i.d.R. einem Mitglied der Vergabekammer zur Entscheidung übertragen werden, daneben soll die Vergabekammer unter bestimmten Voraussetzungen ohne mündliche Verhandlung entscheiden können.

B. Vorschlag

I. Grundsätzliches

- Um einen effektiven Vergaberrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte zu gewährleisten sollte - wie beim Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte - auf die Vergabekammern sowie die Vergabesenate bei den Oberlandesgerichten zurückgegriffen werden.

- Die Einrichtung einer zweiten Instanz in Form der Vergabesenate bei den Oberlandesgerichten ist zur Gewährleistung einer möglichst einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Der Zugang zur Rechtsmittelinstanz sollte jedoch soweit wie möglich eingeschränkt werden.

II. Erstinstanzlicher Rechtsschutz vor den Vergabekammern

- Hinsichtlich des Rechtsschutzes vor den Vergabekammern soll keine Bagatellegrenze eingeführt werden.
- Die Gebührenordnung sollte analog der Gebührenordnung der Bundesvergabekammern ausgestattet werden, die u.a. einen hohen Vorschuss vor sieht.
- Die Vergabekammer soll den Rechtsstreit i.d.R. einem ihrer Mitglieder zur Entscheidung übertragen, wenn
 1. die Sache keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist, und
 2. die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat.
- Die Vergabekammer kann ohne mündliche Verhandlung entscheiden, wenn die Sache keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist und der Sachverhalt geklärt ist. Die Beteiligten sind vorher zu hören.
- Die Beteiligten können innerhalb eines Monats nach Zustellung der Entscheidung
 1. sofortige Beschwerde einlegen, wenn sie zugelassen worden ist,
 2. Zulassung der sofortigen Beschwerde beantragen,
 3. mündliche Verhandlung beantragen, wenn sofortige Beschwerde nicht eingelegt werden kann.
- Wird mündliche Verhandlung beantragt, kann die Vergabekammer in ihrer Entscheidung von einer weiteren Darstellung des Tatbestandes und der Entscheidungsgründe absehen, soweit sie der Begründung der vor der mündlichen Verhandlung ergangenen Entscheidung folgt und dies feststellt.

III. Zweitinstanzlicher Rechtsschutz vor den Vergabesenaten

- Gegen Entscheidungen der Vergabekammern steht den Beteiligten die sofortige Beschwerde zu, wenn sie von der Vergabekammer oder dem Vergabesenat des Oberlandesgerichts zugelassen wird.
- Die sofortige Beschwerde ist nur zuzulassen, wenn
 1. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat,
 2. die Entscheidung der Vergabekammer von einer Entscheidung eines Vergabesenats eines Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofes abweicht und

auf dieser Abweichung beruht oder

3. ein Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.
- Die Vergabekammer lässt die sofortige Beschwerde in der Entscheidung zu, wenn die Gründe Nr. 1 (grundsätzliche Bedeutung) oder Nr. 2 (Abweichung) vorliegen. Der Vergabesenat des Oberlandesgerichts ist an die Zulassung gebunden. Zu einer Nichtzulassung der Berufung ist die Vergabekammer nicht befugt.
 - Wird die sofortige Beschwerde nicht in der Entscheidung der Vergabekammer zugelassen, kann die Zulassung beantragt werden. Über den Antrag entscheidet der Vergabesenat des Oberlandesgerichts. Die sofortige Beschwerde ist zuzulassen, wenn einer der Gründe der Nrn. 1. bis 3. dargelegt ist und vorliegt.
 - Für die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde soll eine Bagatellegrenze eingeführt werden.
 - Grundsätzlich soll der Vorsitzende des Senats als Einzelrichter entscheiden.

PM/db

10. April 2006

Novellierung des Vergaberechts

hier: Neufassung des § 97 Abs. 3 GWB betreffend die Fach- und Teillosvergabe; Beschlussempfehlungen der Bundesratsausschüsse zum Gesetzentwurf der Bundesregierung

Ausgangslage:

Bisher sieht das GWB in § 97 Abs. 3 folgende Regelung vor: "**Mittelständische Interessen sind vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillosse angemessen zu berücksichtigen.**"

Dieser vergaberechtliche Grundsatz hat in der Vergabep Praxis bisher **nicht** die in ihn gesetzten Erwartungen erfüllt.

Die die Bundesregierung tragenden Parteien haben sich in ihrem Koalitionsvertrag darauf verständigt, im Vergaberecht "**auf die mittelstandgerechte Ausgestaltung, wie zum Beispiel die Aufteilung in Lose, besonders [zu] achten**".

Die Bundesregierung sieht entsprechend dem Koalitionsvertrag in ihrem Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts **eine Stärkung des mittelstandspolitisch sehr wichtigen Grundsatzes der Fach- und Teillosvergabe** bei öffentlichen Aufträgen vor.

Für die am 4. Juli 2008 zu diesem Gesetzentwurf im Bundesrat anstehende Beschlussfassung haben die Bundesratsausschüsse zu der von der Bundesregierung vorgeschlagenen Gesetzesänderung kritische Stellung bezogen und zu § 97 Abs. 3 GWB-E zwei unterschiedliche Alternativvorschläge formuliert (Ziffern 4 und 5 der Bundesratsdrucksache 349/1/08).

Beide Alternativvorschläge werden dem Ziel, die Fach- und Teillosvergabe – unter Berücksichtigung auch der Belange der Vergabestellen! – zu stärken, nicht gerecht. Daher besteht weiterhin dringender Bedarf, die Landesregierungen im Hinblick auf den Sachverhalt als solchen und auf die potenziellen negativen Auswirkungen der für den 4. Juli vorgelegten Beschlussempfehlungen zu § 97 Abs. 3 GWB-E zu sensibilisieren

Entwurf Bundesregierung:

„Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge **vornehmlich** zu

berücksichtigen. **Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.**“

Bewertung ZDH:

Dieser Textentwurf wird vom ZDH umfassend begrüßt und unterstützt, da er den Stellenwert der Fach- und Teilloservergabe deutlich stärkt. Die **Fach- und Teilloservergabe wird zur grundsätzlichen Regel** ("**sind**... aufgeteilt... und getrennt... zu vergeben"), die zusammenfassende Vergabe zur **begründungspflichtigen Ausnahme** "**wenn** ... Gründe **dies erfordern**").

Trotz dieses neuen Regel-Ausnahme-Verhältnisses beinhaltet die neue Regelung **nicht**, dass den Vergabestellen zugemutet würde (*was seitens der Bauindustrie fälschlich kolportiert wird!*), dass zunächst alle Aufträge zunächst in Fach- und Teilloser aufzuteilen wären, die dann erst wieder bei Nachweis der Erfordernis für die konkrete Auftragsvergabe wieder zusammenzufassen wären: **Sofern wirtschaftliche und technische Gründe es erkennbar erfordern, kann auch nach vorgesehener Neuregelung von Anfang an eine zusammengefasste Generalvergabe erfolgen, wenngleich dies dann auch nachprüfbar zu dokumentieren ist.**

Alternativvorschlag Wirtschaftsausschuss (Ziffer 5 der BR-DS 349/1/08)

" Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge **vornehmlich** zu berücksichtigen. **Insbesondere sollen Aufträge, soweit wirtschaftliche oder technische Gründe nicht entgegenstehen, in Lose nach Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) vergeben werden, damit mittelständische Unternehmen sich bewerben können.**"

Bewertung ZDH:

Gegenüber dem Entwurf der Bundesregierung hätte eine solche Regelung eine wesentlich geringere Bindungswirkung ("**sollen**" statt "sind").

Auch ist der Formulierungsvorschlag des Wirtschaftsausschusses, dass, "**soweit wirtschaftliche oder technische Gründe [einer Aufteilung in Fach- und Teillose] nicht entgegenstehen**", eine getrennte Vergabe erfolgen soll, deutlich offener und damit unschärfer gefasst als der Textvorschlag der Bundesregierung, demzufolge *eine zusammenfassende Gesamtvergabe dann möglich ist, "wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern"*.

Die Vergabestellen hätten bei der Ausübung dieses gebundenen Interesses einen **sehr weiten Interpretationsspielraum**. Im Kontext mit der ebenfalls offener formulierten Ausnahmeregelung könnte sich die gerichtliche Prüfung einer konkreten Vergabeentscheidung lediglich auf einen eklatanten Verstoß bei der Ausübung dieses Ermessensspielraums beziehen.

Dieser Vorschlag fällt gegenüber dem Regierungsentwurf im Hinblick auf die intendierte Stärkung der Fach- und Teillosvergabe weit zurück und sollte daher nicht zur Grundlage eines Beschlusses des Bundesrates gemacht werden!

Alternativer gemeinsamer Vorschlag Finanzausschuss sowie Ausschuss für Städtebau, Wohnungswesen und Raumordnung (Ziffer 4 der BR-DS 349/1/08)

"Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge **besonders** zu berücksichtigen. **Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben, soweit dies technisch möglich und wirtschaftlich vertretbar ist.**"

Bewertung ZDH:

Trotz der im Vergleich zum Vorschlag des Wirtschaftsausschusses stringenteren Eingangsformulierung in Satz 2 ("**sind**" statt "sollen") würde bei Realisierung dieses Vorschlags die Fach- und Teillosvergabe **zur begründungspflichtigen Ausnahme:**

Während beim Vorschlag der Bundesregierung das Erfordernis einer Gesamtvergabe begründet werden muss und im Vorschlag des Finanzausschusses zumindest die die einer Fach- und Teillosvergabe entgegenstehenden Gründe benannt werden müssen, **müsste bei Realisierung des Vorschlags des Finanz- und des Wohnungsbauausschusses nachgewiesen werden, dass die Fach- und Teillosvergabe technisch möglich und wirtschaftlich vertretbar ist.**

Alle Erfahrungen zeigen, dass die Vergabestellen zur Minderung ihres Aufwandes diejenige Vergabeart wählen, bei der sie keine gesonderten Begründungs- oder Nachweispflichten erfüllen müssen. Bei Realisierung des genannten Vorschlags wäre dies ohne Zweifel die zusammengefasste Generalvergabe, während – auf Grund der ansonsten fälligen Begründungspflicht – eine Fach- und Teillosvergabe kaum noch angewandt würde (obwohl diese – wie Analysen nicht nur des Rechnungshofes gezeigt haben – deutlich kostengünstiger als zusammengefasste Gesamtvergaben sind).

Zudem beinhaltet der im Eingangssatz verwendete Begriff "**besonders**" im Gesamtkontext eine deutlich geringere Bindungswirkung als der sowohl im Regierungsentwurf als auch im Alternativvorschlag des Finanzministeriums verwendete Begriff "**vornehmlich**": Die postulierte "*besonderer* Berücksichtigung mittelständischer Interessen" kann auch lediglich die Vorgabe beinhalten, dass hierfür besondere Instrumente (hier die Fach- und Teillosvergabe mit Begründungszwang) heranzuziehen sind, ohne dass diese Berücksichtigung dabei einen Vorrang gegenüber der Verfolgung anderweitiger vergabepolitischer Ziele haben muss. Demgegenüber beinhaltet eine Vorgabe, dass mittelständische Interessen *vornehmlich* zu berücksichtigen sind, diesbezüglich eine deutlich klarere Prioritätensetzung gegenüber anderweitigen vergabepolitischen Zielen.

Dies wäre damit in der Summe sogar im Vergleich zur geltenden, unbefriedigenden Rechtslage ein deutlicher Rückschritt!

Brt

01.07.2008



Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht

Hintergrundpapier zur vorgesehenen Änderung des
§ 99 Abs. 1 GWB im Rahmen der aktuellen Vergaberechts-Novelle

Zentralverband des Deutschen Handwerks

Zusammenfassung

Im Rahmen der aktuellen Vergaberechtsreform soll entsprechend dem Gesetzesvorschlag der Bundesregierung u.a. klargestellt werden, unter welchen Bedingungen öffentliche Auftraggeber (z.B. Gebietskörperschaften wie Kommunen) Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge an andere öffentliche Auftraggeber ausschreibungsfrei vergeben können. Diese Neuregelung fixiert damit indirekt auch die Grenzen für die vergaberechtsfreie interkommunale Zusammenarbeit.

Im Ergebnis der vorgesehenen Neuregelung würde die interkommunale Zusammenarbeit weitestgehend vom Vergaberecht freigestellt. Dies würde neben Aufgabenübertragungen auch reine Beschaffungsvorgänge erfassen.

Die Neuregelung hätte massive negative Auswirkungen auf die Bürger und Unternehmer vor Ort. Sie muss deshalb auf die einmütige und eindeutige Kritik des Handwerks stoßen, die im Folgenden dargelegt und begründet wird.

Wie auch die anderen betroffenen Wirtschaftsbereiche fordert die Handwerksorganisation den Gesetzgeber in Bundestag und Bundesrat auf, diese Neuregelung nicht zu beschließen.

Folgende Gründe sprechen gegen die vorgesehene Neuregelung:

- Eine umfassende Ausschreibungsfreiheit kommunaler Aufträge hätte zur Folge, dass die kommunale Aufgabenerfüllung keinem wirksamen Effizienztest unterzogen und damit tendenziell teurer und unwirtschaftlicher würde. Dies stünde in diametralem Widerspruch zu dem mit der Vergaberechtsreform verfolgten Ziel, eine möglichst wirtschaftliche und effiziente Beschaffung der öffentlichen Hände zu gewährleisten. Leittragende wären nicht zuletzt die Bürger als Leistungsempfänger und als Steuer- sowie Beitrags- und Gebührenzahler.

- Eine umfassende Ausschreibungsfreiheit ginge zu Lasten privater Unternehmen insbesondere des Mittelstands, für die kommunale Aufträge von großer wirtschaftlicher Bedeutung sind. Damit stünde die Neuregelung nicht nur im Widerspruch zu dem Ziel, mit der Vergaberechtsreform den Mittelstand zu stärken. Sie würde darüber hinaus in vielen, vor allem ländlichen Regionen das weitgehende „Aus“ für die öffentliche Auftragsvergabe auf kommunaler Ebene bedeuten. Dies wäre das Ende des typischerweise gerade kleineren Städten und Gemeinden zur Verfügung stehenden oftmals einzigen, aber zentralen Instruments der Mittelstandsförderung.
- Die vorgesehene neue Vorschrift würde zentrale Leitkriterien unberücksichtigt lassen, die von der europäischen und deutschen Rechtsprechung zum Themenbereich vergaberechtsfreier Inhouse-Vergaben entwickelt wurden. Dies könnte leicht zu EU-Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland führen. Das mit der Neuregelung intendierte Ziel, die Rechtssicherheit zu erhöhen, würde sich in sein Gegenteil verkehren.

Eine ergebnisorientierte und tragfähige Neuregelung der interkommunalen Zusammenarbeit im deutschen Vergaberecht müsste stattdessen folgende Voraussetzungen erfüllen:

- Die Kriterien der EuGH-Rechtsprechung zur Inhouse-Vergabe müssen umfassend berücksichtigt werden. Das betrifft insbesondere das Kontroll- und das Wesentlichkeitskriterium.
- Beschaffungsvorgänge müssen ausschreibungspflichtig bleiben, nicht nur dann, wenn die Kommunen die einzukaufenden Leistungen selbst in Anspruch nehmen, sondern auch dann, wenn sie Dritte beauftragen, eine Leistung gegenüber Bürgern und Unternehmen vor Ort bereitzustellen, für die sie selbst weiterhin in der Verantwortung steht und wenn für diese Leistung ein Markt vorhanden ist oder entstehen kann.

Im Ergebnis würde die Leistungserbringung der Kommunen so weit wie möglich einem wettbewerblich orientierten Effizienztest unterworfen und es käme nicht zu weiteren Marktabschottungen.

Auch in einem solchen Rahmen hätten die Kommunen – entgegen vielfach von ihnen vorgetragene Befürchtungen – weiterhin große Spielräume zur Ausgestaltung ihrer Aufgabendurchführung im Rahmen interkommunaler Kooperation. Ein – gleichfalls seitens der Kommunen wiederholt behaupteter – Zwang zur (materiellen) Privatisierung bisher kommunaler Leistungserbringung würde hieraus nicht folgen. Die notwendige Rechtssicherheit wäre ebenfalls gewährleistet.

Der Umfang, innerhalb dessen Kommunen – teilweise in deutlicher Konkurrenz zu privatwirtschaftlicher Initiative – wirtschaftlich tätig sind, wird nicht vom Vergaberecht, sondern durch die einschlägige Kommunalgesetzgebung der Bundesländer vorgegeben. Gerade auch seitens des Handwerks kritisierte Fehlentwicklungen müssen vorrangig dort korrigiert werden.

Das Vergaberecht kann und muss dies flankieren. Keinesfalls jedoch darf eine Vergaberechtsreform diese notwendigen Korrekturen konterkarieren, was mit dem vorliegenden Gesetzentwurf der Fall wäre.

Gegenstand der Neuregelung

§ 99 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) soll um folgenden neuen Satz ergänzt werden.

"Ein öffentlicher Auftrag liegt nicht vor, wenn öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen durch eine oder mehrere juristische Personen erbringen lassen, die selbst öffentliche Auftraggeber sind und an denen privates Kapital nicht beteiligt ist, sofern diese juristischen Personen die zu erbringende Leistung überhaupt nicht auf dem Markt anbieten oder im wesentlichen für öffentliche Auftraggeber tätig sind."

Da es sich um eine Neuregelung im Rahmen des GWB handelt, sind hiervon ausschließlich Aufträge/Vergaben oberhalb der für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge jeweils relevanten Schwellenwerte betroffen. Unterhalb der Schwellenwerte gilt nicht das Wettbewerbs-, sondern ausschließlich Haushaltsrecht, sofern nicht das Landesrecht anderes vorschreibt.

Beide Rechtsbereiche definieren den öffentlichen Auftraggeber jeweils anders: Im Wettbewerbsrecht – Oberschwellenbereich – gilt ein funktionaler Auftraggeberbegriff, demzufolge das Vergaberecht auch dann anzuwenden ist, wenn sich die öffentliche Hand privatrechtlicher Gestaltungsformen (z.B. Tochterunternehmen) bedient. Im Haushaltsrecht – Unterschwellenbereich – gilt demgegenüber ein formaler Auftraggeberbegriff. Dies hat zur Konsequenz, dass nur öffentlich-rechtliche Körperschaften, nicht jedoch deren privatrechtlich organisierten Tochterunternehmen den vergaberechtlichen Vorschriften unterliegen, es sei denn, letztere werden durch ein Landes-Vergabegesetz (z.B. Niedersachsen) oder ein LandesMittelstandsförderungsgesetz (z.B. Baden-Württemberg) davon ausdrücklich erfasst.

Die folgenden Ausführungen betreffen – insbesondere im Hinblick auf die Durchführung interkommunaler Zusammenarbeit mit Hilfe privatrechtlicher kommunaler Tochterunternehmen - ausschließlich Vorgänge, bei denen auf Grund der jeweils relevanten Schwellenwerte das europäische Vergaberecht anzuwenden ist.

Mit der vorgesehenen Neuregelung soll laut Gesetzesbegründung "klargestellt werden, was [...] keine 'öffentlichen Aufträge' sind".

Hingewiesen wird darauf, dass ein öffentlicher Auftraggeber nicht zwingend einen Dritten mit einer Lieferung oder Leistung gegen Entgelt beauftragen muss, son-

dem die Leistung ggf. auch selbst – vergaberechtsfrei – erstellen kann. Gleiches müsse dann aber auch – als Ausfluss hoheitlicher Staatsorganisation – unter bestimmten Bedingungen gelten, wenn der betreffende öffentliche Auftraggeber die Aufgabe von einem anderen öffentlichen Auftraggeber erbringen lasse.

Die EG-Vergaberichtlinie enthält keine diesbezüglichen Regelungen. Allerdings hat die Rechtsprechung des EuGH festgestellt, dass es sich bei manchen solchen Aufträgen bei Vorliegen spezifischer Bedingungen nicht um "öffentliche Aufträge" handelt: Dem insoweit bahnbrechenden Teckal-Urteil zufolge sind solche Vergaben ausschreibungsfrei (nur) dann möglich, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer "wie eine eigene Dienststelle kontrollieren kann".

In der Gesetzesbegründung und an anderer Stelle führt die Bundesregierung aus, dass dieses Kontrollkriterium bei horizontalen Kooperationen zwischen gleichrangigen öffentlichen Institutionen nicht zielführend sei, da sich die jeweiligen Kooperationspartner nicht wechselseitig "wie eine eigene Dienststelle kontrollieren". Daher müsse dieses Kriterium im Rahmen der nationalen Gesetzgebung unberücksichtigt bleiben. Andernfalls würde die auch grundgesetzlich garantierte kommunale Selbstverwaltungsautonomie unterminiert.

Aus den bisher seitens der europäischen Rechtsprechung entwickelten Kriterien sollen somit lediglich das sogenannte Wesentlichkeitskriterium, wenn auch in einer deutlich abgeschwächten Form, sowie das Eigentumskriterium übernommen werden.

Sind die betreffenden Vorgänge nicht als öffentliche Aufträge zu werten, dann besteht auch keine Ausschreibungspflicht. Konkret soll dies lt. Gesetzgebungsvorhaben dann der Fall sein, wenn:

- an dem den Auftrag annehmenden öffentlichen Auftraggeber keinerlei private Kapitalbeteiligung besteht (was z.B. bei einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen der Fall wäre), und wenn
- der den Auftrag annehmende öffentliche Auftraggeber entweder überhaupt nicht am Markt tätig ist oder im Wesentlichen nur für öffentliche Auftraggeber (laut Gesetzeswortlaut für öffentliche Auftraggeber allgemein und nicht, wie in der europäischen Rechtsprechung entwickelt nur für den konkreten Auftraggeber!) tätig ist.

Sofern ein in öffentlichem Eigentum stehendes Unternehmen mehrere öffentlich-rechtliche Gesellschafter hat, müssen diese laut europäischer Rechtsprechung in

ihrer Gesamtheit in der Lage sein, die geforderte Kontrolle umfassend ausüben zu können.

Dieser Punkt soll jedoch im vorliegenden Gesetzentwurf unerheblich bleiben, da das Kontrollkriterium per se überhaupt nicht aufgenommen wird. Hieraus folgt wiederum, dass entgegen der bisherigen europäischen Rechtsprechung der öffentliche Auftraggeber nicht zum Kreis der Eigentümer des Auftragnehmers zu gehören braucht.

Die auch im vorliegenden Gesetzentwurf geforderte Wesentlichkeit muss laut Gesetzesbegründung jeweils für den Einzelfall geprüft werden. In der bisherigen europäischen Rechtsprechung wird z.B. ein Fremdumsatz von 7,5 Prozent am Gesamtumsatz als zu hoch bewertet, womit dann das Wesentlichkeitskriterium nicht erfüllt wäre.

Laut europäischer Rechtsprechung muss der Auftragnehmer im Wesentlichen für seine konkreten Auftraggeber (und gleichzeitig Eigentümer) tätig sein. Laut deutschem Gesetzentwurf soll es ausreichen, wenn der Auftragnehmer im Wesentlichen überhaupt für öffentliche Auftraggeber tätig ist, also nicht nur für die, von denen er im konkreten Einzelfall gerade einen Auftrag erhält.

Potenzielle Konsequenzen der Neuregelung

Die Neuregelung würde einen Großteil aller Kooperationen zwischen öffentlichen Institutionen, (Gebietskörperschaften wie z.B. Kommunen und/bzw. deren Tochterunternehmen) einschließlich reiner Beschaffungsvorgänge zwischen diesen Institutionen aus dem Geltungsbereich des Vergaberechts herausnehmen:

- Eine Kommune könnte künftig die Erfüllung einer Aufgabe, für die sie gegenüber Bürgern und Unternehmen vor Ort in der Verantwortung steht (z.B. Restmüllentsorgung und Abwasserbeseitigung), ohne Ausschreibung einer anderen Kommune bzw. einem dortigen Kommunalunternehmen übertragen. [Solche mandatierenden Aufgabenübertragungen, bei denen die Pflicht weiterhin bei der beauftragenden Kommune bleibt, wurden bisher, sofern sie im Rahmen einer Verwaltungsvereinbarung ergehen, in hierzu ergangenen deutschen OLG-Entscheidungen als vergaberechtsrelevant und damit als ausschreibungspflichtig gewertet.]
- Definitiv ausschreibungsfrei wären künftig auch Bauaufträge, die eine in kommunalem Eigentum stehende Baugesellschaft für andere Kommunen ausführt.

- Gleiches würde gelten z.B. für Gebäudereinigungsunternehmen in kommunalem Eigentum, die von anderen Kommunen Reinigungsaufträge annähmen.
- Ein in öffentlichem Eigentum stehendes Software-Haus, das bisher ausschließlich oder wesentlich für Kommunen Verwaltungssoftware erstellt bzw. fortentwickelt, könnte seine Softwarelösungen künftig allen Kommunen ausschreibungsfrei verkaufen. (Ein entsprechender Fall wird derzeit gerade in Brüssel im Hinblick auf ein Vertragsverletzungsverfahren geprüft!)
- Auch könnten die Kommunen ihren Energiebedarf (z.B. und insbesondere Strom!) künftig ausschreibungsfrei seitens der Stadtwerke anderer Kommunen decken lassen.

Manche solche krassen Fehlentwicklungen sind bereits heute zu beobachten und zu beklagen, stehen jedoch zumindest bisher im Widerspruch zum geltenden Recht. Sie würden mit der vorgesehenen Neuregelung umfassend legalisiert!

Zudem würde jegliche regionale Begrenzung für solche ausschreibungsfreien ökonomischen Kooperationen wegfallen: Ein Kommunalunternehmen aus München könnte genauso ausschreibungsfrei gegenüber einer Kommune in Nord-Friesland tätig werden wie ein Kommunalunternehmen aus Bonn in Dresden!

Bei einer so umfassenden "rechtspolitischen Flutung" überrascht zunächst die Forderung des Bundesrates in seinem Beschluss vom 4. Juli 2008 zum Vergaberichtsreform-Gesetzesentwurf der Bundesregierung: In diesem Beschluss wird seitens der Bundesländer eingefordert, endlich klare, eindeutige und vor allem auch umfassende Regelungen für die Vergaberechtsfreiheit interkommunaler Zusammenarbeit zu schaffen.

Dass die Landesregierungen die Tragweite der vorgeschlagenen Neuregelung nicht erkannt haben, ist sehr unwahrscheinlich. Nicht ganz von der Hand zu weisen ist daher der Eindruck, dass mit diesen vehementen Zusatzforderungen so viel zusätzlicher Staub aufgewirbelt werden sollte, dass seitens der Öffentlichkeit die tatsächliche Tragweite der vorgesehenen Neuregelung nicht zureichend erkannt werden kann...

Kommunale Selbstverwaltung und Marktwettbewerb

Die zentrale Begründung für die vorgesehene Nichtberücksichtigung des Kontrollkriteriums ist, dass dieses die autonome hoheitliche Selbstorganisation öffentlicher Körperschaften (kommunale Organisationshoheit) unterminieren würde:

Die Kommunen könnten zwar in Selbstverwaltung frei entscheiden, eine Leistung selbst zu erstellen, statt sie am Markt einzukaufen. Ebenso müssten sie aber in Selbstverwaltung auch frei darüber entscheiden können, statt Eigenerstellung auf kooperative, ausschreibungsfreie Mitwirkung anderer Kommunen zu setzen. Dies wäre ihnen bei Berücksichtigung des Kontrollkriteriums jedoch nicht mehr möglich, da sie über den Kooperationspartner keine Kontrolle "wie über eine eigene Dienststelle" ausüben.

In autonomer Selbstverwaltung könnten sie mithin den Marktwettbewerb ausschließen, in Kooperation mit anderen Kommunen müssten sie die Leistungserbringung jedoch ggf. qua Ausschreibung dem Markttest unterwerfen und wären mithin in ihrer Organisationsautonomie beeinträchtigt.

Würde die interkommunale Zusammenarbeit dem Vergaberecht unterworfen, entstünde ein umfassender Zwang zur Privatisierung bisher kommunal durchgeführter Aufgaben, nämlich überall dort, wo eine Eigenleistung nicht möglich ist und der Rückgriff auf Kooperationsformen mit anderen Kommunen zur Ausschreibungspflicht führen würde.

Diese Argumentation ist teils falsch, teils überzeichnet und deutet im Hinblick auf ihre Überzeichnung auf eine – unbegründete – Angst der Kommunen bzw. der in ihrem Eigentum befindlichen kommunalen Unternehmen vor marktwirtschaftlichen Effizienzwettbewerb!

Möglicherweise ist das kommunale Bestreben, die interkommunale Kooperation im Oberschwellenbereich weitestgehend dem Geltungsbereich des Vergaberechts zu entziehen, auch dadurch zu erklären, dass die Kommunen im Unterschwellenbereich – auf Grund des dort lt. Haushaltsrecht geltenden institutionellen Auftraggeberbegriffs – diese Freiheit ohnehin in großem Umfang genießen: Im Unterschwellenbereich genügt es in den meisten Bundesländern faktisch, privatrechtlich organisierte Tochter- bzw. Gemeinschaftsunternehmen zu gründen, die, da sie nicht als öffentliche Auftraggeber gelten, "jenseits" des Vergaberechts auch untereinander und dabei die kommunalen Grenzen überschreitend Aufträge erteilen können.

Diese eklatante Diskrepanz zwischen Wettbewerbs- und Haushaltsrecht war für die Handwerksorganisation bereits wiederholt Anlass dafür, eine Angleichung der Definition des öffentlichen Auftraggebers im Unter- und Oberschwellenbereich – im Sinne einer funktionalen Definition – anzumahnen. Zumindest in einzelnen Bundesländern wurde diese Forderung mit den dortigen Landesvergabe- bzw. Mittelstandsförderungsgesetzen bereits aufgegriffen und umgesetzt!

Hoheitliche und marktbezogene kommunale Tätigkeiten

Eine sachbezogene, vorurteilsfreie Diskussion über die Frage nach den wettbewerbsrechtlichen Gestaltungsräumen und Grenzen interkommunaler Kooperation wird dadurch erschwert, dass häufig sämtliche Aktivitäten, die die Kommunen ausüben, ihrem originären hoheitlichen Tätigkeitsbereich zugerechnet werden, der deswegen in jedem Fall wettbewerbs- und damit vergaberechtlichen Regelungen entzogen bleiben muss.

Für tatsächlich hoheitliche Aufgaben wie z.B. das Personenstandswesen, die Gewerbeaufsicht oder die Bauplanung kann wohlbegründet davon ausgegangen werden, dass diese nicht in den wettbewerbs- und damit vergaberechtlichen Bereich fallen und künftig auch nicht fallen werden. Insoweit besteht kein Bedarf an entsprechenden Vorkehrungen gegen etwaige Gefahren seitens der vergaberechtlichen Rechtsprechung: Diese Gefahren existieren nicht.

Für den Bereich der sogenannten Daseinsvorsorge ist die Frage wesentlich differenzierter zu beantworten.

Bei der Gesamtheit dieser Daseinsvorsorge handelt es sich um die Bereitstellung von Leistungen, die zwar grundsätzlich marktgängig wären, die jedoch seitens der Kommunen auf Grund politischer Festlegungen "jenseits" des Marktes bereitgestellt werden. Begründet wird dies damit, dass diese Leistungen für die Bürger vor Ort zu ihrer Lebensgestaltung unverzichtbar sind, der Marktprozess jedoch in Quantität und/oder Qualität kein befriedigendes Ergebnis erzielen würde.

Ein Teil dieser Daseinsvorsorgeleistungen ist den Kommunen qua Gesetz als Pflichtaufgabe übertragen. Hierzu zählen z.B. die Bereitstellung und der Betrieb von Infrastrukturen zur Müllentsorgung sowie Frischwasserversorgung und Abwasserentsorgung. Zwar sind die Kommunen bezüglich des "Ob" verpflichtet, können jedoch über das "Wie" in Selbstverantwortung entscheiden.

Bei einem anderen Teil der Daseinsvorsorge, häufig zusammengefasst unter dem Begriff der "Dienstleistungen von besonderem (wirtschaftlichem) Interesse", handelt es sich um weitere Leistungen, zu denen die Kommunen zwar nicht verpflichtet sind, die sie jedoch bereitstellen können, sofern dies im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung als sinnvoll und notwendig – ebenfalls im Sinne der Gewährleistung der Daseinsvorsorge vor Ort – erachtet wird. Hier haben die Kommunen eine freie Entscheidung nicht nur über das "Wie", sondern vorgelagert auch über das "Ob". Beispiele hierfür sind Freizeit- und Sportanlagen, Theater oder Museen.

Die Pflicht zur Bereitstellung obligatorischer Leistungen setzt nicht zwingend voraus, dass diese Leistungen von den Kommunen auch unmittelbar selbst bereitgestellt werden. Hierbei können sie sich Dritter bedienen; sie sollten dies auch immer dann tun, sofern dieser Dritte die Leistung effizienter als die Kommune selbst bereitstellen kann.

Kommunale Organisationsautonomie sollte in diesem Punkte – unter Verweis auf haushaltsrechtliche Vorgaben - nicht als unbedingtes Recht darauf verstanden werden, eine kommunale Aufgabe "um jeden Preis", d.h. ggf. auch ineffizient und unwirtschaftlich, selbst erfüllen zu können. Daher sollte auch die Eigenerstellung, die auch im Rahmen einer klassischen "Inhouse-Vergabe" ohnehin und weiterhin ausschreibungsfrei ist, nach Möglichkeit einem grundsätzlichen Effizienztest unterworfen werden.

Gleiches sollte aber auch gelten, wenn sich eine Kommune bei der Bereitstellung der betreffenden Leistung der Dienste eines Dritten bedient, sei dies ein privates Unternehmen, sei es eine andere Kommune, oder wenn sie die Leistung in Kooperation mit anderen Kommunen bereitstellen möchte.

Bei allen grundsätzlich marktgängigen Leistungen – zu denen weite Bereiche der Daseinsvorsorge gehören – ist der über eine Ausschreibung realisierbare Marktwettbewerb der objektivste und umfassendste Effizienztest. Unterbleibt er, können die betreffenden kommunalen Leistungserbringer gar nicht erst aufzeigen, wie effizient und wirtschaftlich sie in Wirklichkeit arbeiten können!

Das Vergaberecht selbst kann die Grenzen zwischen dem, was im Hinblick auf kommunale Dienstleistungen dem Markt verschlossen bleiben, und dem, was dem Marktwettbewerb wo immer möglich geöffnet werden soll, nicht definieren.

Dies ist die originäre Aufgabe der Landesgesetzgeber, die hierüber mit ihren kommunalrechtlichen Vorgaben zu befinden haben.

Die Handwerksorganisation setzt sich diesbezüglich dafür ein, dass privatwirtschaftlicher Initiative möglichst breiter Raum gegeben wird, und dass die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen sachgerecht eingeschränkt bzw. dem Marktwettbewerb geöffnet wird: Überall dort, wo privatwirtschaftliche Initiative mindestens ebenso effizient wie kommunale Tätigkeit ist, sollte der privatwirtschaftlichen Initiative der Vorrang gehören!

Interkommunale Kooperation weiterhin möglich

Kommunale Aufgaben können sowohl in öffentlich-rechtlicher als auch in privatrechtlicher Form auf andere öffentliche Institutionen bzw. deren Einrichtungen übertragen werden.

Wesentliche öffentlich-rechtliche Formen sind der Zweckverband sowie die Verwaltungsvereinbarung:

Bei privatrechtlicher Form bedienen sich die Kommunen für die Umsetzung von Kooperationsmodellen eigenständiger, privatrechtlich organisierter und firmierender Tochter- bzw. Gemeinschaftsunternehmen.

Öffentlich-rechtliche Kooperationsformen

Bei einer Zweckverbandslösung wird nicht nur die Aufgabenerfüllung, sondern auch die der Aufgabenerfüllung zugrundeliegende Pflicht von der Kommune auf den Zweckverband übertragen (delegierende Übertragung).

Bisher liegt weder auf europäischer noch auf deutscher Ebene ein konkretes Urteil vor, das die Vergaberechtsfreiheit einer solchen Regelung explizit in Abrede stellen würde.

Zwar geht die EU-Kommission von der Vergaberechtsrelevanz aus, aber ein konkreter Fall (Gemeinde Hinte) ist vom EuGH nicht entschieden worden, da das diesbezüglich angestrebte Vertragsverletzungsverfahren vorab eingestellt wurde, weil die zugrundeliegenden Vereinbarungen vor Ort geändert wurden.

Aus dem Umstand, dass der EuGH in einem Rechtsstreit gegen Spanien befunden hat, dass die unbedingte per-se-Freistellung von innerstaatlichen Kooperationen vom Vergaberecht nicht rechtes ist, kann im Umkehrschluss nicht abgeleitet werden, dass nun alle solche Kooperationsformen dem Vergaberecht unterfallen. Dies muss in jedem Einzelfall neu bewertet werden.

OLG-Entscheidungen auf deutscher Ebene lassen die Frage der vergaberechtsfreien Aufgabenübertragung an einen kommunalen Zweckverband entweder offen oder aber bestätigen die Vergaberechtsfreiheit.

Gleichwohl ist natürlich nicht ausgeschlossen, dass die Rechtsprechung auf deutscher und europäischer Ebene künftig zu anderen Ergebnissen kommen könnte und dass insoweit in der Tat eine gewisse Rechtsunsicherheit zu beklagen ist.

Dies jedoch wiederum muss nicht zwangsläufig heißen, dass deswegen eine so umfassende Freistellungsregel eingeführt werden müsste, wie dies von der Bundesregierung beabsichtigt wird.

Bereits die – vollständige (!) – Übernahme der höchstrichterlichen Beurteilungskriterien in das GWB würde zu einer Klarstellung ausreichen, dass solche Zweckverbandslösungen auch künftig ausschreibungsfrei realisiert werden können:

Es kann unterstellt werden, dass die Gesamtheit aller an einem Zweckverband kooperierenden Kommunen diesen Zweckverband so zu kontrollieren in der Lage sind, dass das Kontrollkriterium entsprechend Teckal-Urteil erfüllt werden kann. Auch das Wesentlichkeitskriterium in seiner originären Fassung dürfte durchgängig erfüllt sein, zumindest dann, wenn der Zweckverband seine Leistungserbringung auf das Gebiet der in ihm kooperierenden Kommunen beschränkt (was ebenfalls für die Beurteilung des Kontrollkriteriums von Belang wäre).

Im Rahmen einer wünschenswerten gesetzlichen Klarstellung sollte weitere Voraussetzung sein: Der Zweckverband muss – wie sein Name schon nahelegt – seine angebotenen Leistungen auf seinen satzungsmäßig festgelegten Zweck begrenzen. So darf es beispielsweise nicht sein, dass ein ursprünglich kleiner Zweckverband, der nach seinem in der Satzung verankerten Zweck seine Beteiligungskörperschaften bei der Instandsetzung land- und forstwirtschaftlich genutzter Wege durch Maschinenüberlassung zu unterstützen hat, durch eine ständig anwachsende Zahl von Trägergemeinden mit der Zeit technisch und personell so

ausgestattet wird, dass er ohne weiteres allgemeinen Straßenbau sowie ganze Wohn- und Gewerbegebietserschließungen anbieten und durchführen kann. Ein solches negatives Beispiel ist der im Regierungsbezirk Südwürttemberg im Bundesland Baden-Württemberg in dieser Weise aktive Zweckverband „Wegebau- und Verkehrsverbände Albrand“, dem mittlerweile über 40 Gemeinden aus mehreren Landkreisen angehören.

Liegen die Voraussetzungen eines auf den Satzungszweck beschränkten Leistungsangebots bei einem solchen Verband nicht mehr vor, darf nur die dem Satzungszweck entsprechende originäre Tätigkeit ausschreibungsfrei durchgeführt werden.

Bei kommunalen Verwaltungsvereinbarungen sieht es im Hinblick auf die Maßgeblichkeit des Vergaberechts derzeit anders aus: Bei solchen Verwaltungsvereinbarungen bedient sich eine Kommune zwar für die Erfüllung der ihr obliegenden Aufgaben der Kapazitäten und Kompetenzen einer anderen bzw. anderer Kommunen, die Leistungspflicht selbst verbleibt jedoch bei der übertragenden Gemeinde (sogenannte mandatierende Beauftragung).

Hier gehen einzelne OLG-Entscheidungen unter Berufung auf die EuGH-Rechtsprechung davon aus, dass eine solche mandatierende Beauftragung, sofern es sich nicht um den klassischen Kernbestand marktfremder hoheitlicher Tätigkeit handelt, mit einer vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht verbunden ist; dies nicht zuletzt deswegen, weil die die Leistungserfüllung übertragende Kommune die die Leistungserfüllung übernehmende Kommune nicht wie eine eigene Dienststelle kontrolliert.

Auch wenn es sich um öffentlich-rechtliche Vereinbarungen handelt, haben solche Fälle sowohl im Hinblick auf ihre hoheitsrechtlichen als auch ihre wirtschaftlichen Dimensionen große Ähnlichkeiten mit der Beauftragung Dritter im Rahmen eines privatrechtlichen Beauftragungsmodells:

Der Kommune verbleibt – im Rahmen ihres hoheitlichen Organisations- und Verantwortungsbereichs – die Leistungspflicht selbst. Sie kann sich im Rahmen ihrer Organisationsautonomie dafür entscheiden, einen Dritten im Rahmen einer solchen delegierenden Übertragung mit der Leistungserfüllung zu beauftragen. Warum die Beauftragung in privatrechtlichem Kontext auf ein Privatunternehmen anders zu behandeln ist als die delegierende Übertragung in öffentlich-rechtlichem

Kontext auf eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft, konnte bisher nicht zureichend begründet werden.

Würde die von der Bundesregierung vorgeschlagene Neuregelung Gesetz, wären mandatorische Übertragungen auf öffentlich-rechtliche Körperschaften vergaberechtsfrei, während – wie schon bisher – die Beauftragung privater Dritter ausgeschrieben werden müsste.

Privatrechtliche Organisationsformen

Bei privatrechtlicher Ausgestaltung der interkommunalen Kooperation schließt eine Kommune mit einer privaten Rechtsperson, die im Eigentum einer anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaft bzw. einer Gruppe solcher Körperschaften steht, einen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsvertrag gegen Entgelt zur Erstellung einer bestimmten Leistung.

Im gegebenen – höchstrichterlich gestalteten Rechtsrahmen sind kommunal-interne Aufträge einer Kommune an ihr privatrechtlich firmierendes Tochterunternehmen dann vergaberechtsfrei, wenn eine umfassende Kontrolle gewährleistet ist und wenn das betreffende Versorgungsunternehmen nur bzw. im Wesentlichen für diese Kommune tätig ist.

Sofern das Tochterunternehmen darüber hinaus allgemein am Markt tätig ist, ist zwar eine Ausschreibung zwingend, da dann zumindest das Wesentlichkeitskriterium nicht erfüllt ist. Die bekannten umsatzsteuerrechtlichen Privilegien im Rahmen der umsatzsteuerlichen Organschaft verschaffen den kommunalen Tochterunternehmen jedoch einen unlauteren – vom Handwerk wiederholt kritisierten – Wettbewerbsvorteil zu Lasten privater Konkurrenten, da sie ihrem kommunalen Eigentümer ihre Leistungen umsatzsteuerfrei anbieten können.

Aufträge einer Kommune an ein kommunales Unternehmen im Eigentum einer anderen Stadt sind demgegenüber zumindest nach geltendem Recht grundsätzlich ausschreibungspflichtig, da das Kontrollkriterium hier schwerlich greift. Dies ist im Hinblick auf die Wettbewerbsgleichheit mit anderen, tatsächlich privaten Unternehmen auch sachgerecht.

Anders sieht es nur aus, wenn das beauftragte kommunale Unternehmen in Privatrechtsform in öffentlichem Eigentum auch der beauftragenden Kommune selbst steht: Dann gehört die betreffende Kommune zum Kreis derjenigen, die laut

europäischer Rechtsprechung in ihrer Gesamtheit die Kontrolle des privatrechtlich organisierten Unternehmens zu gewährleisten haben. Das Kontrollkriterium könnte daher – bei Prüfung im Einzelfall – grundsätzlich erfüllt sein. Konsequenz wäre die Möglichkeit einer ausschreibungsfreien Beauftragung.

Die Konsequenzen der vorgesehenen gesetzlichen Neuregelungen wären gerade bei solchen privatrechtlich organisierten Kooperationsformen beträchtlich: Das Kontrollkriterium soll ja gänzlich entfallen. Notwendig wäre auch nicht mehr, dass das beauftragte Unternehmen im Wesentlichen nur für die Eigentümer-Kommune bzw. den Kreis aller Eigentümer-Kommunen tätig wäre. Ausreichend wäre, wenn das beauftragte Unternehmen im Wesentlichen für – irgendwelche – öffentliche Auftraggeber tätig wäre.

Die grundsätzliche Ausschreibungspflicht solcher privatrechtlichen Kooperationsmodelle ist schwerlich als unzulässiger Eingriff in die hoheitliche Organisationsautonomie der Kommunen zu werten. Die Kommunen bedienen sich hier ja ganz bewusst – aus welchen Gründen auch immer, in jedem Fall im Ergebnis ihrer selbstverantworteten Organisationsautonomie – unternehmensrechtlicher Formen, die für den Marktverkehr geschaffen wurden.

Es mag natürlich für sie störend sein, dass sie bei Kooperationen, die die EU-Schwellenwerte nicht erreichen, mit solchen privatrechtlichen Gestaltungsvarianten das Vergaberecht unberücksichtigt lassen können, ihnen dies jedoch bei Oberschwellen-Kooperationen verwehrt ist.

Aber dies ist nach Einschätzung des Handwerks keine hinreichende Begründung dafür, nun *alle* privatrechtlichen Kooperationsformen aus der Ausschreibungspflicht zu nehmen. Stattdessen sollte vielmehr auch im Unterschwellenbereich von der formalen zur funktionalen Auftraggeber-Definition gewechselt werden.

Eine grundsätzliche Ausschreibungspflicht bei privatrechtlichen Kooperationsmodellen wäre nicht gleichzusetzen mit einem gelegentlich behaupteten Zwang, die in Rede stehenden jeweiligen kommunalen Leistungen nun nicht nur formal (durch Gründung einer privatrechtlichen Tochter), sondern auch materiell zu privatisieren, d.h. die Leistungserbringung alleine der Privatwirtschaft zu überantworten:

Ein ökonomischer "Zwang" wäre lediglich dort gegeben, wo sich im Rahmen von Ausschreibungen herausstellen würde, dass kommunale Unternehmen nicht so

effizient arbeiten können wie private Unternehmen. Keinesfalls soll und kann behauptet werden, dass dies ein mit an Sicherheit zu erwartendes Ergebnis wäre! Wo allerdings Effizienzrückstände bestehen, ist es nur recht und billig, dass Private, so sie es besser können, dann auch zum Zuge kommen. Im Übrigen haben auch kommunale Privatrechts-Unternehmen die Möglichkeit, durch innerbetriebliche Umorganisation ihre Effizienz und damit Wettbewerbsfähigkeit zu steigern.

Sofern es um die Erbringung von Leistungen geht, die zum Pflichtkanon der Kommunen gehören, würde ohnehin nur die Leistungserbringung übertragen, so dass auch von daher keine Rede von einem "Zwang zur umfassenden Privatisierung kommunaler Aufgaben" sein kann.

Klassische Beschaffungsvorgänge

Die vorgesehene Neuregelung würde, wie eingangs bereits erwähnt und beispielhaft dargelegt, nicht nur die Übertragung kommunaler Aufgaben auf Dritte betreffen, sondern auch für reine Beschaffungsvorgänge gelten, also auf die Beschaffung von Gütern und Leistungen, die die Kommune nicht für Dritte bereitstellt bzw. bereitstellen lässt, sondern um Güter und Leistungen, die sie selbst für die Durchführung ihrer Arbeit als Input benötigt und dabei verbraucht.

Beispiele sind der Kauf von Energie und das Energie-Contracting in kommunalen Gebäuden wie auch das Facility-Management einschließlich der Reinigung für kommunale Gebäude. Viele dieser Beschaffungsvorgänge sind für Handwerksbetriebe von großer wirtschaftlicher Bedeutung.

Den Kommunen würde es nun jedoch letztlich frei stehen, solche Beschaffungen im klassischen Sinne vergaberechtlich mit Ausschreibung durchzuführen, oder die betreffenden Vorgänge dem Bereich der interkommunalen Kooperation zuzuordnen und andere Kommunen bzw. deren einschlägigen Tochterunternehmen ausschreibungsfrei mit den entsprechenden Aufträgen zu betrauen.

Damit würden die Kommunen auch bei Beschaffungsvorgängen eine autonome Entscheidungsautonomie erhalten, die derjenigen gleicht, die sie ohnehin schon im Bereich ihrer wirtschaftlichen Tätigkeiten im Allgemeinen haben: Dort können sie selbst darüber entscheiden, welche ihrer Aktivitäten sie als von so "herausragendem, gemeinwohlbezogenem Interesse" ansehen, dass sie privatwirtschaftliche Konkurrenz ausschließen, zumindest an den Rand drängen können. Die in

den Kommunalordnungen enthaltenen – teils weicher, teils härter gefassten – Schutzvorschriften für privatwirtschaftliche Initiativen gelten i.d.R. eben nur für den Bereich jenseits der Bereiche dieses "herausragenden, gemeinwohlbezogenen Interesses".

Dieses vom Handwerk kritisierte Grundprinzip kommunaler Selbstverwirklichung auf wirtschaftlichem Felde würde nun auch auf reine Beschaffungsvorgänge übertragen. Dies würde entschieden zu weit gehen! Beschaffungsvorgänge öffentlicher Institutionen müssen auch weiterhin nach vergaberechtlichen Vorschriften abgewickelt werden!

Europarechtliche Beurteilung

Die Beurteilungskriterien, die der EuGH im Hinblick auf die Zulässigkeit vertikaler, vergaberechtsfreier Inhouse-Vergaben entwickelt hat, wendet er auch auf horizontale "Inter-State-Vergaben", d.h. Kooperationen zwischen jeweils eigenständigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften/Institutionen an. Entsprechendes gilt auch für die deutsche OLG-Rechtsprechung.

Der vorliegende Gesetzentwurf lässt das Kontrollkriterium gänzlich unberücksichtigt. Das Wesentlichkeitskriterium ist in einem entscheidenden Punkt aufgeweicht. Einzig das Eigentumskriterium findet umfassenden Eingang in die vorgesehene Neuregelung.

Eine solche Regelung würde unweigerlich die Gefahr von Vertragsverletzungsverfahren heraufbeschwören. Sie wäre damit keinesfalls dazu geeignet, die angestrebte größere Rechtssicherheit zu gewährleisten. Das Gegenteil stünde zu befürchten.

Wirtschaftspolitische Beurteilung

Augenscheinlich geht es bei der vorgesehenen Neuregelung nicht "nur" darum, die kommunale Selbstverwaltung bei der Erfüllung kommunaler Aufgaben zu sichern, sondern sie im Hinblick auf markt- und wirtschaftsbezogene Aspekte und unter dem Etikett der hoheitlichen Organisationsautonomie massiv auszuweiten.

Bisherige Beschaffungsvorgänge der Kommunen, die z.B. im Bau-, Straßenbau- oder auch Reinigungsgewerbe gerade auch für das Handwerk vor Ort von großer wirtschaftlicher Bedeutung sind, könnten künftig von den Kommunen und deren Unternehmen untereinander erledigt werden.

In den Bereichen der Entsorgungsinfrastruktur (Abfall, Abwasser) könnte eine ohnehin zu verzeichnende Tendenz zur Rekommunalisierung der entsprechenden Dienstleistungen durch die Neuregelung deutlich verstärkt werden.

Der beabsichtigte massive Schutzzaun zugunsten kommunaler Tochterunternehmen mit wirtschaftsrelevantem Leistungsprofil deutet darauf hin, dass die Befürchtung besteht, diese kommunalen Unternehmen könnten dem Effizienztest des Marktwettbewerbs nicht gewachsen sein. Solche Ängste können jedoch auch in gesamtwirtschaftlichem Kontext keine Begründung für ebensolche Schutzzäune (mehr) sein. Dies würde sowohl grundlegenden ordnungspolitischen Leitlinien als auch haushaltsrechtlichen Grundsätzen widersprechen:

Die Konsequenzen wären zum einen – im Widerspruch zur Gemeinwohlorientierung als der landläufigen Begründung für kommunales Wirtschaften – weiter wachsende Gefahr ineffizienter kommunaler Leistungserbringung. Leittragende wären die Bürger und Unternehmen vor Ort sowohl als Nutzer der kommunalen Leistungen als auch als Finanzier der kommunalen Haushalte mit Steuern, Gebühren, Beiträgen und Abgaben.

Zum anderen liefe dies auf massive Verdrängungseffekte zu Lasten privater Unternehmen hinaus, in deren Ergebnis vor allem und zu allererst mittelständische Unternehmen in ihrer Existenzgrundlage gefährdet wären.

Sicherlich kann es sinnvoll sein, vorhandene kommunale Leistungsstrukturen und Kapazitäten im Rahmen interkommunaler Zusammenarbeit optimiert zu nutzen. Aber auch dies muss unter dem Vorzeichen der Effizienz erfolgen. Die Sicherung vorhandener Kapazitäten der Kommunen (Entsorgungsinfrastruktur, Ver- und Entsorgungsunternehmen, kommunale Baugesellschaften usw.) um jeden Preis und zu Lasten der Bürger und Unternehmen darf nicht zum dominierenden Ziel werden!

Schlussfolgerungen

So, wie die interkommunale Zusammenarbeit – in sachgerechten Formen und Strukturen – zur Sicherung und Stärkung kommunaler Leistungserfüllung im jeweils begründbaren Einzelfall als notwendig anzuerkennen ist, gilt gleiches auch für die Notwendigkeit, in diesem Bereich die Rechtssicherheit zu erhöhen.

Die umfassende (!) Übernahme der seitens der EuGH-Rechtsprechung entwickelten Leitkriterien in die einschlägigen europäischen Vergaberechtsquellen könnte hierfür ein möglicher Ansatzpunkt sein.

Solange dies nicht erfolgt, kann die deutsche Vergaberechts-Gesetzgebung hierfür ein sinnvoller Ansatzpunkt sein.

Sowohl aus wettbewerbsrechtlichen, haushaltsrechtlichen und wirtschafts- wie ordnungspolitischen Gründen ist die diesbezüglich seitens der Bundesregierung vorgelegte Neuregelung jedoch gänzlich ungeeignet: Das Ziel größerer Rechtssicherheit erreicht sie nicht, widerspricht den Erfordernissen einer effizienten und wirtschaftlichen Beschaffung der öffentlichen Auftraggeber und schwächt den Mittelstand, statt ihn zu stärken.

Eine tatsächlich zielführende Neuregelung müsste demgegenüber folgenden Eckpunkten genügen:

- Sie müsste die grundlegenden Leitlinien der europäischen Vergaberechtsprechung (insbesondere auch das Kontroll- und das unverfälschte Wesentlichkeitskriterium) bezüglich der Voraussetzungen für vergaberechtsfreie "Inter-State-Kooperationen" umfassend berücksichtigen.
- Sichergestellt werden müsste, dass überall dort, wo Gegenstand solcher Kooperationen grundsätzlich marktgängige Lieferungen und Leistungen sind, eine Verpflichtung zur Ausschreibung entsprechender Kooperationsmodelle konstituiert bleibt bzw. wird.
- Notwendig wäre im Interesse größtmöglicher Transparenz auch eine öffentlichkeitswirksame Berichtspflicht der betreffenden öffentlichen Körperschaften/Institutionen bezüglich ihrer Inhouse-Vergaben und Inter-State-Vergaben.

Die auch vom Handwerk geforderte stärkere Marktöffnung für privatwirtschaftliches Engagement im Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge muss vorrangig im Rahmen der einschlägigen kommunalrechtlichen Landesvorschriften erfolgen.

Dies wird ein sehr anspruchsvoller und langwieriger Prozess bleiben, in den sich auch das Handwerk weiterhin aktiv und konstruktiv einbringen wird.

./.