

---

## National

---

Gesetzesentwurf zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit im Bundesrat	>> Seite 2
Vierte Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung in Kraft getreten	>> Seite 2
BMVBS: Interimsregelung für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Auftragsvergaben erlassen	>> Seite 2
BMWi: Interimsregelung für die Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Liefer- und Dienstleistungen veröffentlicht	>> Seite 3
DVA: 3. Abschnitt der VOB/A für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Vergaben in der Mitgliederbefragung	>> Seite 3
Bundestagsausschüsse gegen »Rekommunalisierungs-Beschleunigungs-Gesetz«	>> Seite 4
BMVBS: Handbuch für die Vergabe und Ausführung von Lieferungen und Leistungen im Straßen- und Brückenbau aktualisiert	>> Seite 4
Verfahren vzbv gegen DVA durch Vergleich beendet	>> Seite 4
Bundeskartellamt: Tätigkeitsbericht für die Jahre 2009/2010	>> Seite 4
Energieeffizienz in der öffentlichen Beschaffung	>> Seite 5
ÖPP: Realisierung der ersten Staffel von A-Modellen bei Bundesfernstraßen	>> Seite 6
ÖPP: Wirtschaftlichkeit der zweiten Staffel von A-Modellen bei Bundesfernstraßen	>> Seite 7
Wirksame Bekämpfung ausbeuterischer Kinderarbeit im Vergaberecht?	>> Seite 8
Übersicht über den Stand der Tariftreue- und Vergabegesetze in den Ländern	>> Seite 9
Übersicht über den Stand der Mittelstandsförderungsgesetze in den Ländern	>> Seite 9
Berlin: Geänderte Frauenförderverordnung in Kraft getreten	>> Seite 10
Brandenburg: Vergabegesetz der Landesregierung beschlossen	>> Seite 10
Brandenburg: Entwurf der Grünen für ein Vergabegesetz abgelehnt	>> Seite 11
Hessen: Ausschuss empfiehlt erneut Ablehnung des Entwurfes eines Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetzes	>> Seite 11
Hessen: Ausschuss lehnt erneut Entwurf zur Änderung des Vergabegesetzes ab	>> Seite 11
Mecklenburg-Vorpommern: Vergabegesetz in Kraft getreten	>> Seite 11
Niedersachsen: Kabinett beschließt Entwurf zur Änderung des Landesvergabegesetzes	>> Seite 12
Nordrhein-Westfalen: Gesetz zur Änderung des ÖPNVG NRW in Kraft getreten	>> Seite 12
Sachsen: Vergabebericht 2010 vorgelegt	>> Seite 12
Schleswig-Holstein: Mittelstandsförderung- und Vergabegesetz in Kraft getreten	>> Seite 13

---

## Europa

---

Hearing der Kommission zum Zugang von Unternehmen aus Drittstaaten	>> Seite 14
EU-Konsultation zum Zugang von Unternehmen aus Drittstaaten beendet - erste Stellungnahmen	>> Seite 15
Stellungnahme des Ausschusses der Regionen zur Modernisierung des öffentlichen Auftragswesens	>> Seite 17
EU-Reform zu Konzessionen nun doch bald zu erwarten	>> Seite 19
EU-Konferenz zur Modernisierung des öffentlichen Auftragswesens am 30.06.2011 - wesentliche Einzelheiten	>> Seite 20
Arbeiten am Europäischen Vertragsrecht schreiten voran	>> Seite 24
Personalwechsel bei der GD Markt - Bertrand Carsin scheidet aus	>> Seite 24
Polen hat EU-Ratspräsidentschaft übernommen	>> Seite 25
International Public Procurement Award (IPA) 2012 ausgelobt	>> Seite 26

---

**Rechtsprechung** >> Seite 27

**Veranstaltungen** >> Seite 30

---

**Redaktionsschluss: 21. September 2011**

## National

### Gesetzentwurf zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit im Bundesrat

(am) Die Richtlinie 2009/81/EG für Vergaben in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit musste bis 21.08.2011 in nationales Recht umgesetzt werden. Da eine fristgemäße Umsetzung nicht erfolgte, gilt die Richtlinie in Deutschland nun unmittelbar und ist von den öffentlichen Auftraggebern zu beachten. BMWi und BMVBS haben – jeweils für Ihre Bereiche – Interimsregelungen erlassen, um die Anwendung der Richtlinie bis zur Umsetzung zu erleichtern (vgl. dazu die Beiträge auf S. 2 und 3 in diesem BDI-Vergabebrief).

Das Bundeswirtschaftsministerium hat am 04.07.2011 den »Entwurf für ein Gesetz zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit« veröffentlicht und damit den Gesetzgebungsprozess für einen Teil der Vorschriften eingeleitet (vgl. BDI-RS WÖV-ÖA 2011/083 vom 04.07.2011). Das Gesetz soll nach Angaben des BMWi als erster Schritt der Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG (Vergaberichtlinie für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit) dienen und die notwendigen Änderungen des GWB in Form einer 1:1-Umsetzung erfassen. Inhaltlich betrifft dies vor allem die Regelungen zum Anwendungsbereich des 4. Teils des GWB, zum Rechtsschutz sowie die Schaffung einer Ermächtigung für eine neu zu schaffende Verteidigungsvergabeverordnung. Das Kabinett hat den Entwurf am 03.08.2011 gebilligt. Mittlerweile ist er im Bundesrat eingegangen (vgl. BR-Drs. 464/11 vom 12.08.2011). Anvisiert ist nach Angaben des BMWi, dass der Gesetzentwurf zum 01.01.2012 in Kraft treten soll.

Parallel wurde der Entwurf einer Verteidigungsvergabeverordnung, lediglich als Rumpf-Verordnung »Verteidigung und Sicherheit« ausgestaltet, ebenfalls vom BMWi veröffentlicht. Er enthält bisher nur Angaben zum Anwendungsbereich, den Schwellenwerten sowie zur Schätzung des Auftragswertes. Das BMWi plant, den vollständigen Entwurf im Herbst in die Anhörung zu geben. Die Verordnung soll unmittelbar im Anschluss an die GWB-Änderungen in Kraft treten, da sie die Schwellenwerte für die Anwendung des 4. Teils des GWB festlegt. Nach Angaben des BMWi sieht der weitere Zeitplan vor, dass sich der Bundesrat im Februar 2012 mit der Verteidigungsverordnung befassen soll.

In einer ersten vorläufigen Stellungnahme, die sich lediglich auf die Verordnungsermächtigung in § 127 GWB bezogen hatte (vgl. BDI-RS WÖV-ÖA 2011/084 vom 08.07.2011) und in der endgültigen Stellungnahme (vgl. BDI-RS WÖV-ÖA 2011/102 vom 17.08.2011) hatte sich der BDI zum Gesetzentwurf positioniert. Vor allem die formelle Umsetzung, aber auch inhaltliche Punkte wurden darin kritisiert.

### Vierte Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung in Kraft getreten

(am) Im Anschluss an unsere Berichterstattung im BDI-Vergabebrief 7/11, S. 2, hatte der Bundesrat am 08.07.2011 beschlossen, der »Vierten Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung« nach Maßgabe zweier Änderungen zuzustimmen (vgl. BR-Drs. 345/11(B)). Das Bundeskabinett hat dem geänderten Entwurf am 03.08.2011 zugestimmt.

Die Vierte Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung vom 16.08.2011 ist bereits veröffentlicht (vgl. BGBl. I Nr. 44 vom 19.08.2011, S. 1724 f.) und zum 20.08.2011 in Kraft getreten.

### BMVBS: Interimsregelung für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Auftragsvergaben erlassen

(am) Die Richtlinie 2009/81/EG zur Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit musste bis zum 21.08.2011 in nationales Recht umgesetzt werden. Da eine fristgemäße Umsetzung nicht erfolgte, gilt die Richtlinie in Deutschland seither unmittelbar und ist von den öffentlichen Auftraggebern zu beachten.

Das Bundesbauministerium hat für den Bereich Bundeshoch-

bau für den Zeitraum bis zur vollständigen Umsetzung der Richtlinie eine Interimsregelung für Bauauftragsvergaben erlassen, die den Vergabestellen die Anwendung der Richtlinie für den Zeitraum bis zur Umsetzung erleichtern soll (vgl. Erlass vom 26.07.2011 – Az. B15-8162.2/3, s. auch BDI-RS WÖV-ÖA 2011/096 vom 10.08.2011). Den Bauverwaltungen der Länder ist die entsprechende Anwendung des Erlasses für sicherheitsrelevante Landesbaumaßnahmen empfohlen.

Mit einem weiteren Erlass (vom 23.08.2011 – Az. B15-8162.4/3) hat das BMVBS seinen ursprünglichen Erlass vom 26.07.2011 berichtigt. Der Schwellenwert für Bauaufträge, der auf S. 2 des ursprünglichen Erlasses mit 4.854.000 Euro falsch angegeben war, wurde auf die richtige Höhe von 4.845 Euro verbessert (vgl. auch BDI-RS WÖV-ÖA 2011/108 vom 29.08.2011).

Regelungen zum selben Thema hat das BMVBS auch für den Bereich der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung erlassen. Dies betrifft zum einen eine Interimsregelung für die Vergabe von si-

cherheitsrelevanten Bauaufträgen (vgl. Erlass vom 08.08.2011 – Az. WS 13/5256.7/1-8), der ebenfalls hinsichtlich des Schwellenwertes korrigiert werden musste (vgl. Erlass vom 24.08.2011 – Az. WS 13/5256.7/1-8). Zum anderen wurde die im nachfolgenden Artikel dargestellte vorläufige Regelung für Liefer- und Dienstleistungen des BMWi für die Interimszeit eingeführt (vgl. Erlass vom 18.08.2011 – Az. WS 13/5256.7/1-8).

---

## **BMW: Interimsregelung für die Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Liefer- und Dienstleistungen veröffentlicht**

---

(am) Die Richtlinie 2009/81/EG zur Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit musste bis zum 21.08.2011 in nationales Recht umgesetzt werden. Da eine fristgemäße Umsetzung nicht erfolgte, gilt die Richtlinie in Deutschland seither unmittelbar und ist von den öffentlichen Auftraggebern zu beachten.

Das BMWi hat für den Zeitraum bis zur vollständigen Umsetzung der Richtlinie eine Interimsregelung für die Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Liefer- und Dienstleistungen

erlassen, die den Vergabestellen die Anwendung der Richtlinie für den Zeitraum bis zur Umsetzung erleichtern soll (vgl. Rundschreiben des BMWi vom 26.07.2011, s.a. BDI-RS WÖV-ÖA 2011/096 vom 10.08.2011).

---

## **DVA: 3. Abschnitt der VOB/A für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Vergaben in der Mitgliederbefragung**

---

(am) Die Richtlinie 2009/81/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit musste bis zum 21.08.2011 umgesetzt werden. Da eine fristgemäße Umsetzung nicht erfolgte, gilt die Richtlinie in Deutschland nun unmittelbar und ist von den öffentlichen Auftraggebern zu beachten. BMWi und BMVBS haben – jeweils für Ihre Bereiche – Interimsregelungen erlassen, die die Anwendung der Richtlinie bis zur Umsetzung erleichtern sollen (vgl. dazu die Beiträge auf S. 2 und 3 in diesem BDI-Vergabebrief).

Zur endgültigen Umsetzung hat das federführende Bundeswirtschaftsministerium am 04.07.2011 den »Entwurf für ein Gesetz zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit« sowie den Entwurf einer Verteidigungsvergabeverordnung, die als Rumpf-Verordnung bisher nur Angaben zum Anwendungsbereich, den Schwellenwerten sowie zur Schätzung des Auftragswertes enthält, veröffentlicht. Mit einem vollständigen Verordnungsentwurf ist erst im Herbst zu rechnen. Die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die unter die Richtlinie 2009/81/EG fallen, soll nach den Vorstellungen des BMWi in dieser neuen Rechtsverordnung und nicht wie bisher in der VOL/A geregelt werden. Diese neue Rechtsverordnung soll weiterhin in einem ersten Abschnitt allgemeine und grundsätzliche Regelungen enthalten, die für alle Vergaben, d. h. auch Bauaufträge, Gültigkeit erlangen. Für Bauleistungen soll

sodann hinsichtlich der Verfahrensregelungen auf einen 3. Abschnitt der VOB/A verwiesen werden.

Der Hauptausschuss Allgemeines des DVA (HAA) hat daher vorgeschlagen, zur Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG wie bisher die vergabeverfahrensrechtlichen Regelungen in der VOB zu regeln und dafür einen 3. Abschnitt »Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/81/EG – VOB/A-VS« in die VOB/A aufzunehmen. Ein entsprechender Entwurf wurde bereits unter Beteiligung des BDI erarbeitet und im Rahmen der DVA-Mitgliederbefragung am 15.08.2011 verteilt und parallel auch der Öffentlichkeit zur Kenntnis gegeben.

Änderungs- oder Ergänzungsvorschläge konnten bis zum 12.09.2011 an die Geschäftsstelle des HAA (*HAA@bmvbs.bund.de*) gerichtet werden. Am 13.09.2011 fand eine Bereinigungssitzung des HAA statt, in der die Ergebnisse der Mitgliederbefragung beraten und die endgültige Fassung des 3. Abschnittes beschlossen wurden. Der Vorstandsbeschluss des DVA über den 3. Abschnitt soll dann auf einer außerordentlichen DVA-Vorstandssitzung gefasst werden.

## Bundestagsausschüsse gegen »Rekommunalisierungs-Beschleunigungs-Gesetz«

(am) Über den Antrag der Bundestagsfraktion Die Linke »Rekommunalisierung beschleunigen – Öffentlich Private-Partnerschaften stoppen« hatten wir berichtet (vgl. BDI-Vergabebrief 6/11, S. 5).

Inzwischen liegen Beschlussempfehlung und Bericht des federführenden Haushaltsausschusses vor (vgl. BT-Drs. 17/6515 vom 06.07.2011). Danach empfehlen der Haushaltsausschuss sowie die mitberatenden Ausschüsse für Wirtschaft und Technologie, für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz sowie für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit dem Ple-

num die Ablehnung des Antrags. Die gleiche Empfehlung hatte auch der erst am 30.06.2011 hinzugezogene Innenausschuss abgegeben.

Damit ist es nur noch eine Frage der Zeit, bis der Antrag – zu Recht – Geschichte ist.

## BMVBS: Handbuch für die Vergabe und Ausführung von Lieferungen und Leistungen im Straßen- und Brückenbau aktualisiert

(am) Das Bundesbauministerium hat Änderungen des Handbuchs für die Vergabe und Ausführung von Lieferungen und Leistungen im Straßen- und Brückenbau (HVA L-StB) bekannt gegeben (vgl. ARS StB Nr. 5/2011, Az. 14/7135.2/010-1423877 vom 30.05.2011).

Mit der Neufassung des HVA L-StB, Ausgabe März 2011, wird das Handbuch an neue Rechtsgrundlagen, aktuelle Beschlüsse und Urteile aus der Vergabe- und Werkvertragsrechtsprechung sowie Ergebnisse der Bund-/Länder-Dienstbesprechung »Auftragswesen im Bundesfernstraßenbau« angepasst.

Die Anwendung des aktualisierten HVA L-StB ist für den Bereich der Bundesfernstraßen verbindlich. Den obersten Straßenbaubehörden der Länder wird empfohlen, das Handbuch auch für die in deren Zuständigkeitsbereich liegenden Straßen einzuführen und auch den Kommunen die Anwendung anzuraten.

## Verfahren vzbv gegen DVA durch Vergleich beendet

(am) Über die Unterlassungsklage des Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv) gegen den DVA hatten wir im BDI-Vergabebrief seit 2005 immer wieder berichtet. Der vzbv hat den DVA aufgefordert, es zu unterlassen, die VOB/B zur Verwendung gegenüber Verbrauchern zu empfehlen. Der BGH hatte seinerzeit entschieden, dass die VOB/B als Klauselwerk Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Verträgen mit Verbrauchern nicht mehr privilegiert ist (vgl. Urteil vom 24.07.2008 – VII ZR 55/07, vgl. dazu auch BDI-Vergabebrief 7-8/08, S. 14).

Nunmehr konnte das Verfahren durch Vergleich beendet werden. Praktische Konsequenz daraus: wie bereits die VOB/B

2009, werden auch künftige Fassungen der VOB/B klarstellend die Fußnote enthalten, dass diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur zur Anwendung gegenüber Unternehmen, juristischen Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtlichen Sondervermögen empfohlen werden.

## Bundeskartellamt: Tätigkeitsbericht für die Jahre 2009/2010

(am) Der Bericht des Bundeskartellamtes (enthalten in einer Unterrichtung des Bundestags durch die Bundesregierung, vgl. BT-Drs. 17/6640 vom 20.07.2011) interessiert aus hiesiger Sicht aus zweierlei Gründen: Zum einen enthält er u.a. eine Einschätzung der Behörde zur Entwicklung der Daseinsvorsorge, zum anderen wie üblich einen Tätigkeitsbericht der Vergabekammern.

Die zunehmende Tendenz zur Rekommunalisierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge betrachtet das Bundeskartellamt – wie auch der BDI – skeptisch. Sofern Leistungen grundsätzlich auch von privaten Anbietern erbracht werden könnten oder bereits durchgeführt würden, müssten die Rahmenbedingungen für alle Marktteilnehmer einheitlich sein und auch die Kommunen müssten sich im Wettbewerb mit der privaten Konkurrenz behaupten. Die Effekte einer Rekommunalisierung seien unter-

schiedlich zu bewerten. Während kommunales Engagement nach Auffassung des Bundeskartellamts im Bereich der Energieerzeugung zu einer Wettbewerbsbelebung führen könne, drohe bei einer Rekommunalisierung der Energienetze die Gefahr der Zersplitterung mit nachteiligen Auswirkungen für neue Stromanbieter und Verbraucher. Im Bereich der Wasserversorgung bestehe die Gefahr, dass durch eine Rekommunalisierung ein Wechsel in das Gebührenrecht erfolge, um auf diese Weise eine kartellrechtliche Preiskontrolle zu verhindern. Bei der Personenbeförderung drohe die Rückgängigmachung der Teilprivatisierungen, um die europarechtlich zulässigen Direktvergabemöglichkeiten zu nutzen, in der Entsorgungswirtschaft eine wettbewerblich problematische Privilegierung der Kommunen.

Der Tätigkeitsbericht der Vergabekammern beginnt mit einer Zusammenstellung der wesentlichen Entwicklungen im deutschen und europäischen Vergaberecht. Dabei werden die wichtigsten Änderungen im Berichtszeitraum skizziert.

So begrüßt das Bundeskartellamt die begonnenen Arbeiten der Bundesregierung zur Einführung eines wirksamen Vergaberechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte. Es bedürfe eines effektiven und daher bundeseinheitlich geregelten Rechtsschutzes und klarer Maßgaben für die Nachprüfungsmaßstäbe und Verfahrensregelungen. Regelungen eines Unterschwellenrechtsschutzes sollten sich daher im Grundsatz am System des Oberschwellenrechtsschutzes nach dem 4. Teil des GWB orientieren. Die dort vorgesehenen Mechanismen (insbesondere Grundsätze des § 97 GWB, Warte- und Informationsfrist nach § 101a GWB, Zuschlagsverbot gemäß § 115 Abs. 1 GWB) seien in der Nachprüfungspraxis oberhalb der Schwellenwerte erprobt und böten am ehesten die Gewähr für einen effektiven Rechtsschutz. Darin stimmt der BDI mit dem Bundeskartellamt überein.

Mit Blick auf die Rolle der Vergabe- und Vertragsausschüsse äußert sich das Bundeskartellamt zurückhaltend. Auch wenn die sachverständige Einbindung der Ausschüsse für die Fortentwicklung des Vergaberechts von Bedeutung sei, werfe sie grundlegende Fragen ordnungspolitischer und wettbewerbsrechtlicher Natur auf. Nach Sicht des Amtes erscheint daher eine klare und eindeutige gesetzliche Zu- und Einordnung sinnvoll, um Aufgaben und Auftrag der Ausschüsse bei der Vergaberechtssetzung festzulegen. Wie diese aussehen könnten oder sollte, bleibt hingegen offen. Der BDI tritt bekanntermaßen für den Erhalt der Vergabeausschüsse ein, da sich die Arbeit der Ausschüsse in der Praxis bewährt hat.

Ferner vermittelt der Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts

Informationen über die Entscheidungspraxis der Vergabekammern des Bundes, insbesondere über Statistik und Schwerpunkte der Spruchfähigkeit. Im Jahr 2009 habe die Zahl der Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern des Bundes mit 238 Anträgen einen Höchststand erreicht, während 2010 mit 156 Anträgen ein durchschnittlicher Wert vorgelegen habe. Nach wie vor machten die gegen gesetzliche Krankenkassen gerichteten Nachprüfungsverfahren einen erheblichen Anteil an der Gesamtzahl aus: im Jahr 2009 über 30 Prozent, 2010 noch über 20 Prozent aller Nachprüfungsanträge. Der Schwerpunkt der angegriffenen Ausschreibungsverfahren habe wie bisher auf der Vergabe von Rabattvereinbarungen i.S.d. § 130a Abs. 8 SGB V gelegen. Die rechtliche Umstrittenheit dieser Vereinbarungen verdeutliche auch die Zahl der aus den Nachprüfungsverfahren resultierenden Beschwerdeverfahren. So habe das im Berichtszeitraum noch zuständige Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen im Jahr 2009 in 65 Prozent und im Jahr 2010 in fast 40 Prozent aller Rechtsmittel betroffenen Entscheidungen der Vergabekammern des Bundes entschieden.

Soweit von den Vergabekammern in der Sache durch Beschluss entschieden worden sei, hätten die Anträge in fast 55 Prozent der Fälle im Jahr 2009 und in knapp 45 Prozent im Jahr 2010 zum zumindest teilweisen Erfolg der Antragsteller geführt. In ca. 30 Prozent der Verfahren im Berichtszeitraum seien die Nachprüfungsanträge zurückgenommen worden. Sonstige Erledigung der Nachprüfungsverfahren durch übereinstimmende Erklärungen der Parteien, insbesondere bei vollständiger oder teilweiser Abhilfe durch die Vergabestellen, sei 2009 in knapp 20 Prozent der Fälle und 2010 in ca. 11 Prozent der Fälle zu verzeichnen gewesen. Wie das Bundeskartellamt in diesem Zusammenhang feststellt, verzeichnen die Kammern nach der Änderung des § 128 GWB in Verfahren, in denen Rücknahmen oder die sonstige Erledigung von Nachprüfungsanträgen keine Entscheidung in der Hauptsache nach sich ziehen, häufig einen erheblichen Prüfungs- und Entscheidungsaufwand bezüglich der Kostenentscheidung bzw. der Entscheidung über den Ersatz der verfahrensbedingten Aufwendungen der Verfahrensbeteiligten.

Einen guten Einblick in vergaberechtlich relevante Fragestellungen und die aktuelle Entscheidungspraxis der Vergabekammern des Bundes gibt darüber hinaus das sehr ausführliche Kapitel »Rechtsfragen aus der Nachprüfungstätigkeit der Vergabekammern des Bundes« (S. 135 ff.).

---

## Energieeffizienz in der öffentlichen Beschaffung

---

(am) Die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen interessiert sich in ihrer Kleinen Anfrage »Eckpunkte Energieeffizienz – Öffentliche Gebäude und Beschaffung« (vgl. BT-Drs. 17/6618 vom 18.07.2011) mit Blick auf die öffentliche Beschaffung unter anderem dafür, wie die Bundesregierung hohe Energieeffizienzkriterien definieren und deren Berücksichtigung umsetzen will.

Die Bundesregierung führt dazu in ihrer Antwort (vgl. BT-Drs. 17/6763 vom 04.08.2011) aus, dass die gerade geänderte Ver-

gabeverordnung das Kriterium der Energieeffizienz als wichtiges Kriterium bei der Vergabe öffentlicher Aufträge oberhalb der Schwellenwerte verankere. Grundsätzlich müssten hiernach bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Produkte und Dienstleistungen beschafft werden, die im Hinblick auf die Energieeffizienz die höchsten Leistungsniveaus aufweisen bzw. zur höchsten Effizienzklasse zählen. Sofern für einige Produkte bereits eine EU-Energieeffizienzkenzeichnung existiere, werde die für eine Produktgruppe jeweils aktuelle Effizienzskala in der Leis-

tungsbeschreibung zugrunde gelegt. Sofern eine solche Kennzeichnung (noch) nicht existiere, seien sonstige relevante Kriterien, wie minimaler Energieverbrauch oder minimaler Verbrauch von sonstigen Ressourcen heranzuziehen.

Nach Ansicht der Bundesregierung entstünden Bundesländern und Kommunen dadurch keine finanziellen Mehraufwendungen. Es sei bereits geltendes Recht, dass der Zuschlag stets auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden müsse, während der niedrigste Preis allein nicht maßgebend sei. Insofern habe schon immer die Möglichkeit bestanden, Energieeffizienzkriterien und Lebenszykluskosten bei der Beschaffung zu berücksichtigen. Mit der Verankerung der Berücksichtigung dieser Kriterien in der novellierten Vergabeverordnung werde insoweit nichts Neues geschaffen. Es sei damit zu rechnen, dass geringfügig höhere Anschaffungspreise durch wesentliche Reduzierungen bei den Lebenszykluskosten kompensiert würden.

Im Verhältnis zu den Ländern und Kommunen setze sich die Bundesregierung für eine weitere Intensivierung der Zusammenarbeit bei einer nachhaltigen Beschaffung ein. Dabei würden zunächst die Errichtung einer webbasierten Informationsplattform sowie einer Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung gemeinsam geprüft und erörtert. Darüber hinaus sei die Allianz für nachhaltige Beschaffung ins Leben gerufen worden, in der Kommunen, Länder und der Bund ihre Kräfte bündelten.

Zur Erfüllung dieses Prüfauftrages sei eine Arbeitsgruppe eingerichtet worden, der u.a. neun Bundesressorts angehören.

Bezüglich der Errichtung einer webbasierten Informationsplattform werde die Entwicklung eines Konzepts für eine Bund-, Länder- und Kommunenfinanzierung oder eine kostenpflichtige

Beratung empfohlen. Ein ergänzender Vorschlag sehe vor, vorhandene Plattformen durch ein wegweisendes Portal zu verknüpfen.

Für eine Zentrale Kompetenzstelle habe die Arbeitsgruppe verschiedene Modelle erarbeitet. Optionen seien u.a. die Angliederung an eine zentrale Beschaffungsstelle des Bundes oder eine unmittelbare Angliederung an ein Bundesressort oder eine Bundesbehörde. Hier werde empfohlen, zunächst die Finanzierung durch Bereitstellung von Haushaltsmitteln zu sichern und dann eine der Optionen der Angliederung einer Kompetenzstelle an eine bestehende Institution umzusetzen.

Erweiterte Fortbildungsmaßnahmen im Sinne einer nachhaltigen Beschaffung für das Personal in den Vergabestellen würden über Veranstaltungen der Bundesakademie für öffentliche Verwaltung – BaköV sowie künftig über die geplante Zentrale Kompetenzstelle angeboten. 2010 sei zudem der »Ratgeber: Umweltfreundliche Beschaffung – Schulungsskripte« veröffentlicht ([www.umweltbundesamt.de/uba-info-medien/3951.html](http://www.umweltbundesamt.de/uba-info-medien/3951.html)) worden.

Der BDI hatte zum Entwurf zur Änderung der Vergabeverordnung im Rahmen der beschleunigten Umsetzung des Energiekonzepts der Bundesregierung, der das Thema Energieeffizienz in der Vergabeordnung verstärkt, Stellung genommen (vgl. BDI-RS WÖV-ÖA 2011/066 vom 27.05.2011). Die inhaltlichen Änderungen wurden zumeist begrüßt, die formelle Umsetzung in der Vergabeordnung jedoch abgelehnt, da Verfahrensregelungen in die Vergabeordnungen gehören.

## ÖPP: Realisierung der ersten Staffel von A-Modellen bei Bundesfernstraßen

(am) Mit der Vergabe der Betreiberprojekte »A 8 – Augsburg-München«, »A 4 – AS Waltershausen-AS Herleshausen«, »A 1 – AD Buchholz-AK Bremer Kreuz«, »A 5 – AS Baden-Baden-AS Offenburg« wurden die ersten Verkehrsprojekte in Öffentlich Privater Partnerschaft (ÖPP) in Deutschland vergeben. Die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen hatte aus diesem Anlass die Kleine Anfrage »Realisierung der ersten Staffel von Projekten nach dem A-Modell bei Bundesfernstraßen« (vgl. BT-Drs. 17/5999 vom 26.05.2011) initiiert, um Erkenntnisse aus den Erfahrungen der ersten Staffel für die Ausschreibung und Umsetzung der zweiten Staffel zu gewinnen. In der Kleinen Anfrage wird festgestellt, dass Standards geschaffen werden müssen, damit das A-Modell bei Bundesfernstraßen den Anforderungen von Transparenz, Wirtschaftlichkeit und Nachhaltigkeit entspricht.

So interessiert sich die Fraktion dafür, welche Nachverhandlungen es in der ersten Staffel gegeben hat. Die Bundesregierung antwortet, Differenzen zwischen den Parteien habe es hinsichtlich der Auslegung des Vertragsinhaltes, z.B. über den Umfang von Leistungspflichten bzw. Fragen der Risikoverteilung (z.B. Baugrund, Kampfmittelfunde etc.) und den Umgang mit unvorhergesehenen Mehrkosten in diesem Zusammenhang gegeben (vgl. BT-Drs. 17/6375 vom 30.06.2011). Die Verträge beinhalte-

ten Regelungen, wie in derartigen Fällen zu verfahren sei (z.B. Verständigung evtl. unter Einbindung eines Schlichtungsausschusses). In wenigen Fällen seien zusätzliche Leistungen (z.B. provisorische Verbreiterung, Errichtung einer Stauwarnanlage, Erweiterung von Rastanlagen), die im vertraglichen Leistungspaket nicht enthalten seien, beauftragt worden. Die mit den zusätzlichen Leistungen verbundenen Kosten würden separat vergütet und beliefen sich insgesamt auf einen geringen einstelligen Prozentbetrag der durch den Konzessionsgeber geschätzten Baukosten.

Die größeren Beträge seien bislang überwiegend auf Sachverhalte im Zusammenhang mit Sicherheitsaspekten in Bezug auf Verkehrsführung und -abwicklung, z.B. eine zusätzlich beauftragte provisorische Verbreiterung zur Verbesserung der Verkehrsführung in der Baustelle (A 1), die Errichtung und Unterhaltung einer mobilen Stauwarnanlage (A 1), die Verständigung auf einen erschütterungsfreien Abbruch der alten Betonfahrbahn im Zuge unerwarteter Kampfmittelfunde (A 8), infolge unklarer Angaben in Bezug auf die Errichtung der Bestandsstrecke angefallenen Mehraufwand (A 4) sowie die zusätzlich beauftragte Errichtung weiterer Lkw-Parkstände im Zuge der Baumaßnahmen an Rastanlagen (A 4) entfallen.

Rechtsstreitigkeiten zwischen den Vertragsparteien seien bei den Projekten der Pilotphase bislang nicht verzeichnet worden.

Schlichtungsverfahren seien vor allem in Bezug auf Fragen der Risikoverteilung und damit in Zusammenhang stehenden Kostenlasten eingeleitet bzw. durchgeführt worden. Die Verfahren seien größtenteils abgeschlossen (A 4 und A 8) oder befänden sich in der Schlussphase (A 1). Bei den abgeschlossenen Schlichtungsverfahren hätten die Parteien in der Regel auf Vorschlag des Schlichtungsausschusses eine Verständigung erzielt. In einem weiteren Fall sei die Schlichtung kürzlich eingeleitet worden (A 8 zum Thema Leistungen Dritter).

Bei dem Projekt A 1 habe es im Nachgang zum Vertragsabschluss verschiedene Änderungen der Erhebungsgrundlagen für die Maut gegeben. Die Änderungen der Erhebungsgrundlagen beeinflussten die Vergütung des Konzessionsnehmers. Zwischen den Parteien bestünden daher in Teilen unterschiedliche Auffassungen hinsichtlich des sachgerechten Umgangs mit den Änderungen der Erhebungsgrundlagen.

Diese Erkenntnisse seien bereits genutzt worden, um den Vergütungsmechanismus bei Folgeprojekten weiterzuentwickeln.

Bezüglich der Kosten der Rechtsstreitigkeiten bei Nachverhandlungen teilt die Bundesregierung mit, dass grundsätzlich die un-

terliegende Partei eines Rechtsstreits die Kosten des Verfahrens zu tragen habe. Bei Rechtsstreitigkeiten im Rahmen der Vertragsabwicklung liege die Kostenlast im Falle eines gerichtlichen (teilweisen oder vollständigen) Unterliegens beim Land.

Weiterhin interessiert sich die Fraktion für die Begleitung der Projekte durch Berater, insbesondere durch den Beratungsauftrag »Beratung bei der Vergabe von ÖPP-Projekten im Bundesfernstraßenbau«. Die Bundesregierung teilt hierzu mit, dass durch den Auftrag folgende Projekte betreut wurden und werden:

- A 8 Augsburg–München (abgeschlossen in 2007),
- A 4 Landesgrenze Thüringen/Hessen–Gotha (abgeschlossen in 2007),
- A 1 Bremen–Hamburg (abgeschlossen in 2008),
- A 5 Malsch–Offenburg (abgeschlossen in 2009),
- A 8 Ulm–Augsburg (abgeschlossen in 2011),
- A 9 Lederhose–Landesgrenze Thüringen/Bayern (Abschluss vsl. in 2011),
- A 7 Bordesholm–Hamburg (Projekt in Vorbereitung),
- A 6 Wiesloch–Rauenberg–Weinsberg (Projekt in Vorbereitung),
- A 281 Weserquerung in Bremen (Projekt in Vorbereitung).

## ÖPP: Wirtschaftlichkeit der zweiten Staffel von A-Modellen bei Bundesfernstraßen

(am) Die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen interessiert sich für die »Wirtschaftlichkeit der zweiten Staffel von Projekten nach dem A-Modell bei Bundesfernstraßen« (vgl. Kleine Anfrage, BT-Drs. 17/5997 vom 26.05.2011). ÖPP-Projekte im Bundesfernstraßenbau seien, so die Anfrage, unter Beachtung der Regelungen des Haushaltrechts inklusive der Schuldenregeln durchzuführen. Gemäß der Bundeshaushaltsordnung seien nicht nur die Mittel für die Baumaßnahmen auszuweisen, sondern auch die projektspezifischen Folgekosten.

Ausweislich ihrer Antwort (vgl. BT-Drs. 17/6307 vom 29.06.2011) beabsichtigt die Bundesregierung nicht, die vergaberechtlichen Regelungen und Grundsätze derart anzupassen, dass die Leistungsbeschreibungen sowie die zur Angebotsabgabe erforderlichen Dokumente bei der Vergabe von ÖPP-Projekten öffentlich zugänglich gemacht werden müssen. Die Wahrung des Geheimwettbewerbs sowie der Schutz von Produktions- und Geschäftsgeheimnissen seien tragende Grundsätze des Vergabewesens und daher nicht zu verändern.

Transparenz hinsichtlich der Kosten sei trotzdem gewahrt, weil die bei ÖPP-Projekten eingegangenen finanziellen Verpflichtungen im Bundeshaushalt sowie in der jährlichen Haushaltsrechnung durch die Inanspruchnahme von zuvor ausgebrachten Verpflichtungsermächtigungen regelkonform als Belastung zukünftiger Haushaltsjahre ausgewiesen würden. Daher liege weder eine verdeckte Staatsverschuldung noch eine Umgehung der Verschuldungsobergrenzen vor.

Zur Funktion des ÖPP-Eignungstests erklärt die Bundesregie-

rung, dieser sei bereits zu Beginn der Projektentwicklung und damit in der ersten Phase der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung durchzuführen. Mit ihm werde die grundsätzliche Eignung einer geplanten Maßnahme für die Realisierung im Rahmen einer ÖPP überprüft. Da in diesem frühen Projektstadium nur wenige konkrete Informationen über das jeweilige Projekt vorlägen, empfehle der Leitfadens »Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten« einen qualitativ ausgestalteten Eignungstest. Der Eignungstest erfülle damit unter anderem eine Filterfunktion, um aufwändige Wirtschaftlichkeitsberechnungen für ÖPP-Beschaffungsvarianten nur dann durchzuführen, wenn eine ÖPP-Eignung gegeben ist und eine wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit von ÖPP als plausibel bewertet werde. Dies solle auch die Wirtschaftlichkeit der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung sichern.

Für die in Vorbereitung befindlichen Projekte »A 6 Wiesloch–Rauenberg – Weinsberg« und »A 7 Hamburg – Bordesholm« seien Eignungstests analog der Vorgehensweise bei den A-Modell-Pilotprojekten bzw. »A 8 Ulm – Augsburg« durchgeführt worden. Auch für weitere Projekte, z.B. die A 45, würden im Vorfeld Prüfungen der ÖPP-Eignung, qualitative Analysen zur Priorisierung möglicher Geschäftsmodellvarianten und Wirtschaftlichkeitsabschätzungen durchgeführt, um ein erfolgversprechendes Projekt sicherzustellen.

Zum Stand des ÖPP-Projekts »A 8 Ulm – Augsburg« informiert die Bundesregierung, dass die für das Projekt turnusmäßig erstellte abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung vor Bekanntgabe der Absicht der Vergabestelle, auf welches Angebot sie den Zuschlag erteilen wolle, vom BMVBS u.a. mit dem BMF

und mit dem BRH erörtert worden sei. Der im Hinblick auf den beabsichtigten Zuschlag nicht berücksichtigte Bieter habe eine Überprüfung der Vergabe durch die Vergabekammer und das Oberlandesgericht veranlasst. Nach der die Vergabeentscheidung ebenfalls bestätigenden OLG-Entscheidung sei der Zuschlag im April 2011 erteilt worden.

Bezüglich des ÖPP-Projekts »A 8 Ulm – Augsburg« seien eine vorläufige und eine abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung (WU) durch das BMVBS und dessen Fachberater unter Mitwirkung der VIFG und Einbindung der Auftragsverwaltung des Freistaates Bayern erstellt, aber nicht veröffentlicht worden. Insbesondere wegen der fiskalischen Interessen des Bundes an einem unbeeinträchtigten Wettbewerb der Marktteilnehmer um die ÖPP-Projekte im Bundesfernstraßenbau seien Anträge auf Überlassung dieser Dokumente in ungeschwärtzter Form in der Vergangenheit bereits mehrfach abschlägig beschieden worden. Infolge der insoweit bereits abgeschlossenen Prüfungen und mit Blick auf die zu vermeidende Gefährdung fiskalischer Interessen des Bundes, würden die Untersuchungen auch bei zukünftigen Anfragen nach IFG nicht bzw. nur mit Schwärzungen herausgegeben. Denn die im Rahmen der WU durch die öffentliche Hand getroffenen Annahmen und Einschätzungen bezüglich des konventionellen Vergleichsmaßstabs (sog. PSC) seien geeignet, Rückschlüsse der Marktteilnehmer im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeitsschwelle der Angebote für ÖPP-Pro-

jekte zuzulassen und somit den Wettbewerb bzw. dessen Intensität zu beeinträchtigen.

Auf die Frage, welche vertraglichen Beschränkungen den mit der Durchführung des Vertrages »Begleitung/Beratung des BMVBS bei der Vergabe von vier ÖPP-Projekten im Bundesfernstraßenbau« befassten Unternehmen auferlegt wurden, antwortet die Bundesregierung, dass keine vergaberechtlichen Bedenken mit Blick auf einen Interessenskonflikt bestünden. Die Berater seien zur Geheimhaltung der im Zusammenhang mit diesem Auftrag erlangten Informationen im Sinne von § 353b Abs. 2 Nr. 2 StGB verpflichtet. Nach Kenntnisstand des BMVBS stellten innerhalb der beratenden Einheiten entsprechende EDV-technische Vorkehrungen sicher, dass nur die mit dem Projekt unmittelbar befassten Personen Zugriff auf die projektrelevanten Daten haben. Ein Beratungskonsortium dürfe daher Bauunternehmen, die zeitgleich als Bieter (ggf. im Rahmen eines Konsortiums) an ÖPP-Projekten im Bundesfernstraßenbau beteiligt sind, im Rahmen kommunaler ÖPP-Projekte beraten, sofern ein Interessenkonflikt, d.h., dass der Berater im Rahmen eines ÖPP-Projekts zeitgleich sowohl auf Seiten der öffentlichen Hand als auch auf privater Seite tätig wird, ausgeschlossen sei.

## Wirksame Bekämpfung ausbeuterischer Kinderarbeit im Vergaberecht?

(am) Zum Thema »Ausbeuterische Kinderarbeit auf nationaler und internationaler Ebene wirksam bekämpfen« hat die SPD-Bundestagsfraktion eine Kleine Anfrage gestellt (vgl. BT-Drs. 17/6545 vom 07.07.2011). Darin interessiert sie sich u.a. für Initiativen der Länder und der Kommunen, um die Beschaffung von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit zu verhindern.

Die Bundesregierung verweist in ihrer Antwort (vgl. BT-Drs. 17/6662 vom 25.07.2011) darauf, dass die international vereinbarten Grundprinzipien und Rechte, wie die Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) zum Verbot der Kinder- und Zwangsarbeit, Bestandteil der deutschen Rechtsordnung und damit der Vergaberegeln sind. In Deutschland tätige Unternehmen, die diese Grundprinzipien und Rechte nicht beachten, seien prinzipiell aufgrund fehlender Zuverlässigkeit vom Wettbewerb um öffentliche Aufträge auszuschließen.

Die Überprüfung der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen obliege dem jeweiligen Auftraggeber. Teilweise werde auf die Pflicht potenzieller Auftragnehmer, die ILO-Kernarbeitsnormen einzuhalten, durch eine entsprechende Klausel in den Ausschreibungen ausdrücklich hingewiesen. Nach Information der Bundesregierung verlangten einige öffentliche Auftraggeber Eigenklärungen zum Nachweis der Herkunft der Materialien. Allerdings, so der Hinweis der Bundesregierung, könnten in der Praxis erhebliche Probleme mit der Überprüfung von Nachweisen bei Lieferketten mit Zulieferern aus Ländern außerhalb der EU auftreten.

Kommunen könnten im Rahmen der öffentlichen Beschaffung gezielt Produkte erwerben, die nachweislich aus Betrieben

ohne ausbeuterische Kinderarbeit stammen. Ein gutes Beispiel sei der konsequente Ankauf von zertifizierten Pflastersteinen.

Rechtlicher Anknüpfungspunkt ist § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB. Die Regelung ermögliche den öffentlichen Auftraggebern, Anforderungen an den Auftragnehmer zu formulieren, die an die Ausführung des Auftrages geknüpft sind und zugleich konkrete Verhaltensanweisungen an das ausführende Unternehmen für die Ausführung des Auftrages stellen. Es stehe dem öffentlichen Auftraggeber z.B. frei, die Pflasterung öffentlicher Plätze mit Steinen zu verlangen, die im Ausland unter Einhaltung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation hergestellt wurden. Damit könne die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen für die gesamte Lieferkette bis ins Ursprungsland vorgegeben werden.

Die Bundesregierung unterstütze ausdrücklich freiwillige Nachhaltigkeitsstandardsysteme, die von unabhängiger Seite überprüft werden und die in der Zulieferkette wirken, wie z.B. den Fairen Handel, Rainforest Alliance oder den Common Code for the Coffee Community. Dazu fördere sie die Verbreitung von Informationen zu den Zertifizierungssystemen, z.B. durch das Forum Fairer Handel und die Unterstützung der jährlichen Fairen Woche sowie die Förderung von themenspezifischen Internetplattformen (»Aktiv gegen Kinderarbeit«, »Kompass Nachhaltigkeit«).

Die Bundesregierung begrüße und unterstütze zudem freiwillige CSR-Aktivitäten von Unternehmen. Auch der vom Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung im Namen der Bundesregierung einberufene Runde Tisch für Ver-

haltenskodizes empfehle die freiwillige Einführung und Umsetzung von Sozialstandards in der Wertschöpfungskette.

Aus Sicht der Bundesregierung werde die Bekämpfung von ausbeuterischer Kinderarbeit am effektivsten durch die Vereinbarung WTO-konformer internationaler Standards erreicht. Einseitige verpflichtende Maßnahmen erscheinen dagegen nach ihrer Überzeugung als nicht zielführend. Sie setze vielmehr auf freiwillige Anreizsysteme. Nationale Maßnahmen für verpflichtende Zertifizierungen seien überdies als Einfuhrbeschränkungen innerhalb der EU unzulässig und verstießen auch gemeinschaftsweit gegen die Verpflichtungen der EU im Rahmen der Welthandelsorganisation (WTO).

Auf die Frage, wie Waren aus Kinderarbeit in die EU gelangen, wenn eine Einfuhr solcher Waren nach europäischem Vergaberecht gegen die Regeln des internationalen Arbeitsrechts verstößt, verweist die Bundesregierung auf den Zweck des Vergaberechts. Dieser sei nicht, die Einfuhr von Waren aus verbotener Kinderarbeit in die EU zu unterbinden. Das Vergaberecht umfasse vielmehr ausschließlich diejenigen Regeln und Vorschriften, die dem Staat, seinen Behörden und Institutionen eine bestimmte Vorgehensweise beim Einkauf von Gütern und Leistungen vorschreiben, die zur Erfüllung der Aufgaben der jeweiligen Institution erforderlich sind.

Ebenfalls als nicht zielführend für die Bekämpfung der Kinderarbeit erachtet es die Bundesregierung, wenn der für Anfang 2012 erwartete Richtlinienvorschlag über die Modernisierung der öffentlichen Auftragsvergabe in der EU ein ausdrückliches Verbot der Kinderarbeit enthalten würde.

Nach ihrer Auffassung bestehen erhebliche Schwierigkeiten bei der Nachweisführung, insbesondere bei langen Hersteller- und Lieferketten. Zweckmäßig für die Bekämpfung der Kinderarbeit wäre es aus Sicht der Bundesregierung demgegenüber, wenn nachhaltig wirksame Maßnahmen zur Eindämmung aller Formen der verbotenen ausbeuterischen Kinderarbeit in den betroffenen Ländern durchgeführt und vor Ort begleitet würden.

## Bundesländer

### Übersicht über den Stand der Tariftreue- und Vergabegesetze in den Ländern

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hatte in seinem Urteil vom 03.04.2008 (Rs. C-346/06) die Tariftreuevorschriften des damaligen niedersächsischen Vergabegesetzes als Verstoß gegen die europäische Dienstleistungsfreiheit gewertet.

Mehrere Bundesländer haben die Vergabe öffentlicher Aufträge nun an das Einhalten von Tarifstandards gekoppelt und ihre Tariftreuegesetze neu und europarechtskonform gestaltet. Einige Länder legen darüber hinaus auch vergabespezifische Mindestlöhne fest. Weitere Bundesländer wollen folgen.

Das forum vergabe hat auf seiner Homepage [www.forum-vergabe.de](http://www.forum-vergabe.de) unter der Rubrik »Weiterführende Informationen« eine Übersicht über die Regelungen in den Ländern bereitgestellt, die fortlaufend aktualisiert wird.

### Übersicht über den Stand der Mittelstandsförderungsgesetze in den Ländern

Unter Mittelstandsförderung werden gemeinhin Maßnahmen im Rahmen der Wirtschaftsförderung zugunsten von Unternehmen des gewerblichen Mittelstandes verstanden. Das Ziel des Bundes und der Länder, die Auftragsvergabe möglichst mittelstandsfreundlich zu gestalten, geht von der Grundannahme aus, dass für kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) der Zugang zu den Beschaffungsmärkten besonders erschwert ist. Durch die Mittelstandsförderung sollen bestimmte Nachteile in der Wettbewerbsposition mittelständischer gegenüber großen Unternehmen ausgeglichen werden, die sich aus der geringeren Unternehmensgröße und einer schwächeren Marktmacht ableiten lassen.

Das forum vergabe hat auf seiner Homepage [www.forum-vergabe.de](http://www.forum-vergabe.de) unter der Rubrik »Weiterführende Informationen« eine Übersicht über die Gesetzesregelungen in den Ländern bereitgestellt, die fortlaufend aktualisiert wird.

---

## Berlin: Geänderte Frauenförderverordnung in Kraft getreten

---

(am) Die Verordnung über die Förderung von Frauen und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Frauenförderverordnung – FFV) ist durch die »Erste Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Förderung von Frauen und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Frauenförderverordnung – FFV)« geändert worden. Die Änderungsverordnung vom 19.07.2011 ist unterdessen veröffentlicht worden (vgl. GVBl. Nr. 19 vom 28.07.2011), die bereinigte Fassung der Frauenförderverordnung am 29.07.2011 in Kraft getreten.

Die Frauenförderverordnung gilt seitdem für alle Aufträge ab einem geschätzten Auftragswert von 25.000 Euro und für Bauleistungen ab einem Auftragswert von 200.000 Euro.

Mit der Änderung wird zum einen der Katalog für Maßnahmen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie in § 2 erweitert. Bei der Staffelung der Maßnahmen nach Unternehmensgrößen in § 3 werden bisher drei anstelle nunmehr vier Größenstufen unterschieden und die Verpflichtung zur Anwendung bestimmter Maßnahmen verschärft.

Ein neu eingefügter § 6 verpflichtet die Vergabestellen zum anderen dazu, in mindestens fünf Prozent der jährlichen Auftragsvergaben, die unter die Frauenförderverordnung fallen, von den Unternehmen einen Nachweis über die Einhaltung ihrer nach der Verordnung übernommenen vertraglichen Verpflichtungen zu verlangen.

Ferner sind die Sanktionen in § 7 verschärft worden. Unternehmen sollen danach künftig von der Auftragsvergabe für bis zu drei Jahren ausgeschlossen werden, sofern sie ihren Verpflichtungen aus der Verordnung nicht nachkommen. Die bisherige »Kann«-Vorschrift sah eine Dauer von bis zu zwei Jahren vor. Zusätzlich gelten nunmehr auch die Sanktionen gemäß § 6 des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes (Vertragsstrafe, fristlose Kündigung durch Auftraggeber).

Zudem werden die Vergabestellen in § 8 zu verschiedenen statistischen Angaben verpflichtet.

---

## Brandenburg: Vergabegesetz der Landesregierung beschlossen

---

(am) Die rot-rote Koalition in Brandenburg hat ein Herzensanliegen verwirklicht und im Brandenburgischen Landtag den überarbeiteten Entwurf für ein »Brandenburgisches Gesetz über Mindestanforderungen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen« (vgl. dazu zuletzt BDI-Vergabebrief 6/11, S. 6) beschlossen (vgl. Plenarprotokoll als LT-Drs. 5/40 vom 31.08.2011). Damit ist das Plenum dem Wirtschaftsausschuss gefolgt (vgl. LT-Drs. 5/3837 vom 26.08.2011), der die Annahme mit einigen Änderungen, die die Regierungsparteien selbst eingebracht hatten, empfohlen hatte.

So wurde u.a. der Anwendungsbereich des Gesetzes dahingehend geändert, dass nunmehr Bauaufträge geringeren Volumens voll einbezogen werden. Grundsätzlich findet das Gesetz in Gänze Anwendung auf Aufträge mit einem Auftragswert von mehr als 10.000 Euro bei Lieferungen und Dienstleistungen und von mehr als 50.000 Euro (zuvor 100.000 Euro) bei Bauleistungen, jeweils ohne Umsatzsteuer. Für Aufträge mit einem Auftragswert von mehr als 3.000 Euro, aber nicht mehr als 10.000 Euro bzw. bis zu 50.000 Euro bei Bauleistungen, gilt das Gesetz nur eingeschränkt, soweit es für die zu beschaffenden Bau- oder Dienstleistungen einen gültigen Mindestlohn nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz gibt, der den im Vergabegesetz geregelten Mindestlohn mindestens erreicht. Unterhalb eines Auftragswertes von 3.000 Euro ohne Umsatzsteuer gilt das Gesetz nicht.

Im Zuge der Änderungen ist zudem der vorgesehene Mindestlohn bei öffentlichen Aufträgen von 7,50 Euro auf 8 Euro erhöht worden.

Hinzugetreten sind ferner Ermächtigungen der Landesregierung, zum einen für eine Rechtsverordnung, die das Verfahren

zur Feststellung eines repräsentativen Tarifvertrages auf dem Gebiet des ÖPNV regeln soll, zum anderen für eine Rechtsverordnung zur Regelung der Einzelheiten im Zusammenhang mit der Verhängung von Auftragsperren.

Mit Blick auf die Wertung unangemessen niedriger Angebote und die Vertragsstrafenobergrenze enthält das Gesetz verschärfte Regelungen gegenüber dem Entwurf. So ist eine vertiefte Prüfung bei Aufträgen über Bauleistungen ab einem Auftragswert von 10.000 Euro ohne Umsatzsteuer durchzuführen, wenn die rechnerisch geprüfte Angebotssumme um mindestens 10 Prozent (zuvor 20 Prozent) von der eines anderen für den Zuschlag in Betracht kommenden Angebots abweicht. Liegt nur ein Angebot vor, ist eine solche vertiefte Prüfung obligatorisch, sofern das Angebot von der Kostenberechnung abweicht. Zudem darf die Summe der Vertragsstrafen nach dem Gesetz nunmehr insgesamt 10 Prozent des Auftragswertes (zuvor 5 Prozent) nicht überschreiten.

Das Gesetz gilt auch für die Brandenburgischen Gemeinden und Gemeindeverbände. Daher ist eine Kostenerstattungsregelung enthalten, die per Landesverfassung vorgeschrieben ist. Das Land bezieht die Gemeinden und Gemeindeverbände in den Anwendungsbereich des Gesetzes ein und gewährt ihnen im Gegenzug einen finanziellen Ausgleich für den mit der Anwendung des Vergabegesetzes verbundenen höheren Verwaltungsaufwand.

Das Gesetz soll zum 01.01.2012 in Kraft treten.

---

## Brandenburg: Entwurf der Grünen für ein Vergabegesetz abgelehnt

---

(am) Der Brandenburgische Landtag hat den Entwurf der Landtagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen für ein »Gesetz zur Sicherung von Sozial-, Umwelt- und Wettbewerbsbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Brandenburgisches Vergabegesetz)« (vgl. dazu zuletzt BDI-Vergabebrief 6/11, S. 6) abgelehnt (vgl. Plenarprotokoll als LT-Drs. 5/40 vom 31.08.2011). Er ist

damit der Empfehlung des Wirtschaftsausschusses gefolgt (vgl. LT-Drs. 5/3837 vom 26.08.2011).

---

## Hessen: Ausschuss empfiehlt erneut Ablehnung des Entwurfes eines Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetzes

---

(am) Nachdem der Hessische Landtag den SPD-Entwurf eines »Gesetzes zur Förderung und Stärkung kleinster, kleiner und mittlerer Unternehmen sowie der Freien Berufe und zur Vergabe öffentlicher Aufträge« in zweiter Lesung auf Antrag der SPD-Fraktion an den Ausschuss für Wirtschaft und Verkehr zurück überwiesen hatte (vgl. dazu BDI-Vergabebrief 7/11, S. 6), musste sich der Ausschuss erneut damit befassen.

Eine Entscheidung des Plenums steht jedoch weiterhin aus. Die für den 25.08.2011 vorgesehene dritte Lesung fand nicht statt; vielmehr wurde der Gesetzentwurf von der Tagesordnung abgesetzt.

Jedoch auch im wiederholten Anlauf hat er dem Plenum empfohlen, den Gesetzentwurf in nunmehr dritter Lesung abzulehnen (vgl. Beschlussempfehlung und Zweiter Bericht als LT-Drs. 18/4284 vom 11.08.2011).

---

## Hessen: Ausschuss lehnt erneut Entwurf zur Änderung des Vergabegesetzes ab

---

(am) Nachdem der Hessische Landtag den Entwurf der Fraktion Die Linke für ein »Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Hessisches Vergabegesetz – HVvG)«, der bereits aus dem Jahr 2007 stammt (vgl. dazu zuletzt BDI-Vergabebrief 7/11, S. 6), in zweiter Lesung auf Antrag der Fraktion Die Linke an den Ausschuss für Wirtschaft und Verkehr zurück überwiesen hatte (vgl. dazu BDI-Vergabebrief 7/11, S. 6), musste sich der Ausschuss erneut damit befassen.

mehr dritter Lesung abzulehnen (vgl. Beschlussempfehlung und Zweiter Bericht als LT-Drs. 18/4283 vom 11.08.2011).

Die für den 25.08.2011 vorgesehene dritte Lesung im Plenum fand jedoch nicht statt; vielmehr wurde auch dieser Gesetzentwurf von der Tagesordnung abgesetzt.

Jedoch auch hier hat er an seiner bisherigen Auffassung festgehalten und dem Plenum empfohlen, den Gesetzentwurf in nun-

---

## Mecklenburg-Vorpommern: Vergabegesetz in Kraft getreten

---

(am) Über den »Entwurf eines Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Mecklenburg-Vorpommern (Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern – VvG M-V)« der Fraktionen von SPD und CDU hatten wir mehrfach, zuletzt im BDI-Vergabebrief 7/11, S. 7, berichtet.

Nachzutragen bleibt, dass das Vergabegesetz vom 07.07.2011 nunmehr verkündet wurde (vgl. GVOBl. M-V S. 411). Es ist am 16.07.2011 in Kraft getreten und bis 31.12.2016 befristet.

## Niedersachsen: Kabinett beschließt Entwurf zur Änderung des Landesvergabegesetzes

(am) Das niedersächsische Kabinett hat am 23.08.2011 beschlossen, einen Entwurf zur Änderung des Niedersächsischen Landesvergabegesetzes auf den Weg zu bringen.

Neben redaktionellen Anpassungen an Vergabevorschriften, betreffend Verweise und Zitate, soll künftig bei präqualifizierten Unternehmen nicht noch einmal die Vorlage einer Tariftreueerklärung verlangt werden.

Die Landesregierung erhofft sich dadurch eine erhebliche Verringerung des Verwaltungsaufwandes für Vergabeverfahren bei Auftragnehmern und Auftraggebern.

Ein entsprechender Gesetzentwurf soll im September im Landtag behandelt werden.

## Nordrhein-Westfalen: Gesetz zur Änderung des ÖPNVG NRW in Kraft getreten

(am) Nachdem der Landtag den Entwurf für ein »Gesetz zur Änderung des ÖPNVG NRW – Anpassung an Vorgaben der VO (EG) 1370/2007 zur Direktvergabe im Öffentlichen Personennahverkehr« in 2. Lesung angenommen hatte (vgl. BDI-Vergabebrief 7/11, S. 8), bleibt nunmehr die Fundstelle anzugeben.

Das Gesetz vom 05.07.2011 ist am 15.07.2011 verkündet worden (vgl. GV. NRW. 2011, Nr. 16 vom 15.07.2011, S. 93).

## Sachsen: Vergabebericht 2010 vorgelegt

(am) Die Staatsregierung ist nach dem Sächsischen Vergabegesetz verpflichtet, dem Landtag jährlich bis zum 30. Juni über die Entwicklung des Vergabewesens des Vorjahres zu berichten. Der »Vergabebericht 2010 des Freistaates Sachsen« gibt Auskunft über die bei der Beschaffung von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen durch die staatlichen Stellen im Freistaat Sachsen im Jahr 2010 gewählten Vergabeverfahren, die Zahl der an die Privatwirtschaft erteilten Aufträge sowie deren Auftragswert.

Nicht erfasst sind Vergaben der Kommunen sowie Auftragsvergaben, die nicht in den Anwendungsbereich des Sächsischen Vergaberechts fallen, Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte und Vergaben im Bereich der Bundesbauverwaltung sowie die Vergaben von Fördermittelempfängern. Gleiches gilt für Zahl und Auftragsvolumen von VOL-Aufträgen mit einem Auftragswert von jeweils unter 500 Euro (ohne Umsatzsteuer).

Im Jahr 2010 wurden laut Bericht von den staatlichen Stellen im Freistaat Sachsen insgesamt 122.508 Aufträge mit einem Gesamtvolumen in Höhe von rd. 884,6 Millionen Euro vergeben. Im Vergleich zum Berichtsjahr 2009 sei die Zahl vergleichbarer Aufträge um 4.962 (3,89 Prozent), das Auftragsvolumen um rd. 65,2 Millionen Euro (6,86 Prozent) gesunken.

Ebenso wie sich die Zahl der Aufträge nach Öffentlicher Ausschreibung verringert habe, sei auch das Auftragsvolumen der vergebenen Aufträge gesunken. Die Zahl der Öffentlichen Ausschreibungen in 2010 belaufe sich auf 1.813 Aufträge; im Jahr 2009 seien es noch 2.221 Aufträge gewesen. Das Gesamtvolumen dieser Aufträge habe rd. 185,3 Millionen Euro betragen, im Vorjahr noch rd. 194,4 Millionen Euro. Der durchschnittliche Auftragswert bei einer Öffentlichen Ausschreibung habe im Berichtsjahr 102.197 Euro betragen und somit deutlich höher als

im Vorjahr (87.538 Euro) gelegen.

Die Zahl der Beschränkten Ausschreibungen sei im Vergleich zum Vorjahr nahezu unverändert. Sie habe sich im Jahr 2010 um 44 auf 3.087 Vergaben verringert. In 2010 seien beschränkt ausgeschriebene Aufträge im Gesamtwert von rd. 131,5 Millionen Euro vergeben worden. Im Verhältnis zu der Summe in Höhe von rd. 120,3 Millionen Euro im Jahr 2009 sei es bei den Beschränkten Ausschreibungen – trotz annähernd gleicher Zahl von Aufträgen – zu einem Anstieg bei den Auftragswerten gekommen. Der durchschnittliche Auftragswert bei einer Beschränkten Ausschreibung habe im Berichtsjahr bei 42.583 Euro und damit höher als im Vorjahr (38.420 Euro) gelegen.

Der Anteil der Freihändigen Vergaben habe weiterhin sowohl in Bezug auf die Zahl der Aufträge als auch auf das Auftragsvolumen überwogen. Im Berichtsjahr seien 117.608 Aufträge mit einem Auftragswert in Höhe von rd. 567,9 Millionen Euro freihändig vergeben worden. Im Jahr 2009 habe es 122.118 Freihändige Vergaben mit einem Gesamtvolumen in Höhe von 635,1 Millionen Euro gegeben. Der Rückgang von ca. 67,2 Millionen Euro entfalle ausschließlich auf den VOL-Bereich. Der durchschnittliche Auftragswert bei einer Freihändigen Vergabe habe 4.829 Euro betragen und sei damit geringer als im Vorjahr ausgefallen. Die hohe Zahl der Freihändigen Vergaben sei – trotz des Grundsatzes der Öffentlichen Ausschreibung – erklärbar. Zum einen seien Freihändige Vergaben bereits nach VOL/A und VOB/A unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Zum anderen hätten die Auftraggeber auch im Jahr 2010 von den Ausnahmeregelungen zur Anwendung der Freihändigen Vergabe (bis zu 100.000 Euro ohne Umsatzsteuer je Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag) im Zusammenhang mit dem Konjunkturpaket II Gebrauch gemacht.

Von den im Jahr 2010 insgesamt vergebenen Aufträgen seien 80.049 an Unternehmen mit Sitz in Sachsen vergeben worden, bezogen auf den Auftragswert mehr als zwei Drittel.

Entsprechend der Sächsischen Vergabedurchführungsverordnung, die vom Dienstherrn oder Arbeitgeber der für die Vergabe öffentlicher Aufträge Verantwortlichen verlangt sicherzustellen, dass ausreichend qualifiziertes Personal vorhanden ist und dass durch regelmäßige Qualifizierungs- und Fortbildungsmaßnahmen dieser Standard auch für die Zukunft gesichert wird, sei die Zahl der Teilnehmer an Schulungen bzw. Qualifizierungen zum Vergaberecht von 1.050 Teilnehmern des Vorjahres auf 1.319 Teilnehmer im Jahr 2010 gestiegen. Die Kosten für die Schulungs- und Qualifizierungsmaßnahmen seien gegenüber den Aufwendungen im Jahr 2009 von 80.245 Euro auf 77.509 Euro gesunken.

§ 9 der Sächsischen Vergabedurchführungsverordnung sieht bei Vergaben mit einem Auftragswert oberhalb von 50.000 Euro bei Lieferungen und Dienstleistungen beziehungsweise von 150.000 Euro bei Bauleistungen die Möglichkeit der Einschaltung der Nachprüfungsbehörde, d.h. die Aufsichtsbehörde der Vergabestelle, vor. Die Zahl dieser Nachprüfungsverfahren habe sich im Vergleich zum Vorjahr weiterhin reduziert. Während es im Jahr 2009 noch 41 Verfahren gegeben habe, sei deren Zahl im Jahr 2010 auf 37 Verfahren (24 Bauvergabe-Verfahren und 13 Liefer- und Dienstleistungs-Verfahren) gesunken. Von den 37 Verfahren seien sechs (ein VOB-Verfahren, fünf VOL-Verfahren) zugunsten der Antragsteller beendet worden, 21 Verfahren (15 VOB-Verfahren, sechs VOL-Verfahren) zugunsten der öffentlichen Auftraggeber; zehn Nachprüfungsverfahren seien anderweitig erledigt worden.

Die Zahl der Verfahren vor der Vergabekammer Sachsen habe sich erheblich reduziert. Während 2010 insgesamt 52 Verfahren stattgefunden hätten, seien es im Vorjahr noch 72 Verfahren

gewesen. Bei den 52 Verfahren vor der Vergabekammer Sachsen habe es sich um 31 VOL-Verfahren, 15 VOB-Verfahren und 6 VOF-Verfahren gehandelt. Davon seien 29 Verfahren durch Rücknahme bzw. Erledigung beendet worden. Von den übrigen 23 Verfahren seien 11 zugunsten der öffentlichen Auftraggeber und 12 zugunsten der Antragsteller entschieden worden.

Die Anzahl der Verfahren vor dem OLG Dresden sei gegenüber dem Vorjahr um fünf Verfahren auf 15 neue Verfahren gestiegen. Fünf Anträge seien zurückgenommen und fünf Anträge zurückgewiesen worden. Vier Verfahren hätten die Antragsteller erfolgreich beendet. Ein Verfahren sei überwiegend zurückgewiesen worden. Die nach wie vor geringe Zahl der Verfahren vor dem OLG Dresden lasse nach Angaben der Staatsregierung darauf schließen, dass die Entscheidungen der Vergabekammer im Regelfall richtig seien und von den Antragstellern akzeptiert würden.

Die vorstehenden Ausführungen lassen nach Ansicht des Freistaates Sachsen erkennen, dass der Grundsatz der öffentlichen Ausschreibung seine angemessene Beachtung gefunden habe, auch wenn der Anteil der Freihändigen Vergaben und Beschränkten Ausschreibungen weiterhin sehr hoch sei. Dies sei allerdings vor dem Hintergrund der Regelungen zur Vereinfachung der Vergaben im Rahmen des Konjunkturpaketes II auch kaum anders zu erwarten gewesen. Da die entsprechende Verwaltungsvorschrift zur Beschleunigung von Investitionen durch Vereinfachungen im Vergaberecht – VwV Beschleunigung Vergabeverfahren bis zum 31.12.2010 befristet war, wird es interessant sein zu erfahren, wie sich das Vergabeverhalten in Sachsen im Jahr 2011 entwickelt.

---

## Schleswig-Holstein: Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz in Kraft getreten

---

(am) Der Entwurf der Schleswig-Holsteinischen Landesregierung für ein »Gesetz zur Förderung des Mittelstandes (Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz)« wurde, wie zuletzt im BDI-Vergabebrief 7/11, S. 9, berichtet, vom Plenum des Schleswig-Holsteinischen Landtags am 30.06.2011 angenommen.

Nachzutragen bleibt insofern, dass das Gesetz vom 19.07.2011 unterdessen im Schleswig-Holsteinischen Gesetz- und Verordnungsblatt 2011 Nr. 14 vom 25.08.2011, S 244-248, verkündet wurde.

Interessant ist die Frage nach dem Inkrafttreten. Da im Gesetz selbst nichts bestimmt wurde, gilt Artikel 39 Abs. 3 der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein. Danach treten Gesetze,

wenn nichts anderes bestimmt ist, mit dem vierzehnten Tag nach Ablauf des Tages in Kraft, an dem sie verkündet worden sind. Dies war der 08.09.2011.

## Europa

### Hearing der Kommission zum Zugang von Unternehmen aus Drittstaaten

(ps) Am 8. Juli 2011 hat die Kommission ein kurzfristig angekündigtes öffentliches Hearing zum Zugang von Unternehmen aus Drittstaaten zu EU-Beschaffungsmärkten in Brüssel durchgeführt. Das Hearing gilt als Bestandteil der Konsultation zu diesem Thema (s. dazu vorstehenden Artikel), die wiederum Teil des Gesetzesfolgenabschätzungsverfahrens zum bevorstehenden Legislativvorschlags der Kommission ist. An der Veranstaltung nahmen rund 60 Vertreter von nationalen Regierungen der Mitgliedstaaten, europäischen Verbänden, Unternehmen, Institutionen, Anwaltskanzleien sowie einige Botschaftsvertreter aus China und Japan teil.

Zunächst gaben die Herren Anders Jessen, Referatsleiter bei der Generaldirektion Handel, und Erik Nooteboom, kommissarischer Direktor für Öffentliches Auftragswesen bei der Generaldirektion Binnenmarkt, die das Hearing gemeinschaftlich leiteten, eine Einführung in die Thematik. Beide verwiesen auf das ungleiche Maß der Marktöffnung auf Vergabemärkten in Europa und in Drittstaaten, was die Kommission zur Entwicklung der in der Konsultation vorgestellten verschiedenen Handlungsoptionen (s. BDI-Vergabebrief 7/11, S. 13) veranlasst habe, die nun näher zu erörtern seien. Nooteboom erwähnte dabei die inhaltlichen Zusammenhänge zwischen der aktuellen Initiative und dem »Single Market Act« (s. BDI-Vergabebrief 5/11, S. 6) sowie der momentan laufenden Gesamtrevision des EU-Vergaberechts. Jessen betonte, die EU habe in den internationalen Marktöffnungsverhandlungen stets weit gehende Öffnungsangebote gemacht, die von anderer Seite jedoch zumeist nicht erwidert worden seien. Inzwischen sei eine deutliche Unausgewogenheit der Marktöffnung entstanden.

In der folgenden Aussprache erklärte eine Vertreterin des gesamteuropäischen Industriedachverbands BUSINESSEUROPE, aus Sicht der europäischen Gesamtindustrie sei vor allem eine verstärkte Aufklärung der Vergabekreise über die vielfach nur unzureichend bekannte rechtliche Situation im Falle der Beteiligung von Bietern aus Drittstaaten notwendig. Besonders vorrangig sei es, bedeutende Drittstaaten zu veranlassen, dem GPA beizutreten. Etwaige Gegenmaßnahmen gegen Marktabschottungen müssten so ausgestaltet sein, dass sie nicht ihrerseits protektionistisch wirkten. Insoweit erscheine es als gangbarer Weg, die bestehenden EG-Vergabebestimmungen über ungewöhnlich niedrige Angebote strikter zu fassen, ohne dabei pauschale Marktabschottungen gegenüber Drittstaaten einzuführen.

Seitens des Dachverbands der europäischen Bauindustrie (FIEC) wurde erklärt, die Bauindustrie, die von den Unausgewogenheiten des Marktzugangs besonders negativ betroffen sei, votiere für die Option 3 A des Kommissionsvorschlags, d.h. eine grundsätzliche Verweigerung des Zugangs zu EU-Beschaffungsmärkten für Güter und Dienstleistungen bzw. Anbieter aus Drittstaaten, die weder das GPA noch bilaterale Öffnungsabkommen mit der EU unterzeichnet haben, ebenso wie für Angebote im Bereich der Ausnahmen (»derogations«) des GPA. Auch die Bauindustrie befürworte eine Überprüfung der gelten-

den Regelungen über ungewöhnlich niedrige Angebote.

Ein japanischer Diplomat hinterfragte kritisch, auf welche Weise die Kommission ermitteln wolle, ob ein Staat von der EU als »verschlossen« angesehen werde, und ob die Kriterien objektiv seien. Ein Vertreter des Bundeswirtschaftsministeriums warf die Frage auf, wie hoch die Kommission die Gefahr von Gegenmaßnahmen (Retorsionen) im Falle der Einführung der von der Kommission erwogenen EU-Maßnahmen einschätze.

Ein Vertreter des BDI unterstrich die große Bedeutung des Themas. Er verwies dabei auf die besondere Betroffenheit der Bauindustrie. Es bestehe zudem die Gefahr, dass sich die dort aufgetretenen Problemfälle künftig möglicherweise auch auf andere Wirtschaftsbereiche ausweiten könnten. Insoweit sei die Initiative der Kommission zu begrüßen. Allerdings dürften angesichts der außerordentlich wichtigen und vielfach auch sehr konstruktiven Zusammenarbeit der EU-Wirtschaft mit Unternehmen aus Drittstaaten diese nicht pauschal diffamiert werden. Wie auch von BUSINESSEUROPE betont, dürften etwaige EU-Reaktionen keinesfalls zu neuem Protektionismus führen; denn dieser könnte seinerseits Retorsionsmaßnahmen zur Folge haben, die sich sehr schädlich auf die vielfältigen europäischen Außenhandelsbeziehungen auswirken könnten. Im Übrigen drohe sogar die Gefahr neuer innereuropäischer Handelshemmnisse, soweit Diskriminierungen von Angeboten aus der EU mit Warenanteilen aus Drittstaaten erwogen würden.

Aus den genannten Gründen erscheine die Intention der Kommission, legislative Maßnahmen zu ergreifen, prinzipiell richtig. Allerdings empfehle es sich, andere, weniger pauschal diskriminierende Maßnahmen als die bislang erwogenen Optionen 3 A und 3 B zu ergreifen (»Option 4«). In Betracht kämen vor allem Präzisierungen der Vorschriften über ungewöhnlich niedrige Angebote. Im Übrigen bestehe der Eindruck, dass in der EU große Unsicherheiten bestehen, inwieweit bereits jetzt Anbieter aus nicht marktoffenen Drittstaaten legal zurückgewiesen werden könnten. Insoweit sei eine verstärkte Aufklärung sowie eine verbesserte Kohärenz der EU-Politiken sehr wichtig. Nötig erscheine auch eine verstärkte Information über Rechtsbehelfe nach WTO- und GPA-Recht.

Die vom BDI beobachtete Unsicherheit bzw. unterschiedliche Interpretation der Rechtsgrundlagen zur Zulassung von Angeboten aus Drittstaaten wurde auch von anderer Seite bestätigt. So wurde erwähnt, dass in Großbritannien die Zulassung von Angeboten aus Drittstaaten, die keinerlei Marktöffnungsabkommen unterzeichnet haben, wohl eher sehr restriktiv oder gar völlig ablehnend beurteilt wird. Dagegen wird in Deutschland wohl überwiegend von einer grundsätzlichen Marktöffnung auch für Angebote aus derartigen Drittstaaten ausgegangen.

Die Kommission antwortete auf die Beiträge dahin, dass die Frage der Marktoffenheit nach tatsächlichen Fakten wie dem Vorhandensein von Präferenzsystemen beurteilt werden solle, es könnten aber auch noch weitere Aspekte berücksichtigt wer-

den. Die Kommission sei sich der Unsicherheiten über die Rechtslage ebenfalls bewusst. Sie sei bestrebt, die Initiative so auszugestalten, dass die Initiative keine Retorsionsmaßnahmen hervorrufe. Überlegungen zur Änderung der Vorschriften über ungewöhnliche Angebote griff sie interessiert auf. Insoweit seien erschienen allerdings noch nähere Überlegungen erforderlich. Ferner bekräftigte die Kommission ihr Interesse an Erfahrungsberichten aus weiteren betroffenen Bereichen auch jenseits der Bauindustrie. Es sei auch von Interesse, inwieweit diejenigen Staaten, die das GPA oder bilaterale Marktöffnungsabkommen bereits unterzeichnet hätten, deren Regelungen auch in der Praxis einhielten.

In der weiteren Diskussion kritisierte der japanische Botschaftsvertreter nachdrücklich, dass aus japanischer Sicht auch die EU-Märkte teilweise sehr verschlossen seien, so beispielsweise

im Eisenbahnsektor. Darauf wurde allerdings von europäischer Seite erwidert, dass der Vorwurf der Marktverschlossenheit zumindest nicht pauschaliert werden dürfe, was insbesondere für Mitgliedstaaten mit wirksamem Vergaberechtsschutzpraxis wie Deutschland gelte. Abschließend dankte die Kommission allen Teilnehmern des Hearings für die intensive Diskussion und kündigte an, ihre Arbeiten zu diesem Thema im Zuge der Auswertung der Konsultation engagiert fortzuführen.

---

## EU-Konsultation zum Zugang von Unternehmen aus Drittstaaten beendet – erste Stellungnahmen

---

(ps) Am 2. August 2011 endete offiziell die Frist zur Abgabe von Stellungnahmen zur Konsultation der Kommission über den Zugang von Unternehmen aus Drittstaaten zu Beschaffungsmärkten in der EU (s. dazu bereits BDI-Vergabebrief 7/11, S. 13). Eine Reihe wichtiger »Stakeholder« hat sich an der Konsultation beteiligt bzw. der Kommission zusammenfassende Stellungnahmen zugeleitet. Angesichts des engen Zeitrahmens und teilweise wochenlanger Verspätung der offiziellen Übersetzungen der Konsultation in die Amtssprachen der Union sind viele Stellungnahmen erst nach Fristablauf eingereicht worden. Dies hat die Kommission mit Blick auf die Verspätung der Übersetzungen offenbar akzeptiert. Sie analysiert nun die eingegangenen Antworten im Zuge des Gesetzesfolgenabschätzungsverfahrens, das Teil der Vorbereitung des angekündigten Kommissionsvorschlages zu diesem Thema ist.

Aus Deutschland haben bisher unter anderem die Bundesregierung, der BDI und die neben anderen Industriezweigen besonders stark betroffene Bauindustrie Stellungnahmen zur Konsultation vorgelegt.

### *Stellungnahme der Bundesregierung*

In ihrer zusammenfassenden Stellungnahme zur Konsultation begrüßt die Bundesregierung, dass die Kommission sich diesem wichtigen Thema engagiert widmet. Sie lehnt allerdings die von der Kommission prioritär erwogenen Optionen 3 A und 3 B (zwingender oder optionaler Ausschluss von Unternehmen oder Waren aus Drittstaaten ohne vergleichbare Marktöffnung) als nicht sachgerecht ab.

Die Bundesregierung bestätigt zunächst, dass die Hindernisse für den Marktzugang von EU-Unternehmen zu Beschaffungsmärkten in Drittstaaten ein erhebliches Problem darstellen. Daher sei ein ausgewogener wechselseitiger Zugang zu Vergabeverfahren anzustreben. Besonders wichtig seien ein zügiger Abschluss der Revision des Government Procurement Agreement der WTO (GPA), der Beitritt Chinas zum GPA sowie die Abschlüsse substantieller Freihandelsabkommen u.a. mit den ASEAN-Staaten und Indien. Es treffe zu, dass EU-Unterneh-

men insoweit benachteiligt seien, als sie in Europa mit ausländischer Konkurrenz konfrontiert seien, während sie zu Vergabeverfahren in Drittstaaten nur sehr eingeschränkten Zugang hätten. Aus Sicht der Bundesregierung besteht das Problem allerdings primär im eingeschränkten Zugang von EU-Unternehmen zu Vergabeverfahren im Ausland. Konkurrenz für europäische Unternehmen bei Vergaben innerhalb der EU durch Unternehmen aus Drittstaaten sei als solche kein Problem, sondern verstärke den erwünschten Wettbewerb. Probleme entstünden nur, soweit es sich um unfaire Konkurrenz handele.

Vor diesem Hintergrund würde die Bundesregierung eine Prüfung durch die Kommission begrüßen, in wieweit das geltende Vergaberecht Möglichkeiten bietet, um ungewöhnlich niedrige Angebote aus Drittstaaten – beispielsweise von subventionierten Staatsunternehmen – vom Vergabeverfahren auszuschließen. Die Kommission möge auch prüfen, wie das Ziel, die EU-Position in internationalen Verhandlungen – vor allem gegenüber China – zu stärken, durch andere Maßnahmen als eine generelle Schließung der EU-Beschaffungsmärkte für Drittstaaten erreicht werden könne. Nötig sei die Schaffung von Klarheit über die bereits bestehenden Möglichkeiten zum Ausschluss von Unternehmen aus Drittstaaten von Ausschreibungen in der EU. Aus Sicht der Bundesregierung obliegt es – vorbehaltlich europarechtlicher Regelungen – jedem Mitgliedstaat festzulegen, ob und unter welchen Voraussetzungen ausschreibende Stellen Unternehmen, Waren oder Dienstleistungen aus Drittstaaten von Vergabeverfahren ausschließen können. Mehrere Mitgliedstaaten sähen solche Möglichkeiten in ihrem nationalen Recht vor.

Demgegenüber lehnt die Bundesregierung die in der Konsultation von der Kommission präsentierten Optionen 3 A und 3 B ausdrücklich ab. Zur Begründung führt sie aus, beschränkende Maßnahmen der EU würden ein handelspolitisch falsches Signal setzen, das dem Prinzip des Freihandels widerspreche und die Protektionismusspirale zusätzlich antreibe. Damit würde die Gefahr von handelspolitischen Gegenmaßnahmen (Retorsionsmaßnahmen) gegenüber EU-Unternehmen bzw. deutschen Unternehmen steigen. Abschirmung von Wettbewerb bewirke

keinen Anreiz für die heimische Wirtschaft, selbst besser zu werden.

Bei den von der Kommission aufgeführten Optionen für neue Rechtsvorschriften stellten sich im Übrigen praktische Probleme, insbesondere im Hinblick auf die Festlegung, welche Waren, Dienstleistungen und Anbieter einem Drittstaat zuzuordnen sind. Außerdem bestehe die Gefahr, dass Angebote von europäischen Unternehmen, die einen erheblichen Anteil chinesischer oder anderer ausländischer Erzeugnisse enthalten, auf diese Weise von Vergabeverfahren ausgeschlossen würden. Außerdem dürfte es in der Praxis für die öffentlichen Auftraggeber schwierig sein, angesichts der komplizierten Regelungen in den Anhängen des GPA und in den Freihandelsabkommen den genauen Umfang der internationalen Verpflichtungen der EU gegenüber Drittstaaten festzustellen. Schließlich würden die von der Kommission erwogenen Pflichten zur Information der Kommission über den Erwerb von Waren oder Dienstleistungen aus einem Drittstaat hohen bürokratischen Aufwand verursachen und damit den Zielen der aktuellen Vergaberechtsreform zuwiderlaufen.

#### *Stellungnahme des BDI*

In einer ausführlichen Stellungnahme, die prinzipiell zu allen Fragen der Konsultation Stellung bezieht, bestätigt der BDI ebenso wie die Bundesregierung die große Bedeutung des Themas. Nicht-legislative Initiativen als Maßnahmen zur Überwindung der bestehenden Unausgewogenheit seien notwendig, jedoch angesichts der Zuspitzung der Probleme im Bausektor nicht mehr allein ausreichend. Daher sei der Ansatz der Kommission, legislative Maßnahmen zu ergreifen, prinzipiell richtig. Allerdings ist der BDI – gestützt auf eine gründliche industrie- weite Abstimmung und in Übereinstimmung mit der Bundesregierung – überzeugt, dass die Optionen 3 A und 3 B der Kommission nicht geeignet sind. Sie könnten zu neuen Wettbewerbsverzerrungen und Handelskonflikten und damit sehr nachteiligen Folgen für die Gesamtindustrie führen. Zu befürchten seien dabei auch innergemeinschaftliche Probleme im Falle der Zurückweisung von Angeboten aus der EU mit Warenanteilen aus Drittstaaten. Solche Negativ-Auswirkungen könnten sogar über den Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens hinausreichen und die avisierten Vorteile des erwogenen Instruments ins Gegenteil verkehren.

Um die vorgenannten Nachteile zu vermeiden, schlägt der BDI ein umfangreiches Maßnahmenpaket aus nichtdiskriminierenden, legislativen Maßnahmen einerseits und nicht-legislativen Initiativen andererseits vor (Option 4 im Sinne der Frage 3 des Kommissionsfragebogens unter der Rubrik »Ihre Meinung zur Initiative«). Zunächst schlägt der BDI folgende legislative Maßnahmen vor:

- Schärfung der Vorschriften für ungewöhnlich niedrige Angebote durch Änderung der diesbezüglichen Vorschriften der EU-Vergaberichtlinien;
- Einführung einer Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, im Falle der Beteiligung eines Staatsunternehmens aus einem Drittstaat, der das GPA nicht unterzeichnet hat, die Mitbieter hiervon in Kenntnis zu setzen; damit würden die übrigen Bieter in die Lage versetzt, Rechtsverstöße solcher Wettbewerber gegen Vergabe-, Wettbewerbs- und WTO-

Recht rechtzeitig geltend machen zu können;

- rechtliche Klarstellung des Ausschlusses bzw. der Rückforderung von EU-Fördermitteln für Projekte, bei denen Anbieter aus Drittstaaten, die das GPA nicht unterzeichnet haben, im Wege der Vergabe öffentlicher Aufträge in die Projektausführung eingeschaltet werden;
- Schließung der Regelungslücke, dass es auf EU-Ebene für den Dienstleistungsbereich bislang keine den Güterbereich entsprechende Schutzinstrumente wie etwa ein Anti-Dumpingverfahren oder ein Anti-Subventionsinstrument gibt.

Begleitet werden sollten diese Maßnahmen von folgenden nicht-legislativen Maßnahmen:

- verstärkte Aufklärung der Vergabebeteiligten über die Rechtsgrundlagen im Falle der Beteiligung von Bietern aus Drittstaaten an Ausschreibungen innerhalb der EU, vor allem Schulung der Auftraggeber über Voraussetzungen und Auswirkungen des GPA auf die Vergabepaxis in der EU und Information der Wirtschaft über Rechtsbehelfe bzw. Streitbeilegungsmechanismen nach WTO- bzw. GPA-Recht;
- Evaluation in festgelegten Abständen, inwieweit EU-Unternehmen tatsächlich Verstöße von Wettbewerbern aus Drittstaaten ohne Marktöffnungsvereinbarungen geltend machen;
- Initiierung einer Task Force auf EU-Ebene zur Verbesserung der Kohärenz zwischen der gemeinsamen EU-Außenhandelspolitik einerseits und der Beschaffungspraxis in den einzelnen Mitgliedstaaten im Verhältnis zu Anbietern aus Drittstaaten andererseits;
- gesteigerte Einflussnahme der EU auf China, nach langer Verzögerung nun in Kürze ein akzeptables Angebot zum GPA-Beitritt vorzulegen;
- neue Initiative der EU, im Kontext des General Agreement on Trade in Services (GATS) spürbare Liberalisierungsfortschritte im Bereich des Bausektors zu erreichen (insbesondere auch mit Blick auf den für die Bauwirtschaft wichtigen GATS-Modus 3 (kommerzielle Präsenz im Ausland).

Der BDI sieht den Vorzug des von ihm vorgeschlagenen Maßnahmenpakets darin, dass mit den diesen Vorschlägen keine pauschalen, möglicherweise pauschal diskriminierenden Maßnahmen gegen bestimmte Staaten, Unternehmen oder Waren verhängt werden. Vielmehr werde damit ein strikt nichtdiskriminierend angelegtes Instrument geschaffen, das bewusst auf eine gezielte Bekämpfung konkret beanstandungsbedürftiger Angebotspraktiken konzentriert sei. Damit könnten einerseits Dumpingangebote aus Drittstaaten effektiv bekämpft werden und andererseits die Gefahr allgemeiner handelspolitischer Verwerfungen vermieden werden.

#### *Stellungnahme des Hauptverbands der Deutschen Bauindustrie*

Besonders von dumpingverdächtigen Angeboten aus Drittstaaten auf einigen EU-Vergabemärkten betroffen, votiert die deutsche Bauindustrie in ihrer branchenbezogenen Stellungnahme für die Option 3 A der Kommission. Diese branchenorientierte Position reicht deutlich weiter als die in der BDI-Stellungnahme zum Ausdruck kommende Position der deutschen Gesamtindustrie, die durch Befürchtungen vieler Seiten gekennzeichnet ist, eine Einführung genereller Zugangsbarrieren für Unternehmen oder Waren aus bedeutenden Drittstaaten wie China könne sehr negativ auf die intensiven deutschen Außen-

handelsinteressen zurückwirken.

Auch wenn die Position der Bauindustrie hinsichtlich Option 3 A partiell weiter reicht als die gesamtindustrielle Position, stimmen BDI und Bauindustrie bezüglich der Vorschläge in vielen Punk-

ten des BDI-Maßnahmenpakets überein. Insoweit wird die Stellungnahme des BDI vom Hauptverband der Deutschen Bauindustrie mitgetragen.

## Stellungnahme des Ausschusses der Regionen zur Modernisierung des öffentlichen Auftragswesens

(ps) Am 01.07.2011 ist eine ausführliche Stellungnahme des Ausschusses der Regionen der EU zur Modernisierung des öffentlichen Auftragswesens im Amtsblatt der EU veröffentlicht worden. Die Stellungnahme, die vor dem Hintergrund der diesbezüglichen Konsultation der Kommission erarbeitet wurde, war vom Ausschuss der Regionen in seiner Plenarsitzung vom 11. und 12.05.2011 verabschiedet worden. Der vollständige Titel der Stellungnahme lautet: »Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens: Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge«. Berichtersteller des Ausschusses für diesen Bericht ist der Niederländer Henk Kool (NL/SPE), Mitglied des Stadtrats von Den Haag. Im Anschluss an einige einführende Erwägungen gliedert sich der ausführliche Bericht in politische Empfehlungen allgemeiner Art (I) und zahlreiche Empfehlungen zu Einzelspekten (II), die unter Stichworten wie KMU, Flexibilität, Innovation, u.a. gebündelt sind. Die Stellungnahme umfasst vor allem folgende Forderungen und Anregungen:

### *I. Politische Empfehlungen des Ausschusses der Regionen:*

Zunächst begrüßt der Ausschuss, dass die Kommission in ihrem Grünbuch Ansichten lokaler und regionaler Gebietskörperschaften sowie weiterer Auftraggeber in Bezug auf Themen wie Einsparung, Modernisierung, Klärung und Vereinfachung Aufmerksamkeit widme. Der Ausschuss vertritt die Auffassung, die Richtlinie 2004/18/EG sei teilweise zu detailliert und plädiert für eine Vereinfachung der Richtlinie. Ferner rät er zu Klärungen in einer Reihe von Punkten und hält eine Kodifizierung in zwischen ergangener relevanter Rechtsprechung des EuGH in der Richtlinie für sinnvoll.

Des Weiteren votiert der Ausschuss dafür, dass bei »B«-Dienstleistungen, Finanzhilfen, Grundstückstransaktionen und Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte keine Vergabe- bzw. Transparenzpflicht gelten sollte, wenn kein grenzübergreifendes Interesse vorliege.

Dazu muss allerdings angemerkt werden, dass wohl näher zu prüfen wäre, inwieweit die Transparenzpflicht in einer Richtlinie überhaupt ausgeschlossen werden kann, da Transparenzpflichten auch unabhängig von der Richtlinie bereits nach dem EU-Primärrecht gelten, das nicht durch Richtlinien – d.h. Sekundärrecht – abbedungen werden kann.

Im Rahmen seiner politischen Empfehlungen befürwortet der Ausschuss schließlich die Anregung zur Steigerung der Professionalität bei öffentlichen Auftraggebern sowie Anbietern. Er plädiert dafür, nationale Wissenszentren und ein übergeordnetes europäisches Wissenszentrum als Kompetenzzentren einzurichten. Deren Nutzung sollte allerdings nicht verpflichtend

vorgeschrieben werden.

### *II. Weitere Empfehlungen*

- Stichwort KMU, Ausweitung des Verhandlungsverfahrens

Unter dem Stichwort KMU fasst der Ausschuss sehr unterschiedliche Forderungen der Regionen und Kommunen zusammen, die von Erleichterungen der Nachweispflicht der Bieter bis zur Ausdehnung der Befugnisse des Auftraggebers zur Anwendung des Verhandlungsverfahrens reichen. Zunächst befürwortet der Ausschuss den Vorschlag der Kommission, dass Bieter künftig zunächst nur Eigenerklärungen übermitteln müssen und nur diejenigen, die die Zuschlagsphase erreicht haben, bzw. der erfolgreiche Bieter, die Originaldokumente vorlegen müssen.

Ferner empfiehlt der Ausschuss, Bieter zu ermöglichen, auf nationaler Ebene einen »Ausschreibungspass« zu beantragen. Der »Pass« solle belegen, dass ein Unternehmer Erklärungen und Bescheinigungen vorlegen kann, die häufig von Auftraggebern gefordert werden. Habe ein Unternehmer einmal einen Pass beantragt, brauche er nicht immer wieder dieselben Bescheinigungen einzureichen. Auf diese Weise könnten viel Zeit und Ressourcen gespart werden. Eine unnötige Akkumulierung von Aufträgen sei im Sinne von KMU nicht wünschenswert; die Kommission möge stärker die Bedeutung der Unterteilung in Lose betonen.

Ebenfalls unter dem Stichwort KMU fordert der Ausschuss schließlich, das Verhandlungsverfahren als reguläres Verfahren zuzulassen. Dies solle in gleicher Weise wie in der Sektorenrichtlinie (RL 2004/17/EG) geschehen. Die Auftraggeber sollten den Verfahrenstyp somit frei wählen dürfen. Zur Begründung wird angeführt, das Verhandlungsverfahren ermögliche öffentlichen Auftraggebern und Bieter ein gewisses Maß an Flexibilität und könne nach Meinung des Ausschusses für KMU nicht von Nachteil sein. Letzteres wird allerdings von nennenswerten Teilen der Wirtschaft – vor allem wegen der geringen Transparenz beim Verhandlungsverfahren – anders gesehen.

- Mehr Flexibilität

Der Ausschuss empfiehlt, in den Vergabeverfahren mehr Flexibilität zu ermöglichen. Das Vergaberecht sei komplex, und die Möglichkeiten eines Bieters, sein Angebot nachzubessern, seien begrenzt. In der neuen Richtlinie oder deren Begründung solle näher erläutert werden, welche Nachbesserungen des Bieters zulässig sind und welche Ergänzungen bzw. Anpassungen vorgenommen werden dürfen.

Ferner wird gefordert, ein einfaches Verfahren zu schaffen, mit

dem ein öffentlicher Auftraggeber seinen Auftrag ändern könne, ohne dass es einer neuen Ausschreibung bedürfe. In Betracht komme z.B. eine offizielle Berichtigung mit kurzer Verlängerung der Einreichungsfrist. Ferner wird eine Lockerung der geltenden Bestimmung zu Anpassungen befürwortet. Mehr Flexibilität sollte künftig auch in den Bestimmungen für Rahmenvereinbarungen vorgesehen werden, in Anlehnung an die Sektorenrichtlinie. Unter anderem sollten Bestimmungen über die Laufzeit der Verträge gestrichen werden.

- Innovation, soziale Kriterien, Nachhaltigkeit, Umweltschutz

Der Ausschuss begrüßt die Aufmerksamkeit, welche die Kommission politischen Zielen wie Umweltschutz, Stärkung der sozialen Eingliederung, verbesserter Zugang für Menschen mit Behinderungen und Förderung von Innovation widmet. Die Rolle der öffentlichen Verwaltungen in der Innovationsförderung müsse aufgewertet werden. Dies gelte auch für große Entwicklungsvorhaben, die komplexe gesellschaftliche Herausforderungen lösen sollen und über Konsortien abgewickelt würden. Insofern müsse es Auftraggebern ungeachtet der Ausschreibungsvorschriften möglich sein, auf dem Verhandlungsweg verschiedene Kompetenzen zusammenzubringen und dabei auch die Beteiligung kleiner Unternehmen zu ermöglichen.

Die Regionen und Kommunen legen großen Wert auf die Möglichkeit, Ziele wie Innovation, Soziales, Nachhaltigkeit und Umweltschutz über Ausschreibungen zu realisieren. Die Erreichung dieser Ziele werde jedoch durch die bisher geltende Voraussetzung eingeschränkt, dass die genannten Aspekte mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssten. Von der Vorgabe dieser Voraussetzung sollte künftig abgesehen werden.

Das Zuschlagskriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots sei ein »ausgezeichnetes Instrument« mit Blick auf Ziele wie Innovation und Berücksichtigung von sozialen und umweltorientierten Aspekten. Allerdings sollte auch das alternative, auf EU-Ebene ebenfalls zulässige Prinzip der Beschaffung nach dem niedrigsten Preis nicht abgeschafft werden. Dem Auftragnehmer müsse insoweit Spielraum belassen werden. Sozial- und Umweltforderungen könnten hier auch im Wege von Mindestanforderungen vorgegeben werden. Schließlich sei es Auftraggebern nicht immer möglich, die Einhaltung sozialer Aspekte in den Auftragsbedingungen in der gesamten Lieferkette zu überwachen. So sei es schwer zu kontrollieren, ob bei einem Herstellungsprozess in einem Drittstaat ausbeuterische Kinderarbeit zum Einsatz komme. Die Kommission wird gebeten, diesem Problem Aufmerksamkeit zu widmen.

Der Ausschuss empfiehlt, folgende neue Verfahren in der reformierten Richtlinie einzuführen:

- neuer »Marktplatz für A-Dienstleistungen«

Dazu soll ein in einigen Mitgliedstaaten geltendes Modell eines solchen Marktplatzes für B-Dienstleistungen als Vorbild fungieren. Dabei wird keine allgemeine Rahmenvereinbarung ausgeschrieben, sondern jeder Einzelauftrag auf einem sog. (digitalen) Marktplatz ausgeschrieben, so dass sich viele Auftragsgelegenheiten auf der Plattform befinden. Interessenten können auf jeden einzelnen Auftrag reagieren. Der Anbieter, der jeweils das wirtschaftlich günstigste Angebot einreicht, erhält den Zuschlag.

- Verfahrensmodell für »bürgerbestimmte Auswahl«

Dieses Modell ist eine Lösung für Aufträge, bei denen die Entscheidung der Bürger für ein bestimmtes Unternehmen von Bedeutung ist. Dies kommt u.a. bei Aufträgen zum Tragen, bei denen es um persönliche Dienstleistungen geht. Bei diesem Verfahren können alle Bieter, die den Qualitätsanforderungen genügen und einem vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten (Höchst-)Preis zustimmen, einen Rahmenvertrag erhalten. Anschließend wählen die Bürger aus, von welcher Organisation sie die persönliche Dienstleistung erbracht erhalten möchten.

- Besonderes Verfahren (kürzere Beschwerdefrist) für Aufträge mit starken Preisschwankungen

Für Aufträge auf Märkten mit großen Preisschwankungen – wie dem Energiemarkt – sei es aus Sicht der Auftraggeber wünschenswert, dass die Beschwerdefrist möglichst kurz ist, da das Angebot des Bieters auf dem Marktpreis am Tag der Einreichung des Angebots gründe. Gefordert wird, in der reformierten Richtlinie vorzusehen, dass für solche Märkte eine angepasste Beschwerdefrist gilt.

- Erhöhung der Schwellenwerte

Der Ausschuss plädiert dafür, die Schwellenwerte für Lieferungen und Dienstleistungen erheblich höher anzusetzen als bisher. Die Erhöhung der Schwellenwerte sollte Gegenstand jeglicher Neuverhandlung des WTO-Abkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) sein.

- Stichwort Grundsatz der Transparenz

Nach Meinung des Ausschusses ist es nicht immer deutlich, ob ein grenzübergreifendes Interesse vorliegt. Eine Klärung, die öffentlichen Auftraggebern mehr Sicherheit in Bezug auf die Frage gibt, was unter »grenzübergreifend« zu verstehen ist, sei sinnvoll.

Aufträge unterhalb der europäischen Schwellenwerte sollten – wie es der Ausschuss formuliert – nicht unter den Begriff »grenzübergreifend« fallen. Die Kommission wird um eine Klärung gebeten, für welche Aufträge, die nicht unter die Richtlinie fallen, der Grundsatz der Transparenz gelte.

- Neuaufteilung der »A«- und »B«-Dienstleistungen

Der Ausschuss plädiert dafür, die geltende Aufteilung in »A«- und »B«-Dienstleistungen beizubehalten. »A«-Leistungen, die nicht für den grenzüberschreitenden Handel geeignet seien, sollten allerdings in die Kategorie »B« überführt werden.

- Ausschlüsse

Die Kommission wird gebeten, den Bestimmungen zu Aufträgen, die nicht unter die Richtlinie fallen, mehr Aufmerksamkeit zu widmen und insoweit Klärungen herbeizuführen.

Ferner wird ein Ausschluss von der Ausschreibungspflicht bei Aufträgen zwischen öffentlichen Auftraggebern in der reformierten Richtlinie gefordert, so dass insoweit generell keine Ausschreibungspflicht bestehen würde; dies würde über die

Grundsätze der Rechtsprechung des EuGH zur öffentlich-öffentlichen Kooperation hinausgehen.

Ausschlüsse von der Ausschreibungspflicht werden schließlich auch für den Bereich der Innovationsförderung gefordert – so z.B. der Vorschlag, dass eine Freistellung von der Ausschreibungspflicht für zwei Jahre ab dem Zeitpunkt der Erteilung eines Patents auf eine Erfindung gelten könnte.

- Berücksichtigung früherer Erfahrungen mit einem Bieter

Öffentliche Auftraggeber sollten die Möglichkeit haben, bei Ausschreibungen auf Erfahrungen zurückzugreifen, die ein öffentlicher Auftraggeber bereits mit Auftragnehmern gemacht hat. Dazu wird ein System empfohlen, dass es gestattet, eigene Erfahrungen mit einem bestimmten Unternehmen einfließen zu lassen, wobei das System Objektivität gewährleisten müsse.

- Definition ausschreibungspflichtiger Aufträge

Der Anwendungsbereich der neuen Richtlinie soll auf Beschaffungen des öffentlichen Auftraggebers selbst beschränkt werden. Der Ausschuss empfiehlt eine Klärung der Definition eines ausschreibungspflichtigen Auftrags mittels einer Kodifizierung der einschlägigen Rechtsprechung.

Geprüft und ggf. vereinfacht werden sollte ferner die Definition öffentlicher Bauaufträge, die öffentliche Auftraggeber oft vor Schwierigkeiten stelle.

- Einrichtungen des öffentlichen Rechts

Schließlich wird eine besondere Beachtung der Situation kleiner Einrichtungen des öffentlichen Rechts gefordert, für die Aus-

schreibungspflichten eine unverhältnismäßige Belastung bedeuteten. Überdies müsse die Definition der Einrichtung des öffentlichen Rechts überarbeitet werden, da es oft schwierig sei nachzuprüfen, ob es sich bei einem Auftraggeber um eine Einrichtung des öffentlichen Rechts handelt.

Insgesamt ist die Stellungnahme des Ausschusses der Regionen sehr stark von den teilweise äußerst weitgehenden Forderungen der Kommunen nach Reduzierung wesentlicher vergäberechtlicher Vorgaben geprägt und widerspricht damit in etlichen Punkten der Position der Wirtschaft.

Dies wird der BDI in der weiteren Diskussion in Brüssel nachdrücklich klarstellen.

---

## EU-Reform zu Konzessionen nun doch bald zu erwarten

---

(ps) Hatten wir noch im Juni berichtet, dass sich der seit langem angekündigte Kommissionsvorschlag zur Reform des Konzessionsrechts noch in der »black box« befinde (s. BDI-Vergabebrief 6/11, S. 13), verdichten sich aktuell die Zeichen dafür, dass er nun doch bald nach der Sommerpause von der Kommission verabschiedet werden könnte. Soweit ersichtlich, wird der Kommissionsvorschlag in Form einer Änderungsrichtlinie zur geltenden Vergaberichtlinie 2004/18/EG erfolgen und darauf verzichten, eine eigenständige, vollumfängliche Regulierung zu Konzessionen zu etablieren. Kern der Neuregelung wird aller Voraussicht nach sein, dass künftig auch für Dienstleistungskonzessionen eine EU-weite Ausschreibungspflicht legislativ klar gestellt wird. Damit wird die Rechtsprechung des EuGH, wonach bei großen Konzessionen bereits jetzt eine angemessene Publizität geschaffen werden muss, bestätigt und insoweit konkretisiert, als die Veröffentlichung künftig wie bei Baukonzessionen nun im EU-Amtsblatt bzw. im EU-Veröffentlichungsorgan TED (Tenders Electronic Daily) zu erfolgen hat. Im Übrigen wird der Reformentwurf einige ergänzende Klarstellungen enthalten, die jedoch nicht auf eine umfassende Regulierung im Sinne einer vollständigen Verfahrensregelung hinauslaufen.

Als wesentliches Motiv für die Vorlage des Reformvorschlags nennt die Kommission unverändert aus ihrer Sicht bestehende Rechtsunsicherheiten bei Dienstleistungskonzessionen. Die Reforminitiative war von Anfang an sehr umstritten. Entgegen eher vereinzelter Stimmen hatten viele Beteiligte die Existenz nennenswerter Rechtsunsicherheiten, die eine Änderung unverzichtbar machen würden, bestritten. Zudem hatten die Kritiker wiederholt geltend gemacht, eine Reform dürfe keinesfalls auf eine vollständige Normierung aller Details des Verfahrens der Konzessionsvergabe hinauslaufen, da dies der erforderlichen Flexibilität des Instruments schade.

Mit dem jetzt zu erwartenden Vorschlag beschreitet die Kommission offenbar einen Mittelweg, indem sie einerseits nicht auf die Reform verzichtet, andererseits aber davon absieht, das Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen vergleichbar den anderen Vergabeverfahren im Einzelnen zu normieren.

Eigenartig bleibt, dass die zu erwartende Änderungsrichtlinie nun wohl doch noch als separates Dossier eingebracht wird, obwohl voraussichtlich bereits in drei bis vier Monaten der Vor-

schlag für eine umfassende Änderung der Richtlinie 2004/18/EG folgen wird. Diese Trennung der Reformen in zwei kurz hintereinander folgende Richtlinienvorschläge erscheint aufwendig und sachlich nur schwer nachvollziehbar. Erklärbar dürfte sie am ehesten damit sein, dass die Kommission die Konzessionsreform nun auf jeden Fall »ins Trockene« bringen will, bevor die

möglicherweise doch länger dauernde Gesamtrevision zum Abschluss kommt. Legt die Kommission ihren Vorschlag zu Konzessionen vor, bedarf es anschließend noch seiner Beratung im Europäischen Parlament und im Rat. Eine endgültige Verabschiedung der Reform zu Konzessionen ist daher kaum vor Mitte 2012 möglich.

## EU-Konferenz zur Modernisierung des öffentlichen Auftragswesens am 30.06.2011 – wesentliche Einzelheiten

(ps) Anknüpfend an unseren Kurzbericht im letzten BDI-Vergabebrief (7/11, S. 13) kommen wir wie angekündigt nochmals auf dieses wichtige Hearing zurück. Im Folgenden geben wir einen ausführlichen Überblick über die wesentlichen Aussagen der Reden bzw. Diskussionen, die sämtlich von der britischen Journalistin Jacki Davis moderiert wurden.

### *Eröffnungsansprache von Binnenmarktkommissar Michel Barnier*

Barnier betonte, er messe dem öffentlichen Auftragswesen sehr große Bedeutung bei. Man müsse es als Teil eines größeren politischen Gesamtzusammenhangs sehen. Es bestehe ein weitreichender Konsens über die Notwendigkeit der Reform. Allerdings habe sich auch gezeigt, dass sich die Vergaberichtlinien grundsätzlich bewährt und zu erheblichen Einsparungen bei der Beschaffung geführt hätten. Deutlich gab Barnier zu erkennen, dass er Vereinfachungen insbesondere durch Änderungen beim Verhandlungsverfahren anstrebt. Auch müsse über Vereinfachungen bei der Dokumentation nachgedacht werden. Unter den ihm besonders wichtig erscheinenden Themen nannte er ferner eine Prüfung des Verhältnisses von Eignungs- und Zuschlagskriterien. Weiterhin erwähnte er die Notwendigkeit von Optimierungen bei der elektronischen Beschaffung. Dabei verwies er auf Erfolge des neuen zentralen portugiesischen eVergabe-Systems, das bereits bei der Anhörung der Kommission zur eBeschaffung besonders herausgestellt worden war.

Barnier sprach ferner an, dass man auch über eine Erhöhung der Schwellenwerte nachdenken müsse. Er wolle darüber mit den Beteiligten diskutieren. Ein weiteres wichtiges Thema sei die öffentlich-öffentliche Kooperation. Hierzu gebe es inzwischen allerdings nennenswerte Rechtsprechung. Sehr bedeutsam sei auch das Stichwort »strategischer Einkauf«, wobei es um die Erreichung eines »neuen Wachstums« im Hinblick auf die umweltorientierte Beschaffung gehe. Eine wichtige Rolle spiele insoweit die Betrachtung der gesamten Lebenszykluskosten eines Produkts. Ausdrücklich betonte Barnier ferner die Orientierung der Beschaffung an sozialen bzw. humanen Zielsetzungen. Diesbezüglich werde allerdings von vielen auf die Bedeutung der Bezugnahme derartiger Aspekte auf den Auftragsgegenstand aufmerksam gemacht. Barnier ermutigte alle Beteiligten zu einer engagierten Teilnahme an der Diskussion. Die Kommission sei ernsthaft an der Meinung aller »Stakeholder« interessiert, und eine Beteiligung an der Konsultation werde gewiss nicht umsonst sein.

### *Einführungsvortrag von Maxime Verhagen, Wirtschaftsminister der Niederlande*

Verhagen begrüßte nachdrücklich die Modernisierungsinitiative

der Kommission. Vergabeverfahren müssten einfacher, billiger und flexibler gestaltet werden. Unnötige Erschwernisse müssten abgebaut werden. Er plädierte auch für eine Erhöhung der Schwellenwerte, um »mehr Flexibilität« zu erreichen. Für viele Konferenzteilnehmer sichtlich überraschend, schlug er eine Erhöhung des Schwellenwerts für Lieferleistungen auf 390.000 Euro vor, ohne dabei allerdings auf die einer solchen Erhöhung entgegenstehenden Vorgaben des Government Procurement Agreement (GPA) einzugehen.

Weiterhin berichtete Verhagen, in den Niederlanden bestehe eine allgemeine politische Zielsetzung, den Bürokratieaufwand um 20 Prozent zu reduzieren. Einen wichtigen Beitrag im Bereich des Vergaberechts könne dazu die Zulassung von Eigenklärungen leisten. Ferner sei es nötig, künftig Marktconsultationsverfahren im Vorfeld von Vergabeverfahren eindeutig zuzulassen. Insgesamt wolle man sich in den Niederlanden weniger auf Vorschriften als auf Effektivität im Vergabewesen konzentrieren. Es gehe um die Erreichung einer kraftvolleren Beschaffung (»more purchasing power«), um die Beschaffung »grüner« zu machen, wobei man jedoch keine rechtlichen Verpflichtungen einführen sollte. In den Niederlanden herrsche das Prinzip einer hundertprozentig grünen Beschaffung, wobei funktionale Leistungsbeschreibungen eine wichtige Rolle spielten.

- Panel I (zur Vereinfachung der Vergabeverfahren und zu besserem Marktzugang)

*Dr. Andreas Schwab, MdEP, Europäische Volkspartei (EVP) / D* Schwab führte aus, im Grundsatz habe sich das 2004 geschaffene Regelwerk, zu dem erst seit dem Ablauf der Umsetzung im Jahre 2006 praktische Erfahrungen gesammelt werden konnten, bewährt. Einigkeit bestehe allerdings darin, dass die Beschaffung »grüner« werden müsse und der Zugang von KMU zu öffentlichen Aufträgen verbessert werden müsse. Schwierig sei die Frage, wie dies am besten bewirkt werden könne. Die Reformen müssten so gestaltet werden, dass dabei nicht die bereits gewonnene Transparenz und die Effektivität der Beschaffung beschädigt würden. Nötig erscheine eine verstärkte Schulung im Vergabewesen. Bedeutsam sei schließlich auch die Erreichung eines ausgewogenen Zugangs im Verhältnis zwischen der EU und Drittstaaten. Insoweit müsse ein fairer Kompromiss gefunden werden.

### *Henk Kool, Vize-Bürgermeister von Den Haag und Berichterstatter des Ausschusses der Regionen zum öffentlichen Auftragswesen*

Kool verwies zunächst auf den vom Ausschuss der Regionen vorgelegten Bericht zum öffentlichen Auftragswesen (s. dazu gesonderten Bericht in dieser Ausgabe, S. 17). Der Ausschuss

der Regionen habe zehn Prinzipien zur Reform des Vergaberechts herausgearbeitet. Besonders wichtig sei, eine stärkere Vereinfachung zu erreichen. Insoweit ging Kool über die Vorschläge von Schwab hinaus. Wichtig sei die Schaffung von »Knowledge Institutes« in allen Mitgliedstaaten. Im Sinne einer stärkeren Flexibilisierung des Vergabewesens sollten »Marktplätze für Dienstleistungen« geschaffen werden. Sinnvoll sei auch, ein »public choice« - Modell einzuführen, auf das Kool allerdings nicht näher einging. Er plädierte dafür, dass Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern zulässig sein müssten, wobei er allerdings auch darauf nicht näher einging. Schließlich bekräftigte Kool, auch im Vergabewesen seien die Prinzipien des EU-Grundsatzprogramms »Europa 2020« zu berücksichtigen.

*Kamil Rudolecky, Stellv. Direktor der Tschechischen Behörde für den Schutz des Wettbewerbs*

Auch Rudolecky unterstrich die Notwendigkeit von Vereinfachungen. Wichtig seien aus seiner Sicht vor allem Vereinfachungen bei der Zertifizierung und eine Reduzierung der Erklärungen der Bieter zu Beginn des Vergabeverfahrens. Neben diesen Vereinfachungen plädierte Rudolecky ausdrücklich für schärfere Bußen im Falle von Rechtsverstößen.

*Petter Haas Brubakk, Exekutivdirektor der Vereinigung der Norwegischen Industrie (NHO) und Repräsentant des europäischen Industriespitzenverbands BUSINESSEUROPE*

Brubakk betonte, aus Sicht der europäischen Wirtschaft bildeten die erst 2004 zuletzt überarbeiteten Vergaberichtlinien ein im Grundsatz wohlüberlegtes Regelwerk, so dass BUSINESS-EUROPE prinzipiell keine Notwendigkeit für grundlegende Änderungen sehe. Insbesondere müsse sehr darauf geachtet werden, dass etwaige Vereinfachungen der Regelungen nicht zu Verschlechterungen, wie dem Abbau der nötigen Transparenz, führen. Sehr wichtig sei die Gewährleistung eines angemessenen Zugangs zu öffentlichen Aufträgen für kleine und mittlere Unternehmen (KMU). Auch insoweit seien die Vorschriften der geltenden Vergaberichtlinien prinzipiell nicht unangemessen. Ein Hauptproblem für KMU sei demgegenüber, dass in der Praxis häufig in exzessivem Umfang Bescheinigungen bzw. finanzielle Garantien von KMU gefordert würden, was diese oft überfordere. Schließlich sei es wichtig, durch verstärkte Schulung ein besseres Verständnis des Vergaberechts in der Praxis zu erreichen.

*Jost van Iersel, Berichterstatter des Wirtschafts- und Sozialausschusses der EU zum öffentlichen Auftragswesen*

Ebenso wie Schwab und Brubakk bezeichnete Van Iersel die geltenden Vergaberichtlinien als prinzipiell notwendig und angemessen. Daher sei eine grundlegende Abänderung des Regelwerks nicht sinnvoll. Allerdings hätten sich im Zuge der Evaluierung einige punktuelle Reformen als sinnvoll herausgestellt. Dazu zähle insbesondere eine Reduzierung des Aufwands hinsichtlich der Beibringung von Nachweisen zu Beginn des Vergabeverfahrens. Ferner sei eine weitere »Professionalisierung« öffentlicher Behörden bei der praktischen Anwendung der Vergabevorschriften notwendig.

*Janet Meissner Pritchard, Senior-Rechtsberaterin im Bereich Umwelt- und Forstprogramme, Client Earth*

Frau Pritchard machte vor allem auf das Spannungsfeld zwischen Vereinfachungen einerseits und einer konsequenteren Anwendung des »Green Public Procurement« andererseits auf-

merksam. Man müsse sich darüber klar sein, dass manche der erwogenen Vereinfachungen tendenziell auch einer konsequenteren und nachvollziehbaren Anwendung der umweltorientierten Beschaffung entgegenwirken könnten.

- Diskussion zu Panel I

Betont wurden nochmals die grundsätzliche Notwendigkeit des geltenden Regelwerks einerseits und mehr oder weniger dringender empfundener Handlungsbedarf andererseits. Über die bereits erwähnten Punkte hinaus bemerkte Van Iersel, manche der beklagten Defizite des Vergaberechts seien nicht durch EG-Bestimmungen, sondern durch nationalen Fehlgebrauch bedingt. Bezüglich vereinzelt angesprochener Änderungen des Vergaberechtsschutzes, die bisher nicht im Fokus des Evaluierungsprozesses standen, erinnerte Dr. Schwab daran, dass die Umsetzung der reformierten Rechtsmittelrichtlinien erst seit Kurzem abgeschlossen sei. Daher lägen noch kaum belastbare Praxiserfahrungen zur neuen Rechtslage vor, die jetzt schon eine abgewogene Beurteilung zuließen.

- Panel II (Strategische Nutzung des öffentlichen Auftragswesens zur Unterstützung anderer Ziele)

*Barbara Weiler, MdEP, Progressive Allianz der Sozialisten und Demokraten im EP(S&D) / D*

Frau Weiler sprach sich für eine stärkere Berücksichtigung strategischer politischer Zielsetzungen im öffentlichen Auftragswesen aus. Diese Zielsetzung sei nicht automatisch mit dem Aufbau von mehr Bürokratie gleichzusetzen. Die stärkere Berücksichtigung von »Green Public Procurement« sei möglich und inzwischen auch weit verbreitet. Es habe sich erwiesen, dass auch KMU in der Lage seien, interessante umweltorientierte Angebote abzugeben. Eine verstärkte Berücksichtigung von sozialen Kriterien bereite offenbar größere Schwierigkeiten in der Praxis. Dennoch seien ihr vor allem Maßnahmen zur Gewährleistung der Tarifbindung bzw. eines angemessenen Lohns wichtig. Die Nutzung dieser Kriterien müsse gestärkt werden; ob und inwieweit Umwelt- und soziale Kriterien künftig zwingend vorgegeben werden sollten, müsse noch näher untersucht werden.

*Maris Pukis, Seniorberater der Lettischen Vereinigung regionaler und lokaler Auftraggeber*

Pukis vertrat die Auffassung, das Vergabewesen sollte zur Durchsetzung anderer Politikziele genutzt werden. Er warf – allerdings sehr allgemein gehalten – die Frage auf, ob die Vergabevorschriften geeignet seien, ihre Zielsetzungen zu erreichen bzw. auf die Folgen der jüngsten Finanz- und Wirtschaftskrise zu reagieren, was er beides verneinte, wobei er allerdings keine konkreten Gründe nannte. Er führte nur sehr allgemein aus, in Lettland seien die Verwaltungsverfahren sehr kompliziert und innovative Angebote hätten kaum Chancen, was geändert werden müsse. Auch Unternehmen arbeiteten oft ineffizient. Möglicherweise solle man anstelle spezieller Vorschriften mehr auf allgemeine Grundsätze wie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz setzen; dabei blieb allerdings völlig unklar, wie dies geschehen soll. Ferner schlug Pukis vor, die Union solle sich nur auf grobe Vorgaben beschränken. Den Regionen und Kommunen sollten spezielle, regionale oder kommunale Vorschriften erlaubt werden. Im Übrigen vertrat Pukis – im Gegensatz zu Rudolecky – die Auffassung, der Rechtsschutz im Vergabewesen müsse reduziert werden.

*Cathérine Bergeal, Direktorin für Rechtsangelegenheiten im Französischen Wirtschaftsministerium*

Frau Bergeal führte aus, es sei offensichtlich, dass das Vergabewesen schon immer für politische Zwecke genutzt worden sei. Dies gelte zuletzt auch für die Maßnahmen zur Überwindung der aktuellen Finanz- und Wirtschaftskrise. Grundsätzlich ergebe sich keine Alternative zur Anwendung des Vergaberechts. Bei der jetzigen Reform sollte auch bedacht werden, dass das bereits seit vierzig Jahren entwickelte EU-Vergaberecht zuletzt erst 2004 grundlegend überarbeitet worden sei. Insofern müsse man darüber nachdenken, ob etwaige weitere Maßnahmen jetzt nicht eher politischer Natur sein sollten.

*Peter Kurth, Vorsitzender des Wettbewerbsausschusses des Bundesverbands der Deutschen Industrie (BDI) und Präsident des Bundesverbands der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft*

Kurth betonte ebenso wie bereits Brubakk und Dr. Schwab, die EU-Vergaberichtlinien hätten sich im Grundsatz bewährt. Davon abgesehen sei es für die Wirtschaft wichtig, stabile Rahmenbedingungen zu haben, die nicht permanent verändert würden. Der BDI stehe einer Berücksichtigung umweltorientierter und sozialer sowie innovativer Aspekte bei Vergaben prinzipiell allerdings bereits nach geltendem Vergaberecht in ausreichendem Maße eröffnet. Eine weitere Änderung dieser Vorschriften könne die Gefahr missbräuchlicher Nutzung und des Aufbaus neuer Bürokratie mit sich bringen. Zur Stärkung der umweltorientierten wie der innovativen Beschaffung empfehle sich als punktuelle Legislativänderung die Abschaffung der europarechtlichen Möglichkeit der Beschaffung allein nach dem Prinzip des niedrigsten Preises. Ferner sollte den gesamten Lebenszykluskosten mehr Bedeutung beigemessen werden.

*Arnaldo Abruzzini, Generalsekretär des Dachverbands der Europäischen Handelskammern*

Abruzzini vertrat die Auffassung, politische Aspekte müssten nicht zuletzt wegen der großen wirtschaftlichen Bedeutung des öffentlichen Auftragswesens berücksichtigt werden. Dies gelte allerdings nicht schrankenlos. Die Verfolgung politischer Ziele dürfe die Prinzipien des Vergabewesens nicht völlig ausblenden. Sehr kritisch erscheine beispielsweise, dass nach dem jüngsten Vorschlag der Kommission zur Energieeffizienz nunmehr rechtlich zwingende Vorgaben für das öffentliche Auftragswesen vorgegeben werden sollten. Dies gehe zu weit.

*Carola Fischbach-Pyttel, Generalsekretärin des Europäischen Gewerkschaftsverbands Öffentlicher Dienst*

Frau Fischbach-Pyttel befürwortete, dass das öffentliche Auftragswesen zu strategischen, politischen Zwecken eingesetzt werde. Dabei verwies sie auf eine von ihrem Verband gemeinsam mit weiteren Gewerkschaften und Organisationen erarbeitete Stellungnahme zur Konsultation über die Modernisierung des öffentlichen Auftragswesens. Mit Blick auf die umweltorientierte Beschaffung plädierte sie für die Berücksichtigung eines »environmentally most advantageous tender«. Sie unterstützte die Vorschläge Kurths, die Möglichkeit der Zuschlagsentscheidung allein nach dem Prinzip des niedrigsten Preises nicht mehr zuzulassen und die Betrachtung der Lebenszykluskosten stärker in den Vordergrund zu stellen. Darüber hinaus sollten Unternehmen, die Umwelt- und Sozialkriterien bisher nur sehr schlecht erfüllt haben, von der Beteiligung an Vergabeverfahren

ausgeschlossen werden können. Wichtig sei schließlich, dass die Befugnis von Behörden, Dienste auch inhouse erbringen zu können, ausdrücklich klargestellt werde.

- Diskussion zu Panel II

In der Diskussion wurde zunächst die Frage vertieft, inwieweit eine Abkehr vom Prinzip des niedrigsten Preises oder eine Bevorzugung innovativer Angebote mit der Gefahr verbunden sein könnte, dass die Transparenz darunter leide. Hierzu wurde ausgeführt, dass insoweit durchaus Kriterien entwickelt werden könnten und eine transparente Dokumentation möglich sei. Für ein geordnetes Vergabewesen sei ein gewisses Regelwerk ebenso wie für andere wichtige Wirtschaftsbereiche unverzichtbar. Darin stimmten Frau Weiler, Frau Bergeal und Herr Kurth im Wesentlichen überein.

Aus dem Publikum kamen mehrere Meinungsäußerungen zu etwaigen weiteren Schärfungen der Zulassung von Sozial- und Umweltaspekten im Vergabewesen. Ulrich Paetzold, Generaldirektor des Verbands der Europäischen Bauindustrie (FIEC), sprach sich gegen eine Zulassung sozialer Aspekte als Zuschlagskriterien aus. Vertreter von ARD und ZDF plädierten generell gegen die Vorgabe rechtlich verbindlicher politischer Zielsetzungen für zu beschaffende Güter bzw. Dienstleistungen. In der abschließenden Diskussion auf dem Podium plädierte Herr Pukis nochmals gegen allzu zwingende Vergabevorschriften. Frau Bergeal, und Herr Kurth bekräftigten nochmals, dass das EU-Regelwerk für öffentliche Aufträge prinzipiell bewährt sei. Nun komme es – von einigen Ausnahmen abgesehen – nicht auf weitere große Rechtsreformen, auf die Erreichung einer besseren Einstellung zum Vergaberecht an. Auch wurde nochmals die Notwendigkeit verstärkter Schulung bekräftigt.

*Statement von Malcolm Harbour, MdEP, Fraktion der Europäischen Konservativen und Reformisten / UK, Vorsitzender des Binnenmarktausschusses des EP: »Eine Einschätzung aus dem Europäischen Parlament«*

Harbour berichtete, der Binnenmarktausschuss sei – insbesondere unterstützt durch die aktive Tätigkeit von Berichterstatterin Heide Rühle – intensiv mit der Modernisierung des öffentlichen Auftragswesens befasst. Dabei verwies Harbour auch auf die benachbarten Themen des ausgewogenen Zugangs zu Beschaffungsmärkten, Konzessionen sowie die Reform der allgemeinen Normung. Die zentrale Frage im Vergabewesen sei, ob die Reform des Jahres 2004 wirklich zu einer Verbesserung geführt hätte. Auch wenn das EU-Vergaberecht bereits verschiedentlich als angemessen bezeichnet worden sei, halte er es für möglich, dass Unternehmen, die sich bisher nicht am öffentlichen Auftragswesen beteiligten, möglicherweise daran teilnehmen würden, wenn das Vergaberecht vereinfacht würde. Harbour unterstrich insoweit die eingangs vom niederländischen Wirtschaftsminister erwähnten Reformziele. Schließlich bekräftigte er erneut seine Überzeugung von der Notwendigkeit verstärkter Förderung der Innovation.

*Statement von Michael Dithmer, Ständiger Staatssekretär beim Dänischen Wirtschaftsministerium: »Einschätzungen aus Sicht der künftigen Ratspräsidentschaft«*

Dithmer unterstrich, dass Dänemark den Reformen zum öffentlichen Auftragswesen große Bedeutung beimesse. Insbesondere gehe es aus dänischer Sicht um vier Punkte: Erstens sei die Schaffung eines einfacheren Rechtsrahmens erforderlich. Zwei-

tens solle die Möglichkeit für mehr Dialog geschaffen werden. Drittens werde eine Flexibilisierung des Vergabewesens angestrebt, die auch eine Instrumentalisierung für andere politische Zielsetzungen umfasse. Schließlich wolle Dänemark eine »Brücke« zu einem »digitalen Binnenmarkt« bauen. Im Übrigen vertrat Dithmer die Einschätzung, KMU würden durch die Vergabevorschriften häufig belastet; insoweit seien Verbesserungen erforderlich. Er votierte gegen rechtlich zwingende Kriterien bezüglich politischer Aspekte bei der Vergabe. Auch ein Nachdenken über angemessene Schwellenwerte hielt er für erforderlich. Dabei ging er allerdings nicht auf die insoweit bindenden Vorgaben des GPA ein.

- Panel III (Die Zukunft des öffentlichen Auftragswesens – neue Herausforderungen, neue Instrumente, wichtigste Prioritäten für den Legislativvorschlag)

*Malcolm Harbour*

Harbour befürwortete erneut tiefgreifende Reformen.

*Heide Rühle, MdEP, Fraktion Die Grünen / D, Berichterstatterin des EP zur Modernisierung des Öffentlichen Auftragswesens*  
Frau Rühle plädierte für einen Mittelweg. Die Reformdiskussion sei momentan offenbar noch von taktischem Kalkül der unterschiedlichen Lager gekennzeichnet. Ihr gehe es darum, eine verbesserte Kultur im Vergabewesen zu schaffen, die weniger als bisher vom Geist des gegenseitigen Misstrauens und mehr vom Dialog gekennzeichnet sei. Konkret erwähnte sie die Notwendigkeit von Änderungen hinsichtlich der bereits mehrfach angesprochenen Erlaubnis der Beschaffung allein nach dem Prinzip des niedrigsten Preises.

*Jacek Sadowy, Präsident der Polnischen Vergabebehörde*  
Sadowy plädierte gegen revolutionäre Änderungen, wenngleich einzelne Verbesserungen sinnvoll seien. Die Grundprinzipien der Transparenz und Offenheit müssten beibehalten werden. Änderungen am EU-Vergaberecht könnten leicht zu einer Schwächung des Vergabewesens führen. Zunächst sollten die schon bestehenden Möglichkeiten nach geltendem Recht voll ausgeschöpft werden. Hinsichtlich KMU bemerkte er, die Transparenzvorschriften des Vergaberechts schadeten den KMU nicht. Eher sei das Gegenteil der Fall, indem eine Reduzierung der Transparenzvorschriften den KMU schade. Allzu große Schnelligkeit sei kein guter Ratgeber bei der Gesetzgebung.

*Damien Verdier, Group Executive Vice President Marketing, Sodexo Group*

Verdier, dessen Unternehmen in starkem Maße im Bereich öffentlicher Aufträge tätig ist, plädierte insbesondere für Verbesserungen bezüglich des Dialogs im Vorfeld von Vergabeverfahren. Sehr wichtig sei eine gründliche Vorbereitung der Vergabeprojekte.

*Andrea Benassi, Generalsekretär der Europäischen Arbeitgebervereinigung von Handwerkern und kleinen und mittleren Unternehmen (UEAPME)*

Benassi bezeichnete revolutionäre Änderungen als nicht notwendig, wenngleich es nötig sei, einige Vorschriften zu optimieren. Die Hauptprobleme für KMU lägen nicht in der EU-Gesetzgebung, sondern in einer unbefriedigenden Praxis. Sehr wesentlich sei ganz allgemein, dass die Auftraggeber bei ihren

Vergaben präzise ihre Anforderungen darlegten. Im Übrigen sei auch eine stärkere Aufteilung in Lose wichtig.

*Anders Knappe, Präsident der Schwedischen Vereinigung lokaler Behörden und Regionen und Exekutiv-Präsident des Rates der Europäischen Städte und Regionen*

Knappe plädierte für mehr Flexibilität kommunaler Auftraggeber. Insbesondere kleinere Kommunen hätten oft Schwierigkeiten, alle Regelungen des Vergaberechts hinreichend zu erfassen. Oft sei es für sie auch schwer, alle Einzelheiten einer Ausschreibung im Voraus festzulegen. Daher plädierte er für einfachere Vergaberegungen, die den Kommunen mehr Verhandlungsfreiheit ließen.

*Rob Cameron, CEO, Fair Trade International*

Cameron ließ offen, ob man eine Revolution bezüglich des Vergaberechtsrahmens benötige. Notwendig sei aber zweifellos eine Revolution hinsichtlich der Ergebnisse der Politiken zur nachhaltigen Entwicklung – sei es hinsichtlich der weltweiten Wasser- und Rohstoffversorgung, der Biodiversität oder der Bekämpfung von Kinderarbeit. Manche private Unternehmen hätten inzwischen erkannt, dass sie eine Verantwortung auch für diese Zusammenhänge trügen. Auch die öffentlichen Beschaffer müssten diese Zusammenhänge stärker berücksichtigen.

- Diskussion zu Panel III

Aus dem Publikum wurde unter anderem von einem Vertreter des EIPA (European Institute for Public Administration, Maastricht) nachdrücklich vor einer generellen Zulassung des Verhandlungsverfahrens gewarnt, da es erheblich weniger transparent als andere Verfahren sei. Sehr kontrovers blieb auch, ob eine von einigen offenbar avisierte Erhöhung der Schwellenwerte eher positiv oder negativ wirken würde. Frau Rühle plädierte dafür, die schwierige und umstrittene Schwellenwertfrage im Reformprozess zunächst zurückzustellen.

*Schlusswort von Jonathan Faull, Generaldirektor der Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen der Kommission*

In seinem Schlusswort dankte Faull allen Rednern und zeigte sich sehr erfreut über das große Interesse der mehr als 500 Tagungsteilnehmer. Die Kommission werde die Ergebnisse nun unvoreingenommen auswerten. Abgezeichnet habe sich in dem Hearing folgender Trend: Es bestehe die Notwendigkeit einer Veränderung, jedoch keiner Revolution des Vergabewesens. Dabei gehe es insbesondere um Vereinfachung des Regelwerks und Verbesserungen beim eProcurement. Kommissar Barnier habe überdies das Thema der Schwellenwerte aufgeworfen. Man müsse allerdings auch die verschiedentlich geäußerten Warnungen ernst nehmen, dass Vereinfachungen der Formvorschriften zu negativen Rückwirkungen führen könnten. Sehr wichtig sei schließlich eine sachgerechte Diskussion über eine strategische Nutzung des Vergabewesens für sonstige Politikziele. Gleiches gelte für Möglichkeiten einer verstärkten Berücksichtigung innovativer Angebote. Die Kommission beabsichtige, bis Ende des Jahres einen Richtlinienvorschlag auszuarbeiten.

## Arbeiten am Europäischen Vertragsrecht schreiten voran

(ps) Die Brüsseler Arbeiten an einem Europäischen Vertragsrecht schreiten inzwischen deutlich voran. In einer Entschließung vom 08.06.2011 hat das Europäische Parlament mit großer Mehrheit für ein von der Kommission erwogenes – fakultatives – europäisches Vertragsrecht bei grenzüberschreitenden Geschäften votiert, das durch europäische Standardvertragsmuster in alle EU-Sprachen und ein alternatives (online-) Streitlichungsverfahren ergänzt werden soll. Damit soll es Unternehmen und Verbrauchern ermöglicht werden, innerhalb des Binnenmarktes auf freiwilliger Basis Vertragsabschlüsse auf der Grundlage von EU-weit gültigen Rechtsvorschriften zu tätigen, die neben den nationalen Rechten stehen. Das Europäische Vertragsrecht ist als freiwilliges Instrument konzipiert, auf das Verbraucher und Unternehmen beim Abschluss von länderübergreifenden Geschäften, d.h. beim Kauf beziehungsweise Verkauf von Waren, ersatzweise anstelle des einzelstaatlichen Vertragsrechts zurückgreifen können.

Die Entschließung des EP vom 08.06.2011 geht auf eine Abstimmung über einen Entwurf des EP-Rechtsausschusses vom 12.04.2011 zurück, der von Berichterstatterin Diana Wallis vorbereitet worden war und einem fakultativen europäischen Vertragsrecht den Vorzug gibt. Mit dem Europäischen Vertragsrecht soll Kohärenz im Vertragsrecht innerhalb Europas erreicht werden und vor allem Kleinunternehmen und Verbrauchern der Abschluss von grenzübergreifenden Geschäften erleichtert werden. Auf dieser Grundlage sollen beispielsweise Online-Geschäfte europaweit nach einem einheitlichen Vertragsmuster abgeschlossen werden können. Unternehmen könnten ihre Produkte dann EU-weit auf der Grundlage eines einzigen Vertrages anbieten.

Zur Begründung ihrer Initiative führt die Kommission an, speziell kleine und mittlere Unternehmen, die 99 Prozent aller Unternehmen in der EU ausmachen, hätten es wegen der Transaktionskosten im Vertragsbereich (z.B. durch die nötige Anpassung von Geschäfts- und Vertragsbedingungen oder Übersetzungsaufwand) und den beim Umgang mit ausländischem Vertragsrecht auftretenden Rechtsunsicherheiten schwer, im Binnenmarkt stärker zu expandieren. Das Reformprojekt könne kleinen Internet-Handelsunternehmen, die ihr Geschäft europaweit betreiben möchten, pro Inlandsmarkt Rechts- und Übersetzungs-

kosten von schätzungsweise 9.000 Euro beziehungsweise bei Geschäftstätigkeiten in ganz Europa von über 230.000 Euro ersparen.

Im Juli 2010 hatte die Kommission mehrere Optionen mit dem Ziel vorgestellt, mehr Kohärenz in das Vertragsrecht zu bringen. Anschließend hat sie eine öffentliche Konsultation durchgeführt, die am 31.01.2011 endete und zu der zahlreiche Stellungnahmen der interessierten Kreise eingegangen sind.

Am 03.05.2011 hat eine von der Kommission eingesetzte Expertenkommission eine Studie zur Durchführbarkeit einer EU-Vorlage zum europäischen Vertragsrecht vorgelegt. Die Studie, die Anknüpfungspunkte für die beabsichtigte Legislativinitiative zum Europäischen Vertragsrecht liefern soll, wird in die weitere Prüfung der Kommission einbezogen. Ferner prüft die Kommission eine am 03.05.2011 zu diesem Thema vorgelegte Durchführbarkeitsstudie. Für Oktober 2011 hat sie eine Legislativinitiative zum EU-Vertragsrecht angekündigt.

Zu den Arbeiten am EU-Vertragsrecht sind unter anderem folgende Dokumente im Internet verfügbar:

- Entschließung des Europäischen Parlaments vom 08.06.2011:  
<http://tinyurl.com/EP201106>
- Pressemitteilung der Kommission vom 08.06.2011:  
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/683&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en>
- Durchführbarkeitsstudie vom 03.05.2011 (in englischer Sprache):  
[http://www.jhslegal.com/download/EU%20Vertragsrecht/2011\\_05\\_04\\_explanatory\\_note\\_results\\_feasibility\\_study\\_05\\_2011\\_en.pdf](http://www.jhslegal.com/download/EU%20Vertragsrecht/2011_05_04_explanatory_note_results_feasibility_study_05_2011_en.pdf)

## Personalwechsel bei der GD Markt – Bertrand Carsin scheidet aus

(ps) Aus der Generaldirektion Binnenmarkt ist über einen wichtigen Personalwechsel zu berichten. Bertrand Carsin, seit vielen Jahren Direktor der Direktion C (Öffentliches Auftragswesen) der Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen, ist Ende Juni 2011 aus dem aktiven Dienst ausgeschieden. Er wird der Kommission noch als Berater für besondere Aufgaben zur Verfügung stehen. Der Franzose Carsin hatte bereits an der Endphase der letzten, 2004 abgeschlossenen EU-Vergaberechtsreform mitgewirkt. Seine aktive Laufbahn beendete er nun mit dem Hearing der Kommission vom 30.06.2011 zur neuerlichen Revision der Vergaberichtlinien. So kontrovers das

EU-Vergaberecht in den vergangenen Jahren auch diskutiert wurde, so sehr kann man Carsin als ebenso sachinteressiert wie aufgeschlossen bezeichnen und ihn als besonnenen Sachwalter dieser wichtigen Binnenmarktmaterie in den vergangenen Jahren würdigen.

Bis zur Ernennung eines Nachfolgers wird die Leitung des Direktors kommissarisch von dem Niederländer Erik Nooteboom wahrgenommen. Nooteboom ist ein erfahrener Referatsleiter der Kommission, der bereits seit einigen Jahren unter Carsin tätig ist. In diesem Rahmen ist er für die Kommissionsaktivitäten

zu den internationalen Aspekten des Vergabewesens verantwortlich. In seinen bisherigen Arbeitsbereich fallen damit sowohl die – schwierigen – Verhandlungen zur Revision des Government Procurement Agreement (GPA) als auch bilaterale Vereinbarungen mit Drittstaaten im Bereich des Vergabewesens. Gleiches gilt für die aktuelle Initiative der Kommission zur besseren Ausgewogenheit des Zugangs zu Beschaffungsmärkten in der

EU einerseits und in Drittstaaten andererseits. In beiden Aufgabenbereichen arbeitet die Kommission eng mit Vertretern der für Außenhandel zuständigen Generaldirektion Handel der Kommission zusammen.

---

## Polen hat EU-Ratspräsidentschaft übernommen

---

(ps) Am 01.07.2011 hat Polen die EU-Ratspräsidentschaft turnusgemäß von Ungarn übernommen. Die polnische Ratspräsidentschaft endet am 31.12.2011. Am 01.01.2012 übernehmen die Dänen die Präsidentschaft. Die jetzt laufende Ratspräsidentschaft Polens ist die erste dieses noch recht jungen EU-Mitgliedstaats, der im Zuge der Ost-Erweiterung im Jahre 2004 der Union beigetreten ist. Wie sich aus dem Programm der polnischen Ratspräsidentschaft ergibt, will Polen den Schwerpunkt auf die Stärkung des Wirtschaftswachstums in der EU und der politischen Kraft der Gemeinschaft legen. Um diese Ziele zu erreichen, will sich die polnische Präsidentschaft auf folgende drei Hauptprioritäten konzentrieren: Erstens »Die europäische Integration als Wachstumsquelle«, zweitens »Sicheres Europa (Nahrung, Energie, Verteidigung)« und drittens »Europa, das von seiner Öffnung profitiert«. Insbesondere im Kontext der erstgenannten Priorität will Polen die wirtschaftliche Erholung Europas von der gegenwärtigen Krise und die globale Wettbewerbsfähigkeit der EU vorantreiben.

Die polnische Präsidentschaft hat deutlich zu erkennen gegeben, dass sie der EU-Haushaltspolitik eine zentrale Rolle für die künftige Wirtschaftspolitik der Union beimisst. Die im Zuge der Finanzkrise entstehenden neuen Prinzipien des Wirtschaftsmanagements und neue Instrumente wie der »Europäische Stabilisierungsmechanismus« seien wichtig, jedoch nicht ausreichend. Es sei an der der Zeit, ein »neues Modell für das Wirtschaftswachstum« auszuarbeiten, mit dem in der EU auch in den kommenden Jahrzehnten ein entsprechendes Niveau der wirtschaftlichen Entwicklung gewährleistet werden könne. Für den Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit im globalen Maßstab seien die Sanierung der öffentlichen Finanzen und die Beschränkung des Haushaltsdefizits nicht ausreichend. Notwendig seien vielmehr zusätzliche Maßnahmen. Nach Auffassung der polnischen Ratspräsidentschaft sollte der neue EU-Haushalt ein Investitionsinstrument zur Umsetzung der Strategie »Europa 2020« sein. Durch den neuen Haushalt solle bestätigt werden, dass eine intensiviertere Zusammenarbeit im Rahmen der EU die richtige Antwort auf die Wirtschaftskrise sei und dass die Kohäsionspolitik die wichtigste Politik der EU bleiben müsse, denn Nutznießer dieser Politik seien heute und wie auch in Zukunft alle EU-Mitgliedstaaten.

Vieles spricht dafür, dass die starke Betonung der Haushaltspolitik als Befürwortung einer expansiven EU-Konjunkturpolitik verstanden werden muss. Diese dürfte allerdings auf Widerstand von anderer Seite treffen. Dies gilt vor allem, weil die Netozahler des EU-Haushalts – darunter Deutschland, Frankreich und Großbritannien – kaum bereit sein werden, der EU mehr Geld für ihre Wirtschafts- und Wachstumsstrategie zur Verfügung zu stellen. Sie tendieren eher dazu, dass die Entwicklung

des EU-Haushalts die Haushaltspolitik in den Mitgliedstaaten widerspiegeln sollte, so dass der EU-Haushalt eher stagnieren oder sogar sinken sollte. Die Haushaltsthematik ist aktuell besonders relevant, weil zeitgleich mit der Übernahme der Ratspräsidentschaft durch Polen die formale Diskussion über den »Mehrjährigen Finanzrahmen« der EU für die Jahre nach 2013 begonnen hat.

Wie schon zu erwarten, legt Polen ferner großen Wert auf die Reform der Gemeinsamen EU-Agrarpolitik zum Zwecke der Modernisierung der europäischen Landwirtschaft und zur Sicherung ihrer Wettbewerbsfähigkeit. Auch dieses Politikfeld dürfte umstritten bleiben. Im November 2010 hatte EU-Agrarkommissar Dacian Ciolo Eckpunkte für die Gemeinsame europäische Agrarpolitik (GAP) nach 2013 vorgelegt, wobei die Direktzahlungen schrittweise zugunsten der Osteuropäer umverteilt werden sollen, was nicht unumstritten ist.

Schließlich betont die polnische Präsidentschaft die Vollendung des einheitlichen Binnenmarktes. Sie soll dazu führen, dass das Potential des Binnenmarktes in seiner ganzen Fülle genutzt werden kann. Dazu soll in Polen ein Binnenmarktforum (»Single Market Forum« – SIMFO) stattfinden. Wie aus dem Programm der polnischen Präsidentschaft hervorgeht, will sie unter anderem den Zugang von kleinen und mittleren Unternehmen zu Kapitalmärkten und Risikokapital stärken und Maßnahmen zur Umsetzung der Initiative zur »Innovationsunion« vorantreiben. Ferner sollen verschiedene Maßnahmen im IT-Sektor, darunter die Fortentwicklung des eGovernment, zu dem auch die eVergabe zählt, sowie die IT-Sicherheit und der Datenschutz vorangetrieben werden. In die Zeit der polnischen Präsidentschaft fallen zudem die weiteren Arbeiten im Kontext des Single Market Act einschließlich der Revision des EU-Vergaberechts, der Änderung des Konzessionsrechts und der Erörterung des Marktzugangs von Unternehmen aus Drittstaaten zu Vergabemärkten in der EU.

Im Rahmen der zweiten Priorität »Sicheres Europa« will Polen insbesondere auf eine gemeinsame »Energie-Außenpolitik« der EU hinsteuern. Verbessert werden sollen auch die Nahrungsmittel-Sicherheit und der Schutz der Grenzen. Zudem will Warschau den direkten Dialog zwischen EU und NATO fördern.

Im Kontext der dritten Priorität »Europa profitiert von seiner Öffnung« setzt sich Warschau unter anderem für den Erweiterungsprozess und insbesondere die ihm traditionell naheliegende »Östliche Partnerschaft« mit Staaten wie der Ukraine ein. Unterstützt werden sollen auch Transformationsprozesse in Nordafrika. Die Beitrittsverhandlungen der EU mit Kroatien sollen ihren Abschluss finden. Auch eine Wiederbelebung der Bei-

trittsgespräche mit der Türkei hält Polen für wünschenswert.

Im Vergleich zu vielen anderen EU-Mitgliedstaaten ist Polen wirtschaftlich derzeit recht erfolgreich. Für 2011 erwartet die EU für Polen ein Wirtschaftswachstum von mindestens 4 Prozent.

Allerdings partizipiert das Land auch in außerordentlichem Umfang von Fördermitteln im Rahmen der EU-Kohäsionspolitik.

---

## **International Public Procurement Award (IPA) 2012 ausgelobt**

---

Auch 2012 wird der mit 5.000 Euro dotierte International Public Procurement Award (IPA) wieder vom forum vergabe e.V. ausgelobt.

Um den IPA 2012 können sich Akademiker aus Europa im Alter bis zu 35 Jahren mit einer praxisbezogenen Arbeit bewerben, die sie im Zeitraum vom 01.04.2010 bis 30.09.2011 fertig gestellt haben. Geeignete Arbeiten sind deutsch- oder englischsprachige wissenschaftliche Werke zu nationalen, europäischen oder internationalen Vergabethemen (Habilitationsschrift, Dissertation, Diplomarbeit oder Monographie). Den Preisträger wählt eine international besetzte Jury unter dem Vorsitz von Minister Pfister, Wirtschaftsminister des Landes Baden-Württemberg a.D., aus.

Einzelheiten zum International Public Procurement Award sind im Stiftungsstatut und in der Auslobung geregelt, die auf der Homepage des forum vergabe e.V. eingesehen werden können.

## Rechtsprechung

### Wichtige Entscheidungen in der vergaberechtlichen Rechtsprechung

#### BGH, Urteil vom 09.06.2011 – X ZR 143/10

(am) In dem Verfahren vor dem BGH ging es um die Voraussetzungen eines auf Verstöße des öffentlichen Auftraggebers gegen Vergabevorschriften gestützten Schadensersatzanspruches eines Bieters.

Die Vergabeunterlagen enthielten in einem Bewertungsschema für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit verschiedene Kriterien. Mit Anwaltsschreiben rügte die Klägerin eine Vermischung von Eignungs- und Wirtschaftlichkeitskriterien als vergaberechtswidrig. Ihren kurz darauf gestellten Nachprüfungsantrag nahm sie zurück, gab jedoch nach Ablauf der Angebotsfrist für ein Los des ausgeschriebenen Auftrags (erfolglos) ein Angebot ab und stellte erneut einen Nachprüfungsantrag, der in der Beschwerdeinstanz Erfolg hatte. Das Oberlandesgericht Naumburg hielt den inzwischen mit einem anderen Anbieter geschlossenen Vertrag für nichtig. Es verpflichtete den beklagten Auftraggeber, das Vergabeverfahren wegen Verstoßes gegen die Trennung von Eignungs- und Wirtschaftlichkeitskriterien aufzuheben. Nach der Aufhebung machte die Klägerin Anwaltskosten für die Überprüfung der Vergabeunterlagen vor Einleitung des ersten Nachprüfungsverfahrens als Schadensersatz geltend. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht ihr stattgegeben.

Die Revision des Beklagten blieb in der Sache ohne Erfolg. Nach Ansicht des BGH steht dem klagenden Unternehmen dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch aus § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 Nr. 1 und § 280 Abs. 1 BGB zu.

Der Vergabesenat des OLG Naumburg habe im Nachprüfungsverfahren für den Schadensersatzprozess bindend entschieden, dass die Beklagte vergaberechtswidrige Wertungskriterien für die Zuschlagsentscheidung vorgesehen habe.

Mit der Aufstellung von Wertungskriterien, die keine vergaberechtskonforme Angebotswertung zuließen und die deshalb die Aufhebung des Vergabeverfahrens verursachten, habe der beklagte öffentliche Auftraggeber gegen seine Pflichten aus § 241 Abs. 2 BGB verstoßen. Ein dafür erforderliches Schuldverhältnis entstehe durch Aufnahme von Vertragsverhandlungen (§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB), die in der Durchführung eines Vergabeverfahrens zu sehen seien.

Würden solche formalisierten Vertragsverhandlungen auf der Grundlage der vom Auftraggeber ausgearbeiteten und den Bietern zur Teilnahme überlassenen Vergabeunterlagen geführt, treffe den öffentlichen Auftraggeber aus § 241 Abs. 2 BGB die Verpflichtung, diese Unterlagen vergaberechtskonform so auszuarbeiten, dass Wirtschaftlichkeitskriterien vermieden werden, die eine ordnungsgemäße Wertung der Angebote nicht zuließen und deshalb bei Beanstandung zur Aufhebung des Vergabeverfahrens führten. Durch die Aufhebung werde der unter Umständen beträchtliche Ausschreibungsaufwand der Bieter zunichte gemacht. § 241 Abs. 2 BGB schütze jedoch das Interesse der Bieter und Bewerber daran, dass der öffentliche Auf-

traggeber das Verfahren so anlege und durchführe, dass die Aufwendungen der Bieter dem Wettbewerbszweck entsprechend tatsächlich verwendet werden können.

Infolge seines Verstoßes gegen seine Rücksichtnahmepflichten sei der Beklagte verpflichtet, der Klägerin den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen (§ 280 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats habe ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsanbahnung ein zusätzliches Vertrauenselement auf Seiten des klagenden Bieters vorausgesetzt. Habe für die Aufhebung eines Vergabeverfahrens kein Grund i.S.d. §§ 17 VOL/A 2009, 20 VOL/A-EG 2009, § 17 VOB/A 2009 vorgelegen, habe ein Bieter Schadensersatz nur dann verlangen können, wenn er sich ohne Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens daran entweder gar nicht oder nicht so wie geschehen beteiligt hätte. An dem tatbestandlichen Erfordernis eines solchen zusätzlichen Vertrauenselements hält der Senat für Schadensersatzansprüche, die auf ein vergaberechtes Fehlverhalten des öffentlichen Auftraggebers vor Vertragsschluss gestützt sind, nicht mehr fest.

Der aus § 280 Abs. 1 i.V.m. § 241 Abs. 2 und § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB hergeleitete Schadensersatzanspruch knüpfe nach dem Wortlaut an die Verletzung einer aus dem Schuldverhältnis herrührenden Rücksichtnahmepflicht der Beteiligten. Dafür, dass dem Gläubiger nur dann Schadensersatz zustehen solle, wenn er bei Verletzung einer solchen Rücksichtnahmepflicht zusätzlich gewährtes Vertrauen in Anspruch genommen habe, sei der Regelung nichts zu entnehmen. Es bestehe auch kein Bedürfnis, das Vertrauen des Bieters als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal im Vergaberecht weiter zu fordern. Denn dieses Rechtsgebiet sei durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass der Ablauf der Vertragsverhandlungen und die dem Auftraggeber dabei auferlegten Verhaltenspflichten eingehend geregelt seien.

Im Geltungsbereich des Vierten Teils des GWB hätten die Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhalte (§ 97 Abs. 7 GWB). An die daraus resultierenden Verhaltenspflichten knüpfen die Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB an. Eines besonderen Vertrauens als Tatbestand, an dessen Erfüllung die Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsanbahnung überhaupt erst festgemacht werden könnte, bedürfe es deshalb nicht.

Dass die Klägerin den ausgeschriebenen Auftrag nicht hätte erhalten können, weil sie nicht innerhalb der Angebotsfrist ein Angebot eingereicht habe, stehe ihrem Anspruch auf Schadensersatz nicht entgegen. Gerade auch in Fällen der ungerechtfertigten Aufhebung des Vergabeverfahrens komme eine Ausnahme von dem Grundsatz in Betracht, dass nicht nur der auf das Erfüllungsinteresse, sondern auch der auf das negative Interesse gerichtete Schadensersatzanspruch nur dem Bieter zustünde, der bei regulärem Verlauf des Vergabeverfahrens den Zuschlag

hätte erteilt bekommen müssen.

Die Gebührenforderung der Klägerin sei nach dem Schutzzweck der einschlägigen Norm (§ 241 Abs. 2 BGB) als Schaden auch erstattungsfähig. Mit den Rücksichtnahmepflichten des öffentlichen Auftraggebers sei es unvereinbar, in die Wirtschaftlichkeitsprüfung Eignungskriterien einfließen zu lassen. Ziehe ein mit vergaberechtswidrigen Wertungskriterien konfrontierter Bieter deshalb einen Rechtsanwalt zu Rate, seien die aus dessen Beauftragung resultierenden Kosten ein durch den Pflichtenverstoß adäquat kausal herbeigeführter Schaden. Entscheidend sei, dass der Bieter aufgrund der objektiv gegebenen Vergaberechtswidrigkeit der Vergabeunterlagen Anlass habe, anwaltliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.

Einer Mahnung des Gläubigers habe es vorliegend nicht bedurft. Vorvertragliche Rücksichtnahmepflichten seien naturgemäß sofort zu erfüllen.

Der BGH beschreitet mit der Entscheidung neue Wege: Ein auf Verstoß des öffentlichen Auftraggebers gegen Vergabevorschriften gestützter Schadensersatzanspruch eines Bieters aus § 280 Abs. 1 i.V.m. § 241 Abs. 2 und § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB setzt nicht mehr voraus, dass der klagende Bieter auf die Einhaltung dieser Regelungen durch den Auftraggeber vertraut hat. Vielmehr ist für den Anspruch auf die Verletzung von Rücksichtnahmepflichten des Auftraggebers durch Missachtung von Vergabevorschriften abzustellen. Die Entscheidung könnte somit eine größere Anzahl derartiger Schadensersatzklagen bewirken als bisher eingereicht worden sind.

#### **VK Niedersachsen, Beschluss vom 10.05.2011 – VgK 11/2011**

(am) Die Vergabekammer Niedersachsen hatte sich erstmals mit der Frage zu befassen, ob der Bundesgesetzgeber von der europarechtlich gegebenen Möglichkeit, elektronische Auktionen zuzulassen, in Deutschland wirksam Gebrauch gemacht hat.

Die Antragsgegnerin schrieb die Lieferung elektrischer Energie im Offenen Verfahren in Form einer elektronischen Auktion aus. Angegeben war, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erfolgen sollte und das Zuschlagskriterium »Preis« zu 100 Prozent berücksichtigt würde. Die Antragstellerin rügte, dass die Ausschreibung als elektronische Auktion durchgeführt werden sollte und stellte schließlich einen Nachprüfungsantrag.

Die Vergabekammer hielt den Nachprüfungsantrag für unbegründet. Die Antragstellerin sei durch die Entscheidung der Auftraggeberin, den Auftrag für die Lieferung von elektrischer Energie im Wege eines Offenen Verfahrens i.V.m. einer elektronischen Auktion i.S.d. § 101 Abs. 6 Satz 1 GWB i.V.m. Art. 54 der Richtlinie 2004/18/EG (Vergabekoordinierungsrichtlinie – VKR) auszuschreiben, nicht in ihren Rechten i.S.d. §§ 97 Abs. 7, 114 Abs. 1 GWB verletzt.

Im Zuge der Modernisierung des Vergaberechts 2009 habe der Bundesgesetzgeber die elektronische Auktion in § 101 Abs. 6 Satz 1 GWB definiert und damit in den Katalog der Verfahrensarten gemäß § 101 GWB aufgenommen. Da das GWB jedoch keine weiteren Ausführungen zu den Voraussetzungen und

dem Ablauf der elektronischen Auktion enthalte, stehe infrage, ob elektronische Auktionen bereits wirksam in das deutsche Vergaberecht eingeführt worden sind.

Zwar spreche für die Rechtsauffassung, elektronische Auktionen seien in das deutsche Vergaberecht noch nicht wirksam eingeführt worden, dass die Ausführungen zur elektronischen Auktion in § 101 Abs. 6 Satz 1 GWB derart knapp gefasst seien, dass sie ohne Rückgriff auf Art. 1 Abs. 7 und Art. 54 VKR nicht einmal als erschöpfende Definition gewertet werden könnten. Zudem habe die Bundesregierung als Ordnungsgeber bei der Neufassung der VOL/A bewusst auf eine Regelung der elektronischen Auktion aus mittelstandspolitischen Gründen verzichtet.

Die Vergabekammer schließt sich jedoch der gegenteiligen Auffassung an, dass der Bundesgesetzgeber von der in Art. 54 Abs. 1 VKR eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht und die elektronische Auktion im deutschen Vergaberecht rechtswirksam zugelassen habe. Die Voraussetzungen und die Durchführung der elektronischen Auktion von der Bekanntmachung bis zum Zuschlag seien sodann der detaillierten Regelung des Art. 54 VKR zu entnehmen. Die elektronische Auktion sei keine eigenständige Vergabeart, sondern lediglich eine Durchführungsmodifikation anderer Verfahrensarten, d.h. der Offenen und Nichtoffenen Verfahren sowie des Verhandlungsverfahrens. Dies bestätige Art. 54 Abs. 2 VKR insofern, als eine elektronische Auktion der Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Rahmen eines Offenen und Nichtoffenen Verfahrens sowie eines Verhandlungsverfahrens vorausgehen könne. Eine fehlende oder jedenfalls unvollständige Umsetzung der durch Art. 54 Abs. 1 VKR eingeräumten Option der Zulassung elektronischer Auktionen im deutschen Vergaberecht liege daher nicht vor.

Somit habe es zur Umsetzung dieser europarechtlichen Vorgaben nicht zwingend einer weiteren Umsetzung in der Vergabeverordnung (VgV) oder den Vergabeordnungen durch den Ordnungsgeber und die Vergabe- und Vertragsausschüsse bedurft. Maßgeblich sei nach Auffassung der Vergabekammer allein, dass die Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht nur auf der Grundlage der VOL/A-EG, sondern auch unter Beachtung der für die elektronische Auktion festgelegten Voraussetzungen des Art. 54 VKR durchführe. Verstöße der Antragsgegnerin hiergegen oder Mängel des Verfahrens seien nicht ersichtlich.

§ 101 Abs. 6 Satz 1 GWB sei daher europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass der Gesetzgeber den öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit habe einräumen wollen, das wirtschaftlichste Angebot im Rahmen eines Offenen oder Nichtoffenen Verfahrens sowie eines Verhandlungsverfahrens im Wege einer elektronischen Auktion zu ermitteln, sofern die Spezifikationen des Auftrages hinreichend präzise beschrieben werden könnten. Entscheide sich der Auftraggeber für die Durchführung einer elektronischen Auktion, sei er dabei an sämtliche Vorgaben des Art. 54 VKR gebunden. Art. 54 VKR modifiziere sodann die Vorgaben der VOL/A-EG.

Diese erste Entscheidung zur elektronischen Auktion auf der Grundlage von § 101 Abs. 6 Satz 1 GWB könnte über den konkreten Einzelfall hinaus Bedeutung auch für andere Sachverhalte erlangen. Den wettbewerbs- und mittelstandspolitischen

Bedenken des Bundesrates gegen elektronische Auktionen mit Blick auf einen ruinösen Preiswettbewerb, die dieser seinerzeit im Gesetzgebungsverfahren zum Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vorgebracht hatte und die auch den Verordnungsgeber dazu veranlasst haben, im Rahmen der VOL/A 2009 keine Regelungen zur elektronischen Auktion zu treffen, kann jedenfalls nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens zum GWB 2009 nur noch dadurch Rechnung getragen werden, dass der Gesetzgeber die Zulassung der elektronischen Auktion in § 101 Abs. 6 Satz 1 GWB wieder streicht. Möglich wäre dies, da die Einführung der elektronischen Auktionen europarechtlich nur optional aber nicht zwingend vorgesehen ist. Der BDI lehnt dynamische Beschaffungssysteme und insbesondere umgekehrte elektronische Auktionen ab, weil sie ein kompliziertes und aufwendiges Verfahren darstellen und insbesondere die Gefahr eines ruinösen Preisdrucks besteht. Solange der Gesetzgeber aber die Regelung des § 101 Abs. 6 Satz 1 GWB aufrecht erhält, können öffentliche Auftraggeber – jedenfalls nach Ansicht der Vergabekammer Niedersachsen in diesem bestandskräftigen Beschluss – von der Möglichkeit der elektronischen Auktion auf der Grundlage des Art. 54 VKR Gebrauch machen.

#### **VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 03.06.2011 – 1 VK 23/11 und 1 VK 24/11**

(am) Die Vergabekammer hatte über die äußerst praxisrelevante Frage zu entscheiden, ob es nach dem Inkrafttreten der EG VOL/A 2009 noch das Verbot gibt, Unternehmen bestimmte »ungewöhnliche Wagnisse« aufzubürden. Nach der alten Regelung des § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A 2006 sollte dem Auftragnehmer kein Risiko aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkungen auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann. Da in § 8 EG VOL/A 2009 keine entsprechende Formulierung mehr enthalten ist, während es in § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2009 weiterhin explizit aufgeführt ist, entstand insofern eine gewisse Rechtsunsicherheit.

Die Nachprüfungsverfahren betrafen die Lieferung von Auftausalz (Sole) für den Winterdienst. Die Antragstellerin rügte verbale zahlreiche Punkte, die sie als »unkalkulierbares Wagnis« einstuft und reichte schließlich zwei Nachprüfungsanträge ein, die später verbunden wurden.

Die Vergabekammer hält den Nachprüfungsantrag für zulässig und begründet. Die Antragstellerin sei dadurch, dass ihr als Bieterin einseitig Risiken vom Auftraggeber auferlegt worden seien, die jedenfalls nicht so kalkuliert werden könnten, dass ein Angebot auch mit Risikozuschlägen noch eine echte und voraussehbare Chance auf den Zuschlag gehabt hätte, in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB verletzt worden. Die beiden Vergabeverfahren verstießen gegen die vergaberechtlichen Grundsätze des Wettbewerbs (§ 97 Abs. 1 GWB).

Zwar gebe es keinen Grundsatz dahingehend, dass ein Auftraggeber Risiken nicht auf den Auftragnehmer abwälzen dürfe. Jedenfalls aber dann, wenn die Bieter auf Grund der Risikoverlagerung nicht mehr vorausschauend planen könnten und die Leistungsanforderungen für sie nicht mehr so beherrschbar seien, dass sich »ihre Leistungspflichten von einem Glücksspiel noch wesentlich unterscheiden«, sei der Grundsatz eines fairen

Wettbewerbs, der vergleichbare Angebote benötige, verletzt.

Dass eine vorausschauende Planung für die Bieter auf Grund der erheblichen wetterbedingten Risiken im konkreten Fall nahezu nicht möglich sei und diese einseitige Verlagerung der Risiken auf die Bieter in dieser Branche nicht mehr als üblich zu bezeichnen sei, manifestiere sich zum einen darin, dass für die Lieferung eines der Produkte nur eine einzige Firma ein Angebot abgegeben habe und für die Lieferung eines anderen nur zwei Firmen ein Angebot abgegeben hätten. Zum anderen spreche hierfür, dass die übrigen Flächenländer zwischenzeitlich ihre Lieferbedingungen konkretisiert und dadurch das Risiko für die Bieter wesentlich eingeschränkt hätten.

Auf den konkreten Fall bezogen liege eine einseitige Risikoverlagerung auf die Bieter vor, die jedenfalls in der Kumulation der drei Gründe als Verstoß gegen das Wettbewerbsprinzip zu werten sei:

Zum einen ergebe sich aus den Vergabeunterlagen, dass das Vertragsverhältnis für die Wintersaison 2011/2012 und die Wintersaison 2012/2013 gelten soll. Nicht geregelt sei hingegen, bis zu welchem genauen Endzeitpunkt der Bieter verpflichtet sein soll, bei Anforderung durch den Vertragspartner das jeweilige Auftausalz zu liefern. Dies stelle nicht nur ein Wagnis für den Bieter dar, vielmehr sei die Leistungspflicht nicht hinreichend bestimmt genug, dass ein Bieter weiß, wann er einer Lieferauforderung noch nachkommen muss und wann nicht.

Ohne einen bestimmten Endzeitpunkt des Vertragsverhältnisses, so die Vergabekammer weiter, habe der Bieter nur die Möglichkeit, einen Risikozuschlag auf sein Angebot zu erheben, der jedoch seine Zuschlagschancen erheblich verschlechtern würde. Letztendlich lägen keine vergleichbaren Angebote vor und ein fairer Wettbewerb finde nicht statt.

Zum anderen liege eine einseitige und unzumutbare Risikoverlagerung vor, da der Antragsgegner keine abzunehmenden Mindest- und Maximalmengen festgelegt habe. Werde das Risiko durch die Nicht-Festlegung von zu liefernden Mindest- und Maximalmengen jedoch vollkommen einseitig auf die Bieter verlagert und sei dieses Risiko so beträchtlich, dass eine solide Kalkulation nicht mehr möglich sei, seien auch die zu erwartenden Angebote – immer unter der Voraussetzung, dass diese von den Bietern nicht kartellrechtlich unzulässig abgesprochen werden – nicht mehr vergleichbar. Bei nicht vergleichbaren Angeboten werde jedoch das Wettbewerbsprinzip verletzt mit der Folge, dass das Vergabeverfahren keine verlässlichen Ergebnisse mehr erzielen könne.

Aus den gleichen Gründen stelle auch die unterbliebene Festlegung einer zu liefernden maximalen täglichen Liefermenge eine einseitige und unzumutbare Risikoverlagerung dar.

In ihrer Entscheidung hat die Vergabekammer die Frage weiterhin offen gelassen, ob nach dem Inkrafttreten der EG VOL/A 2009 noch das Verbot eines »ungewöhnlichen Wagnisses« fortbesteht. Jedenfalls führt nach ihrer Ansicht eine einseitige Risikoverlagerung zulasten des Bieters, die dazu führt, dass der Bieter nicht mehr vorausschauend planen kann und die Leistungsanforderungen für ihn nicht mehr beherrschbar sind, zu einer Verletzung des Grundsatzes eines fairen Wettbewerbs.

## Veranstaltungen

### Nachhaltige Beschaffung

Am 11.10.2011 findet in Berlin die Veranstaltung »Nachhaltige Beschaffung« des forum vergabe statt. Seit der Modernisierung des Vergaberechts im Jahr 2009 haben öffentliche Auftraggeber ausdrücklich die Möglichkeit, soziale und ökologische Aspekte in die Vergabe öffentlicher Aufträge einzubeziehen. Diese neuen Gestaltungsmöglichkeiten müssen jedoch verantwortlich genutzt werden. Die Veranstaltung behandelt umfassend Chancen, Risiken und Gestaltungsmöglichkeiten der Nachhaltigen Beschaffung und bietet einen Erfahrungsaus-

tausch im nationalen und internationalen Bereich. Bei der abschließenden Podiumsdiskussion besteht Gelegenheit, untereinander und mit den Referenten aus verschiedensten Bereichen des Vergabewesens Fragen und Problemlösungen zu diskutieren.

Das Programm nebst Anmeldeformular finden Sie auf der Homepage des forum vergabe unter [www.forum-vergabe.de](http://www.forum-vergabe.de).

### IT-Vergaben: Möglichkeiten und Grenzen der Beschaffung von IT-Systemen

Am 20.10.2011 findet eine Gemeinschaftsveranstaltung des forum vergabe mit der Universität Hohenheim zur Vergabe von IT-Systemen statt.

Bei der Beschaffung von IT-Systemen muss man sich nicht nur mit komplizierten technischen Sachverhalten auseinandersetzen, sondern wird auch durch das Vergaberecht vor weitere Herausforderungen gestellt. In der Veranstaltung werden Wege aufgezeigt, wie bei der öffentlichen Vergabe und späteren Durchführung von IT-Anwendungssystemen technologische Methoden und vergaberechtliche Anforderungen effizient miteinander koordiniert werden können. Themen sind u.a. die

Schwierigkeiten bei der Angebotserstellung aus Sicht der Anbieter, Möglichkeiten der Vergabe im wettbewerblichen Dialog und im Verhandlungsverfahren und die Möglichkeiten elektronischer Unterstützung bei Verhandlungen mit öffentlichen Auftraggebern. Bei der abschließenden Podiumsdiskussion besteht Gelegenheit, Fragen und Problemlösungen zu diskutieren.

Das Programm nebst Anmeldeformular finden Sie auf der Homepage des forum vergabe unter [www.forum-vergabe.de](http://www.forum-vergabe.de).

### Vergaberecht und Veränderungen beim Bieter – Gesellschaftsrecht und Vertragsfreiheit

Vergaberecht isoliert zu betrachten führt an der Realität vorbei – es ist verwoben mit vielen Sachverhalten, die ihren Ursprung und ihre Lösung in anderen Rechtsbereichen haben. Einer dieser Rechtsbereiche ist das Gesellschaftsrecht, und dies in vielerlei Hinsicht. Es steht daher im Mittelpunkt der Veranstaltung des forum vergabe am 10.11.2011 in Frankfurt am Main. Es geht um Veränderungen, um Anpassungen an geänderte wirtschaftliche Vorstellungen, Verhältnisse und Notwendigkeiten. Schließen sich mehrere Unternehmen zu einer Bietergemeinschaft zusammen, entsteht Veränderungsdruck auf diese Gemeinschaft. Welche Möglichkeiten haben Unternehmen, die

Bietergemeinschaft zu ändern, ohne aus dem Vergabeverfahren herauszufallen? Wie ist mit Veränderungen auf Auftragnehmerseite umzugehen, wann muss es zu einer Neuvorgabe kommen, besteht die Möglichkeit einer Interimsvergabe? Wann führt der Verkauf von Gesellschaftsanteilen zu einer Vergabepflicht?

Das Programm nebst Anmeldeformular finden Sie auf der Homepage des forum vergabe unter [www.forum-vergabe.de](http://www.forum-vergabe.de).

### Gesprächskreis Vergaben im Sozialwesen

Für den 23.11.2011 ist in Berlin der Gesprächskreis Vergaben im Sozialwesen des forum vergabe vorgesehen. Frau Dr. Herlemann, 3. Vergabekammer des Bundes, wird über die aktuelle Entscheidungspraxis zu den Rabattverträgen berichten. Eine Podiumsdiskussion mit Vertretern der beteiligten Kreise wird

sich anschließen. Das ausführliche Programm kann der Homepage des forum vergabe unter »Aktivitäten/Gesprächskreis Vergaben im Sozialwesen« entnommen werden.

---

## PLA - Internationale Veranstaltung zu Themen des wettbewerblichen Dialogs in London

---

Am 27.10.2011 findet in London eine Veranstaltung der Procurement Lawyers Association (PLA) zu Themen des wettbewerblichen Dialogs statt. Die PLA ist eine englische Vereinigung von Juristen, die im Vergaberecht tätig sind.

Schwerpunkte werden unter anderem die Anwendung des Verfahrens des wettbewerblichen Dialogs und die Beschaffung von Großaufträgen sein.

In Vorträgen wird über Erfahrungen im Vereinigten Königreich sowie Anforderungen an den wettbewerblichen Dialog in anderen EU-Mitgliedstaaten berichtet. Vortragen werden

Prof. Dr. Burgi, Bochum, Prof. François Lichère, Aix-Marseilles, Prof. Steen Treumer, Kopenhagen.

Nähere Informationen zu der Veranstaltung erhalten Sie auf der Homepage der PLA unter [www.procurementlawyers.org](http://www.procurementlawyers.org).