



Herrn Ministerialdirigent
Christian Dobler
Bundesministerium für Wirtschaft
und Technologie
Scharnhorststr. 34-37
10115 Berlin



Verband kommunaler
Unternehmen e.V.

01.02.2012

Bearbeitet von

Norbert Portz / Bernd Düsterdiek / DSTGB
Telefon 0228/95962-20
norbert.portz@dstgb.de
bernd.duesterdiek@dstgb.de

Barbara Meißner/DST
Telefon: 0221 3771-276
barbara.meissner@staedtetag.de

Tanja Struve, DLT
Telefon: +32 2 7401630
tanja.struve@landkreistag.de

Christian Sudbrock, VKU
Telefon: 030 58580 136
sudbrock@vku.de

Aktenzeichen
74.08.63 E

Assessment of EU public procurement law reform from the perspective of municipalities

I. General assessment

On 20 December 2011, the European Commission submitted its proposals on public procurement law reform and concession contracts. This followed the release of the Commission's Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy on 27 January 2011, a wide-ranging exercise in consultation especially aimed at representatives of contracting authorities (including local authority associations and the local utility companies' association - VKU - in Germany) and contractors.

Like the present reform proposals, the Green Paper made "increas[ing] the efficiency of public spending" a guiding principle. In particular, this means the "search for best possible procurement outcomes (best value for money)".

With a nationwide annual procurement volume of around EUR 250 billion, cities, rural districts, communities and local authority enterprises represent the largest public contractors by far in Germany. For this reason, local authorities and their enterprises firmly support the Commission's goal of making public procurement law simpler and more flexible. They attach great hope to the process currently under way of reforming public procurement law. In particular, they expect public procurement law to be more strongly oriented towards the following principles:

- best value for taxpayers' money;
- more efficient, economical and cost-effective procurement;

- procurement that favours innovation and SMEs;
- less red tape; and
- greater and more effective room for manoeuvre for both contracting authorities and enterprises, and therefore more cooperative public procurement.

In light of this, the current EU reform proposals have both weak and strong points. In particular:

II. Division of the package into three draft directives / Additional rules

For the first time, the European Commission has divided the reform package into three draft directives, which is one more (on concession contracts) than before.

Specifically, these are European Parliament and Council directives on:

- (general) public procurement, COM(2011) 869/2 (246 pages);
- procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors, COM(2011) 895 final (168 pages); and
- the award of concession contracts, COM(2011) 897 final (90 pages), respectively.

These three draft directives are very complex in terms of both scope and content, and as such they do not help cut back red tape. In addition, there are other rules which local authorities deem to be unnecessary, particularly on inter-municipal cooperation and (service) concessions. These extra rules do not contribute to efforts to cut back red tape in public procurement law, but rather add to it. As a result, they tend to be counterproductive and disproportionate to the EU's expressed objective of making procurement law simpler and more flexible. Their excessively complex detail goes far beyond the scope of a directive as a regulatory instrument. Moreover, both the draft directive on public procurement law and the draft directive on the award of concession contracts contain regulations that infringe the organisational sovereignty of Member States. This is especially true of the regulations on inter-municipal cooperation and in-house transactions.

III. Kurzbewertung des Vorschlags über die EU-Richtlinie für die (allgemeine) öffentliche Auftragsvergabe

1. Vereinfachung und Flexibilisierung der Vergabeverfahren

- Präzisierung des Anwendungsbereichs

Die in den Art. 1, 2 und 3 vorgenommene Präzisierung des Anwendungsbereichs, der Begriffsbestimmungen und der Abgrenzung bei gemischten öffentlichen Aufträgen dient der Rechtssicherheit und wird daher begrüßt.

- Neuregelung von sozialen und anderen Dienstleistungen

Für soziale oder andere besondere Dienstleistungen, worunter z. B. Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialwesen sowie administrative Dienstleistungen im Bildungs-, Gesundheits- und kulturellen Bereich, Dienstleistungen der gesetzlichen Sozialversicherung, Beihilfen, Unterstützungsleistungen und Zuwendungen fallen, sollen besondere Regelungen eingeführt werden, Art. 74 ff.. Diese Dienstleistungen fallen nach aktuellem Recht unter die sog. „B-Dienstleistungen“. Der Unterschied zwischen den aktuell geltenden „A-Dienstleistungen“ und den sog. „B-Dienstleistungen“ besteht darin, dass für die „B-Dienstleistungen“ lediglich die Verpflichtung zur nachträglichen europaweiten Bekanntmachung der Aufträge besteht. Der Kommissionsvorschlag sieht nun vor, die Vergabe dieser Leistungen ab einem Schwellenwert von 500.000 Euro europaweit bekannt zu machen. Dabei bezieht sich die Bekanntmachungspflicht sowohl auf die Absicht der Auftragsvergabe als auch auf die Bekanntmachung der Ergebnisse des Vergabeverfahrens. Insofern gehen die geplanten Regelungen im Hinblick auf die Veröffentlichung der Vergabeabsicht über die geltende Rechtslage hinaus. Zudem sollen abweichend von der aktuellen Rechtslage die Schwellenwerte von 200.000 Euro auf 500.000 Euro angehoben werden.

Mit dieser Neuregelung soll der Besonderheit der sozialen Dienstleistungen, die in der Regel geringe Binnenmarktrelevanz besitzen, Rechnung getragen werden. Die kommunalen Spitzenverbände hatten sich im o. g. Grünbuch für eine Beibehaltung der Trennung zwischen den sog. „A-“, und „B“-Dienstleistungen ausgesprochen und darüber hinaus gefordert, Rettungsdienstleistungen ebenfalls in den Katalog der sog. „B“-Leistungen aufzunehmen. Mit den geplanten Neuregelungen erkennt die EU-Kommission im Vorschlag zwar die Besonderheiten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Sozial-, Gesundheits- und Bildungswesen förmlich an. Deren materielle Auswirkungen schätzt sie aber unzutreffend ein.

Mit der geplanten ersatzlosen Aufhebung der Unterscheidung zwischen den sog. „A“- und „B“-Dienstleistungen wird den Realitäten der Mitgliedsstaaten keineswegs Genüge getan. Die von der EU-Kommission immer wieder ausdrücklich hervorgehobenen „administrativen, organisatorischen und kulturellen Rahmenbedingungen“, die von „einem Mitgliedstaat zum anderen höchst unterschiedlich ausfallen“, werden damit nicht berücksichtigt. Die Einführung eines eigenen Vergaberegimes in diesem Bereich wird zur Aushöhlung des Systems sozialer Dienstleistungen in den Mitgliedstaaten führen. Zudem sind die geplanten Schwellenwerte willkürlich gewählt, empirisch nicht begründet und gerade mit Blick auf Rettungsdienstleistungen nicht ausreichend hoch. Diese könnten mit der geplanten Anhebung der de-minimis-Schwellenwerte für Leistungen der Daseinsvorsorge im Bereich der Beihilfen einhergehen. Hinzukommt, dass die von der EU-Kommission angeführte Begründung zur „Sonderbehandlung“

von Sozial-, Gesundheits- und Bildungsdienstleistungen nicht unbedingt zu gesonderten Vorschriften führen muss.

Angesichts der nur sehr begrenzten grenzüberschreitenden Bedeutung ist es sinnvoll, diese Leistungen vollständig vom Vergaberegime auszunehmen. Auf jeden Fall aber sollte es bei der aktuellen Rechtslage unter Anhebung der Schwellenwerte auf mindestens 5 00.000 € –unter Berücksichtigung der Überführung der Rettungsdienstleistungen in die „B“-Dienstleistungen - bleiben

- Grundsätzliche Beibehaltung der EU-Schwellenwerte

Die grundsätzliche Beibehaltung der EU-Schwellenwerte (s. Art. 4) in Anknüpfung an das WTO-Abkommen ist angesichts einer von der EU-Kommission festgestellten und nur zu 1,5 % stattfindenden tatsächlichen Auftragsvergabe an Bieter mit Sitz im EU-Ausland in der Sache zu kritisieren. Eine Heraufsetzung der EU-Schwellenwerte, insbesondere im Liefer- und Dienstleistungsbereich, würde berücksichtigen, dass die Beschaffungsmärkte im Wesentlichen regional bestimmt sind. Auch würde durch eine Erhöhung der Schwellenwerte einer in den letzten zehn Jahren stattgefundenen Wert- und Kaufpreisentwicklung bei den Bau-, Liefer- und Dienstleistungen Rechnung getragen.

- Aufnahme kommunaler Kredite in den Ausnahmetatbestand

Art. 10 des Richtlinienentwurfs regelt Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Richtlinie für bestimmte öffentliche Dienstleistungsaufträge. Bislang sind gemäß Art. 1 6d der Vergaberichtlinie „Geschäfte, die der Geld- oder Kapitalbeschaffung der öffentlichen Auftraggeber dienen“, von der Anwendung des EU-Vergaberechts ausgenommen. In dem neuen Art. 10d des Richtlinienvorschlags fällt dieser Zusatz nunmehr weg. Davon betroffen ist auch die Kreditaufnahme der Kommunen, die damit zukünftig in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen so ll. Begründet wird die Streichung damit, dass die Kommission vermeiden möchte, dass in „Zeiten der Krise leichtfertig kommunale Kredite aufgenommen werden“.

Diese Begründung entbehrt jeder Grundlage, weil weder die Unterstellung einer leichtfertigen Inanspruchnahme von Krediten durch Kommunen gerechtfertigt ist, noch ein Regelungsbedarf seitens der EU für Vergabeverfahren bei Kommunalkrediten besteht. Das kommunale Haushaltsrecht in Deutschland enthält klare Vorgaben zur Zulässigkeit von Kreditneuaufnahmen. Diese sind nur im Rahmen der Haushaltssatzungen und der Kreditermächtigung durch die Aufsichtsbehörden möglich. Es besteht ein allgemeines Verbot, Kredite aufzunehmen, wenn andere Finanzierungsquellen zur Verfügung stehen.

Bereits im Rahmen der letzten Novelle der Vergaberichtlinien hatten sich die kommunalen Spitzenverbände aus gutem Grund für eine Herausnahme der kommunalen Kredite aus dem EU-Vergaberegime ausgesprochen. Gleichwohl hat sich in der kommunalen Praxis ein den Märkten entsprechendes Vergabeverfahren entwickelt. Die dabei zu beachtenden Regelungen sind von den kommunalen Spitzenverbänden veröffentlicht und in der kommunalen Praxis verankert. Für die dabei zum Zuge kommenden Verfahren sind die für Geld- und Kapitalmarktgeschäfte erforderlichen kurzen Fristen unverzichtbar zu berücksichtigen. Angesichts der laufenden Änderungen am Kapitalmarkt können die Anbieter Kreditkonditionen nur für einen sehr kurzen

Zeitraum garantieren. Europaweite Ausschreibungen mit entsprechenden Fristen würden bedingen, dass Kreditbedarfe ausgeschrieben werden, lange bevor die Liquidität tatsächlich benötigt wird. Wenn die kommunalen Einnahmen sich innerhalb dieser Frist erhöhen, besteht kein Bedarf mehr für den Kredit. Eine Ausschreibung müsste dann aufgehoben werden. In Folge müssten Zinsen für einen Kredit gezahlt werden, den man nicht oder noch nicht benötigt.

Wird ein Kredit mit Valuta nach den Ausschreibungsfristen ausgeschrieben, berechnen die Banken ihre Konditionen auf Forward-Basis, also in aller Regel zu Konditionen, die von den Tageskonditionen am Abschlusstag abweichen. Forwardsätze liegen in der Regel über den Marktkonditionen des Tages. Die Kommunen würden sich also zu Lasten der Steuerzahler teurer refinanzieren.

Aus diesen Gründen schreiben die Kommunen in einer Art Auktionsverfahren aus. Banken und Finanzinstitute werden gebeten, ihre Konditionen zu einem klar und abschließend definierten Kredit an einem bestimmten Tag und zu einer bestimmten Uhrzeit (per Fax oder per mail) bei der auktionierenden Kommune einzureichen.

Entscheidende Prämisse bei der Vergabe ist damit der Haushaltsgrundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit. So gehört zu den Grundsätzen der Vergabe in diesem Bereich, dass zur Realisierung des Haushaltsgrundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit sowie zur Erzielung von Transparenz und Wettbewerbsneutralität Kreditneuaufnahmen bzw. Umschuldungen durch eine revisionssichere Angebotseinholung bei Finanzdienstleistern erfolgen. Dazu sind schriftliche (in der Regel per Fax) oder fernmündliche (ggf. mit entsprechender Tonaufzeichnung verbundene) Angebotseinholungen üblich. Entsprechende Nachweise werden als Bestandteil der verpflichtenden Dokumentation aufbewahrt. Die Vergabe erfolgt an den wirtschaftlichsten Bieter (Bestbieter). Dieser kann z.B. anhand des Effektivzinssatzes, der Kapitalbeschaffungskosten, der laufenden Verwaltungskosten, Regelungen über die Zahlung der Zins- und Tilgungsleistungen sowie der Gesamtkosten der Kreditaufnahme ermittelt werden. Verspätet eingegangene Angebote werden nicht berücksichtigt. Bei der Auswahl des Bestbieters bleiben wettbewerbsfremde Argumente außer Betracht. Sofern es mehrere Bestbieter gibt, muss die Entscheidung nach objektiv nachvollziehbaren Kriterien erfolgen (Beispiele: Portfoliostruktur, Qualität der Abwicklung, Altgläubiger bei Zinsanpassungen, Bonität des Gläubigers, ggf. Teilung in Tranchen unter den Bestbieter).

- „Toolbox“-Konzept

Dieses Konzept (s. Art. 24 ff.) mit zwei grundlegenden Verfahrensformen (Offenes/Nichtoffenes Verfahren auf der einen sowie Verhandlungsverfahren, Wettbewerblicher Dialog und Innovationspartnerschaft auf der anderen Seite) unter Zurverfügungstellung von sechs spezifischen Vergabemethoden ist als „Instrumentenkasten“ grundsätzlich zu begrüßen.

Allerdings wird die Anwendung des Verhandlungsverfahrens und des Wettbewerblichen Dialogs nach Art. 24 der Richtlinie nicht in ausreichendem Maße in ein erweitertes Ermessen des Auftraggebers gestellt, sondern nach wie vor an konkrete und einengende Voraussetzungen geknüpft. Allenfalls der Buchstabe e (spezifische Umstände, Wesensart oder Komplexität der Beschaffung, Risiken) beinhaltet eine Ausweitung der aktuellen Anwendungsfälle des Verhandlungsverfahrens und des Wettbewerblichen Dialogs und ist daher zu begrüßen.

Abzulehnen ist die in Art. 24 angesprochene Option für die Mitgliedstaaten, das Verhandlungsverfahren, den Wettbewerblichen Dialog und die Innovationspartnerschaften nicht in ihr einzelstaatliches Recht umzusetzen. Damit wird die Gefahr einer Einengung von Handlungsspielräumen für die Auftraggeber und Unternehmen geschaffen.

Ausdrücklich zu begrüßen ist im Sinne eines kooperativen Instruments die Einführung der neuen Verfahrensnorm für innovative Beschaffungen, der Innovationspartnerschaft.

- Lockerung der Regelungen für subzentrale Vergabebehörden

Die Lockerung der Regelungen für subzentrale Vergabebehörden (s. etwa Art. 26 Nr. 4) bringt mehr Freiheiten insbesondere für kommunale Beschaffung und ist daher ausdrücklich zu begrüßen. Wenn eine lokale Behörde als Aufruf zum Wettbewerb Vorinformationen veröffentlicht hat, braucht diese nach dem EU-Vorschlag vor Einleitung des Vergabeverfahrens keine separate Auftragsbekanntmachung mehr zu veröffentlichen (s. Nr. 5 der Begründung zum Vorschlag). Dies erweitert im Sinne einer größeren Flexibilität und eines größeren Handlungsermessens gerade kommunale Spielräume. Auch die vorgeschlagene größere Flexibilität in Bezug auf die Festlegung bestimmter Fristen findet die Unterstützung der Kommunen. Dies trifft auch auf die Reduzierung der Dokumentationslast für Bieter zu.

- Förderung der elektronischen Auftragsvergabe

Die vorgeschlagene Ausweitung der elektronischen Auftragsvergabe (s. Art. 32 ff.) ist von ihrer Zielrichtung eines Weniger an Verwaltungsaufwand, einer größeren Rechtssicherheit sowie auch einer Kosteneinsparung zu begrüßen. Allerdings wird die vorgeschlagene Verpflichtung zur Einführung der e-Vergabe für die Mitgliedsstaaten innerhalb einer Frist von zwei Jahren kritisch gesehen. Der hiermit verbundene Aufwand ist – wie die Vergangenheit gezeigt hat – immens und kann im Zweifel auch nicht durch einseitig zeitlich vorgegebene Verpflichtungen umgesetzt werden. Die Kommunen in Deutschland haben überwiegend die Anforderungen an die e-Vergabe noch nicht eingerichtet. Insbesondere wäre eine Umstellung ohne externe Beratungsleistungen und damit verbundenen finanziellen Mehrkosten für die Vergabestellen nicht zu gewährleisten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch die Anbieterseite, insbesondere kleine und mittlere Unternehmen, technisch und organisatorisch nicht für eine ausschließlich elektronische Vergabe ausgestattet ist. Die Umsetzungsfristen müssten jedenfalls erheblich verlängert werden.

- Modernisierung der Verfahren

Eine Flexibilisierung bei der Überprüfung der Auswahl der Bieter einerseits und der Erteilung des Zuschlags andererseits (Auswahl- und Zuschlagskriterien) ist zu begrüßen (s. Art. 54 Nr. 3). Jedoch sind hier weitere Erleichterungen sinnvoll: Insbesondere die mit Ausschlussfolgen bei der Wertung der Angebote verbundene Vermengung zwischen den Auswahl- und den Zuschlagskriterien durch die Auftraggeber haben oftmals zu einer unwirtschaftlichen Vergabe geführt.

Zudem ist eine Unterscheidung zwischen Auswahl- und Zuschlagskriterien (Bsp.: Schulung des Personals) nicht immer strikt vollziehbar. Nach dem Vorschlag der

Kommission sollen die Vergabebehörden nunmehr die Möglichkeit haben, selbst zu entscheiden, welche Prüfungsreihenfolge bei den Auswahl- und Zuschlagskriterien am sinnvollsten ist. Mit dieser Regelung würden im Sinne einer Flexibilisierung zwar Fehlerquellen vermieden und die Rechtssicherheit von Vergabeverfahren erhöht. Ziel sollte jedoch insgesamt ein noch flexiblerer Umgang mit der Prüfung von Auswahl- und Zuschlagskriterien und eine mögliche Vermeidung der strengen Rechtsfolge bei einer Vermengung dieser Kriterien (fehlerhaftes Vergabeverfahren) sein.

2. Strategische Vergabe öffentlicher Aufträge / Einbeziehung von Umwelt- und Sozialaspekten:

- Innovationspartnerschaft

Das neue Verfahren der Innovationspartnerschaft (s. Art. 29), mit dem über die Auftragsvergabe ein intelligentes, nachhaltiges und auch integratives Wachstum erfolgen soll, ist zu begrüßen. Mit diesem neuen Verfahren können mit Hilfe eines frühen und kooperativen Zusammenwirkens zwischen Auftraggebern und Unternehmen innovative Produkte sowie Bau- oder Dienstleistungen beschafft und damit ein gutes Leistungs- und Kostenverhältnis erzielt werden. Zudem wird das innovative Verfahren des Wettbewerblichen Dialoges hiermit sinnvoll erweitert.

- Lebenszykluskosten, Produktionsprozess, Gütezeichen

Unter den strategischen Zielen von „Europa 2020“, insbesondere umwelt- und soziale Aspekte verstärkt in das Vergaberecht einzubeziehen, können zukünftig vermehrt Lebenszykluskosten (s. Art. 67) berücksichtigt werden. Zudem können Auftraggeber spezielle Gütezeichen (s. Art. 41) bei ihren Beschaffungen verlangen. Speziell das Abverlangen von qualifizierten Gütezeichen erleichtert Auftraggebern die rechtliche und tatsächliche Umsetzung einer umweltfreundlichen Vergabe und ist daher zu begrüßen.

Die Einbeziehung von Lebenszykluskosten könnte in der Praxis möglicherweise auf Schwierigkeiten stoßen. Zum einen ist hiermit eine Ausweitung des grundsätzlich für Beschaffungen vorausgesetzten Auftragsbezuges verbunden; zum anderen ist den Auftraggebern die Einbeziehung, etwa von Entstehungskosten eines Produkts oder dessen Entsorgungskosten, also von Kosten, die über die tatsächliche Nutzung eines Produkts weit hinausgehen, kaum möglich. Hier müssen unabhängige Institute bzw. die Bieterseite konkrete Hilfestellungen und Grundlagen zur Berechnung der Lebenszykluskosten liefern. Der Auftraggeber ist hiermit überfordert, so dass der „Lebenszyklusansatz“ zurzeit ins Leere läuft. Deshalb ist die Methode grundsätzlich abzulehnen, da sie zu einer Überregulierung führt. Für die Berechnung kann auf nationale Standards zurückgegriffen werden. Eine Standardisierung auf Ebene der EU ist abzulehnen.

Zu begrüßen ist jedenfalls, dass die EU-Vorschläge die Einbeziehung von umwelt- und sozialen Aspekten den Auftraggebern nur optional einräumen, diesen aber nicht verpflichtend vorgeben. Auch muss der vorgeschlagene Auftragsbezug für die Einbeziehung von Umwelt- und Sozialkriterien in die Auftragsvergabe zwingend beibehalten werden.

- Ungewöhnlich niedrige Angebote

Die Regelung in Art. 69 über die Erläuterung ungewöhnlich niedriger Angebote in Koppelung an bestimmte Preisabstände (50 Prozent oder 20 Prozent) gehört nicht in das Vergaberecht, sondern allenfalls in Handlungsanleitungen und Empfehlungen. Diese strikten Prozentvorgaben werden der Vielgestaltigkeit der Angebotskalkulation von Bietern, insbesondere in „innovativen oder neuen Märkten“, in denen sich noch keine Preise „gesetzt“ haben und daher erhebliche Preisspannen durchaus üblich sind, nicht gerecht. Die eingrenzenden Regelungen über die Prozentvorgaben sollten daher gänzlich entfallen.

- Auftragsänderungen während der Laufzeit

Die in Art. 72 vorgenommene Abgrenzung zwischen einer ausschreibungspflichtigen Neuvergabe bei wesentlicher Änderung der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags einerseits und einer nicht erforderlichen Neuvergabe bei nicht wesentlichen Änderungen andererseits ist sinnvoll. Sie führt auf der Grundlage der EuGH-Rechtsprechung und der vorgeschlagenen Begriffsdefinitionen zu einem Mehr an Rechtsklarheit für Auftraggeber und Unternehmen.

3. Besserer Marktzugang für KMU

- Reduzierung der Informationspflichten und Einführung eines europäischen Passes für die Auftragsvergabe

Der Vorschlag, künftig insbesondere bei der Prüfung der Unternehmenseignung verstärkt auf Eigenerklärungen zu setzen (s. Art. 57), ist im Sinne einer Reduzierung des Verwaltungsaufwands und in Übereinstimmung insbesondere mit den deutschen VOL/A-Vorgaben zu begrüßen. Auch der Vorschlag von den Unternehmen, dann keine erneute Vorlage einer Bescheinigung etc. zu verlangen, wenn dem öffentlichen Auftraggeber in den vergangenen vier Jahren für ein früheres Verfahren eine solche übermittelt wurde und diese nach wie vor gültig ist (Art. 57), ist aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung zu unterstützen.

Demgegenüber ist der zusätzliche Vorschlag in Art. 57, wonach die Auftraggeber vor der Auftragsvergabe von dem Bieter, an den er den Auftrag vergeben will, Unterlagen abfordern müssen, in dieser umfassenden Form zu einengend. Hier sollte im Sinne der deutschen VOL/A-Regelung ein Vertrauen auf die Eigenerklärung auch bei der Zuschlagserteilung ohne zusätzliche Abforderung von Unterlagen möglich sein.

Der „Europäische Pass für die Auftragsvergabe“ (Art. 59) ist als Ersatz für die Beibringung ansonsten erforderlicher konkreter Nachweise im Sinne einer Präqualifikation gerade von kleineren und mittleren Unternehmen zu begrüßen. Mit dem „Europäischen Pass für die Auftragsvergabe“ darf jedoch kein zusätzlicher Verwaltungsaufwand (Aufbau einer „Pass-Bürokratie“) verbunden werden.

- Unterteilung in Lose und Beschränkung der Anforderungen an die Teilnahme

telstandsförderung zu begrüßen. Die Beschränkung der Anforderungen an die Teilnahme ist von ihrem Ziel her, möglichst viele kleine und mittlere Unternehmen zum Vergabeverfahren zuzulassen, zu unterstützen. Allerdings erscheint die explizite Vorgabe in Art. 56, wonach grundsätzlich die Umsatzanforderungen auf das Dreifache des geschätzten Auftragswerts beschränkt sein sollen, als frei gegriffene Größe. Sie sollte daher flexibler ausgestaltet werden.

- Direkte Bezahlung von Unterauftragnehmern

Die vorgeschlagene Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, wonach Unterauftragnehmer vom Auftraggeber eine direkte Zahlung verlangen können (s. Art. 71 Nr. 2), entspricht nicht der rechtlichen Vorgabe in Deutschland, wonach der Auftraggeber ein unmittelbares Vertragsverhältnis nur mit seinem Hauptauftragnehmer hat.

4. Governance - Nationale

Aufsichtsstelle

Die in Art. 84 für einen Mitgliedstaat vorgeschlagene und von diesem zu benennende „einzige unabhängige Stelle, die für die Beaufsichtigung und Koordinierung der Durchführungstätigkeiten verantwortlich ist („Aufsichtsstelle“) entspricht nicht dem föderalen deutschen Staatsaufbau und greift damit in staatsrechtliche Organisationsstrukturen ein. Zudem ist schwer vorstellbar, dass eine einzige „Superaufsichtsinstanz“ in Deutschland die Vergaben der Städte, Landkreise und Gemeinden im Rahmen des dreigliedrigen deutschen Staatsaufbaus beaufsichtigen können soll. Zudem begründet eine solche Stelle im Zusammenhang mit den Informationsansprüchen erneut zusätzliche bürokratische Pflichten für öffentliche Auftraggeber, was der beabsichtigten Vereinfachung entgegenläuft.

- **Wissenszentren, gemeinsame Beschaffungen und Verwaltungszusammenarbeit:** Eine fachliche Unterstützung von Auftraggebern durch Wissenszentren, eine gemeinsame Beschaffung sowie eine Verwaltungszusammenarbeit (s. Art. 87 und 88) können in dem komplexen Vergaberecht zu einer verbesserten und rechtssicheren Auftragsvergabe beitragen sowie Kosten senken helfen. Diese Ansätze sind daher zu begrüßen.

5. Regelungen der Beziehungen zwischen öffentlichen Stellen

Die vorgeschlagene Regelung in Art. 11 über die Abgrenzung zur Anwendung bzw. Nichtanwendung des Vergaberechts bei „Beziehungen zwischen öffentlichen Stellen“ betrifft sowohl die vertikale In-House-Vergabe als auch die horizontale Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern. Der hier unternommene Versuch, durch eine abschließende Aufzählung die Voraussetzungen einer ausschreibungsfreien (vertikalen) In-House-Vergabe sowie eine ausschreibungsfreie horizontale Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern zu regeln, wird abgelehnt.

Gleichwohl möchten wir hilfsweise zu einzelnen Regelungen Stellung nehmen:

Der Vorschlag wird der Vielgestaltigkeit der Beziehungen zwischen öffentlichen Stellen und den - bisher mit gutem Grund nicht kodifizierten - Voraussetzungen einer Vergaberechtsfreiheit nicht gerecht. Es ist zu kurz gegriffen, wenn die Kommission auf der Grundlage der bisherigen, aber gleichwohl nicht abschließenden EuGH-Rechtsprechung, den Versuch unter-

nimmt, die vom EuGH getroffenen Einzelfallentscheidungen in generalisierender Form in das allgemeine Vergaberecht zu übernehmen. Zudem sind die Regelungen unverhältnismäßig. Die EU-Kommission unterwirft die der Bundesrepublik Deutschland obliegende Organisationshoheit zur Erbringung von Dienstleistungen Wettbewerbsregeln und legt damit fest, in welcher Art und Weise diese zu erbringen sind. Den Mitgliedstaaten obliegt es hingegen in eigener Verantwortung, die Erbringung ihrer Leistungen zu organisieren und durchzuführen.

Dies betrifft u. a. sowohl die Mindestfestsetzung von 90 % für das Wesentlichkeitsmerkmal in Art. 11 Nr. 1b und Nr. 3b des Richtlinienvorschlages als insbesondere auch die vorgeschlagene Einengung des Kontrolltatbestandes in Art. 11 Nr. 3 Unterabsatz 2 Buchstabe c und d. Wenn dort als Voraussetzung für das Kontrollkriterium bestimmt ist, dass „die kontrollierte juristische Person keine Interessen verfolgen darf, die sich von mit ihr zusammenarbeitenden öffentlichen Behörden unterscheiden“ (Buchstabe c), findet sich dieses Kriterium in dieser Form nicht in der EuGH-Rechtsprechung.

Auch wenn im Weiteren die kontrollierte juristische Person „keine anderen Einnahmen als diejenigen erzielen darf, die sich aus der Rückzahlung der tatsächlich entstandenen Kosten in Zusammenhang mit den von den öffentlichen Auftraggebern vergebenen Aufträgen ergeben“, finden diese Vorgaben ebenfalls weder eine zwingende Voraussetzung in der Rechtsprechung des EuGH, noch sind diese rechtlich und tatsächlich sachgerecht. Vielmehr beschneiden die vorgeschlagenen Vorgaben der EU-Kommission über das bisherige Recht hinaus die den Kommunen bisher mögliche vergaberechtsfreie In-House-Vergabe. Sie schränken damit kommunale Handlungsspielräume über Gebühr ein und sind daher abzulehnen.

Das Gleiche gilt für die horizontale Vergaberechtsfreiheit und deren Voraussetzungen in Art. 11 Nr. 4 a bis e des Vorschlags und hier insbesondere der Buchstaben b, c und d. Die Kommission verlangt für die Vergaberechtsfreiheit einer horizontalen (vertraglichen) Kooperation zwischen öffentlichen Auftraggebern insbesondere eine „echte Zusammenarbeit“, also ein arbeitsteiliges Handeln im Sinne wechselseitiger Leistungserbringung der beteiligten Gebietskörperschaften (Buchstabe a). Dies würde bedeuten, dass die Aufgabenerbringung einer Kommune für eine andere gegen Entgeltzahlung (der typische und häufigste Fall) künftig europaweit ausgeschrieben werden müsste. Beispielsweise würde die gemeinsame Ausübung des Winterstreudienstes zwischen zwei Kommunen in Form der Übertragung auf eine der Nachbarkommunen und eines an diese in der Folge entrichteten Entgelts vergaberechtspflichtig. Die ist rechtlich nicht nachvollziehbar und daher abzulehnen. Gerade derartige Fälle der Zusammenarbeit gewährleisten Synergie-Effekte und erforderliche Kosteneinsparungen und sind daher zur Sicherstellung der kommunalen Daseinsvorsorgeleistungen vor Ort unabdingbar. Der Gerichtshof hatte in seinem Urteil in der Rechtssache „Stadtreinigung Hamburg“ zudem gerade für diese Zusammenarbeit der Gebietskörperschaften die Freiheit der Form festgelegt, die die Kommission mit dem Kriterium der „echten Zusammenarbeit“ wieder zurücknimmt.

Weiter dürfen die beteiligten öffentlichen Auftraggeber, gemessen am Umsatz, „nicht mehr als 10 % ihrer Tätigkeiten, die in Zusammenhang mit der Vereinbarung relevant sind, auf dem offenen Markt ausüben“ (Buchstabe c). Schließlich darf „die Vereinbarung keine anderen Finanztransfers zwischen den Beteiligten öffentlichen Auftraggebern als jene, die die Rückzahlung der tatsächlichen Kosten der Leistungen betreffen“ beinhalten (Buchstabe d). All diese Voraussetzungen sind aus kommunaler Sicht zu eng und rechtlich nicht begründbar.

Vorgaben stellen nicht in Rechnung, dass die interkommunale Zusammenarbeit eine reine Verlagerung von Organisationszuständigkeiten innerhalb von Kommunen ist. Dabei hat gerade der EuGH betont, dass die Wahl der Rechtsform der Zusammenarbeit den Kommunen obliegt. Für die Befreiung vom Vergaberecht muss es daher ausreichen, dass eine im öffentlichen Interesse erbrachte Leistung ohne die Beteiligung von Privaten erbracht wird.

Die Vorschläge der EU-Kommission berücksichtigen schließlich auch nicht, dass interkommunale Vereinbarungen zwischen öffentlichen Stellen bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben keine vergaberechtsrelevante sowie externe Beschaffung auf dem Wettbewerbsmarkt darstellen. Insofern sind die Regelungen zugunsten der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen rechtssystematisch nicht in Artikel 11 der Richtlinie unter dem Abschnitt 3 (Ausschlüsse), sondern im Abschnitt 1 (Gegenstand und Begriffsbestimmungen) einzuordnen.

IV. Anmerkung zum Vorschlag für die EU-Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Sektorenrichtlinie)

Für die Sektorenrichtlinie sind im Wesentlichen die gleichen Änderungsvorschläge unterbreitet worden wie für die Richtlinie über die klassische Auftragsvergabe. Die vorstehende Bewertung dieser Änderungsvorschläge gilt daher auch für die Sektorenrichtlinie.

Richtig und notwendig ist es, für die Vergabe von Aufträgen in den Sektoren weiterhin eine eigenständige Richtlinie vorzuhalten, die flexiblere Beschaffungsvorgänge ermöglicht. Gerade für kommunale Unternehmen, die mit ihren Dienstleistungen im Wettbewerb mit rein privaten Unternehmen stehen, insbesondere im Bereich der Energieversorgung, ist es wichtig, dass trotz Anwendbarkeit des Vergaberechts belastende Vorgaben im Beschaffungswesen möglichst vermieden werden.

V. Separate directive on concession contracts

The European Commission has put forward a separate directive on (service) concessions, which up until now have not formally been covered by public procurement law. For some time now, local authority associations have rejected any legislative initiative on the award of concession contracts, and have expressed this in numerous discussions and opinions to both the European Commission and the German Federal Ministry of Economics and Technology. The German Bundesrat also expressed its unequivocal opposition to such an EU initiative at its 866th session on 12 February 2010 (BR-Drs. 846/09). It reiterated this position at its 879th session on 11 February 2011 in an opinion on the Single Market Act.

Local authority associations see no need for EU-level legislation on service concessions. The European Court of Justice (ECJ) has cited respect for the key principles of primary EU legislation, especially transparency, non-discrimination and proportionality, in a number of rulings on the award of service concessions. In doing so, the ECJ has defined for all contracting authorities the basic principles for awarding service concessions.

When it comes to public procurement, local authorities are guided first and foremost by this legal framework.

EU legal provisions which go further, on the other hand, would not lead to greater legal certainty, but at best to more excessive regulation of service concessions, generating an additional administrative burden, costly legal advice and delays for all parties. The result would be an unreasonable limitation of local authorities' room for manoeuvre. Moreover, many of the planned directive's regulations are disproportionate and extremely detailed, despite the Commission's expressed intention to create a lean document.

Service concessions concern many service sectors of general (economic) interest (public service provision), including water supply, wastewater management, emergency and healthcare services, public passenger transport, management of public parking areas, etc. These services, especially, would gain no added value from EU-level regulation of concession contracts since, by their very nature and scope, they are not generally delivered across borders. It should be noted that the planned directive is not meant to cover public passenger transport services referred to in Regulation 1370/2007. Consequently, the draft directive in its current form stipulates that, when awarding service concessions, the special regulations laid down in Regulation 1370/2007 are to take precedence over those in general directives.

However, there is a risk that competition rules enshrined in public procurement law will amount to liberalisation by the back door, especially when it comes to water supply. This should be firmly rejected.

The Lisbon Treaty grants local authorities "wide discretion" in its protocol on services of general interest. They should be allowed to keep it.

Therefore, local authorities should retain the power to decide whether they administer public services themselves, have them provided by local authority-owned companies, or contract them out to third parties.

Local authority associations also feel vindicated in their position by the remarks in the European Parliament's report of 18 May 2010 on "new developments in public procurement" delivered by MEP Heide Rühle, and in its most recent report of 24 October 2011 in which it reiterates these remarks. This report underlines that "service concessions were excluded from the directives on public procurement in order to allow contracting authorities and contractors greater flexibility". It is precisely this flexibility that is pertinent when making contractual arrangements and awarding concessions, and which sets them apart from public procurement.

As mentioned above, ECJ case law has issued adequate guidelines for the award of service concessions.

Specifically, it follows from them that

- the award of service concessions must conform to primary EU legislation and thus be carried out in a way that is transparent, non-discriminatory, and open to the public to a proper extent (see *Parking Brixen*);

- criteria for in-house procurement must also be applied to service concessions, in which case primary EU legislation does not apply (see *Parking Brixen* and *Coditel* cases); and
- excessive demands should not be made regarding the economic risk shouldered by the concessionaire. This means that service concessions may be awarded even in the case of compulsory connection and use, such as when supplying water (Case 206/08 of 10 September 2009 - *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha*).

Recital number seven in the rationale for the draft EU directive on concession contracts is not compatible with the ECJ ruling on *Gotha* in particular, which says that even in the case of compulsory connection and use and the resultant considerable alleviation of risk for the concessionaire, this constitutes, to date, a service concession unaffected by public procurement law, and not a public service contract subject to compulsory tender.

The decision states that in defining the term "concession contract", reference must be made to the "essential operating risk" of the concessionaire. However, ECJ case law has not seen this essential operating risk as a prerequisite for the existence of a service concession. Therefore, the European Commission's proposal limits the broad legal framework for service concessions established by ECJ case law. It reduces flexibility and limits local authorities' room for manoeuvre. The proposal should therefore be rejected.

Mit freundlichen Grüßen

In Vertretung



Detlef Raphael
Beigeordneter
des Deutschen Städtetages



Dr. Kay Ruge
Beigeordneter
des Deutschen Landkreistages



Norbert Portz
Beigeordneter
des Deutschen Städte- und Gemeindebundes



RA Dr. Andreas Zuber
Geschäftsführer
Abteilung Recht, Finanzen und Steuern
des Verbandes kommunaler Unternehmen