



Vergaberechtspaket – Öffentliches Auftragsvergabe und Dienstleistungskonzessionen

Hintergrund

Das **öffentliche Beschaffungswesen** spielt eine zentrale Rolle für die Gesamtwirtschaftsleistung der Europäischen Union. Bund, Länder und Kommunen in Europa wenden etwa **18 Prozent des Bruttoinlandsproduktes** für Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge auf. Angesichts des Volumens des öffentlichen Beschaffungswesens kann die öffentliche Auftragsvergabe als wirkungsvoller Hebel für die Verwirklichung eines Binnenmarkts dienen, der nachhaltiges Wachstum fördert.

Die derzeitigen EU-Richtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens sind die bisher letzte Stufe in einer Entwicklung, die 1971 mit dem Erlass der Richtlinie 71/305/EWG begonnen hat. Durch die **Gewährleistung transparenter und nichtdiskriminierender Verfahren** für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen zielen diese Richtlinien vor allem darauf ab, durch die Öffnung der nationalen Märkte einen stärkeren Wettbewerb zu fördern, dadurch niedrigere Preise zu erzielen und so die öffentlichen Auftraggeber in die Lage zu versetzen, öffentliche Steuergelder möglichst wirtschaftlich einsetzen zu können.

Allerdings zeigte sich in der Praxis auch, dass es sinnvoll ist, die geltenden Vorschriften zu vereinfachen, ihre **Effektivität** zu erhöhen und stärker auf den sich wandelnden politischen, sozialen und wirtschaftlichen Kontext auszurichten. Gestraffte, **effizientere Verfahren** werden den **öffentlichen Auftraggebern** zu **größerer Flexibilität** verhelfen und die **Beteiligung von KMU erleichtern**.

Im Dezember 2012 hat die Europäische Kommission ihr Vergaberechtspaket veröffentlicht. Es besteht aus einem **Entwurf für eine Vergaberichtlinie** (KOM (2011) 896), einem Entwurf für eine **Richtlinie zur Koordinierung der Zuschlagserteilung** durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (KOM (2011) 895) und einem **Entwurf für eine Konzessionsrichtlinie** mit der zum ersten Mal die Vergabe von Konzessionen umfassend auf europäischer Ebene geregelt werden soll (KOM (2011) 897).

Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe

Der **Entwurf der Europäischen Kommission** für eine Richtlinie über die **öffentliche Auftragsvergabe** soll die derzeitige Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG ersetzen. Der Vorschlag enthält unter anderem die **erstmalige Kodifizierung** der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur **interkommunalen Zusammenarbeit** und zur **Inhouse-Vergabe**,

Erleichterung des **Zugangs von KMU** zu öffentlichen Aufträgen, einen verstärkten **Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren** und eine **Ausweitung der elektronischen Vergabeinstrumente**.

Folgende Kernpunkte sind wesentlicher Diskussionsstoff im laufenden Gesetzgebungsverfahren:

Einbeziehung vergabefremder Kriterien

Die Kommission ist in ihrem Entwurf der Position des Europäischen Parlaments in der Vergangenheit gefolgt, wonach die Einbeziehung **vergabefremder Kriterien** in die Auftragsvergabe nur **optional** und mit einem engen **Bezug zum Auftragsgegenstand** erfolgen soll. Eine freiwillige Einbeziehung ist bereits heute möglich. Eine Lockerung ist jedoch dahingehend vorgesehen, dass soziale Kriterien (beschränkt auf Gesundheitsschutz von Arbeitnehmern und Integration sozial benachteiligter Personen) beim **Produktionsprozess** als **Eignungskriterium** berücksichtigt werden können. Eine **weitere Ausdehnung** der Liste sozialer Kriterien, wie sie möglicherweise von einigen Fraktionen gefordert wird, wird von der **CSU-Europagruppe abgelehnt**.

Erweiterte Zulassung des Verhandlungsverfahrens

Den öffentlichen Auftraggebern stehen **mehrere Arten von Vergabeverfahren** zur Verfügung. Für Aufträge oberhalb der **Schwellenwerte** sind dies das **offene Verfahren**, das **nichtoffene Verfahren**, das **Verhandlungsverfahren** sowie der **wettbewerbliche Dialog**. Welches Vergabeverfahren zur Anwendung kommt, ist gesetzlich geregelt und steht nicht zur **Disposition** der öffentlichen Auftraggeber. Grundsätzlich gilt, dass das offene Verfahren Vorrang vor allen anderen Verfahrensarten hat.

Unter dem **offenen Verfahren** versteht man ein Verfahren, in dem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird. Dies bedeutet, dass sich **jedes interessierte Unternehmen** um den ausgeschriebenen Auftrag bewerben kann. Es handelt sich um ein einstufiges Verfahren, in welchem die Unternehmen zeitgleich ihre Eignungsnachweise und ein Angebot abgeben. Beim **nichtoffenen Verfahren** wird zuerst öffentlich zur **Teilnahme aufgefordert**, anschließend wird aus dem Bewerberkreis eine beschränkte Anzahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert. Es handelt sich um ein **zweistufiges Verfahren**. Die Unternehmen weisen zunächst durch Einreichung der Eignungsnachweise ihre Eignung nach. Aus diesem Kreis fordert die öffentliche Hand **mindestens fünf** für den Auftrag geeignete Unternehmen zur Abgabe eines Angebots auf, so dass der Wettbewerb um die Erbringung der Leistung auf einen bestimmten **Bieterkreis beschränkt** ist.

Der **wettbewerbliche Dialog** ist ein Verfahren zur Vergabe besonders **komplexer Aufträge**. Dieses Verfahren ist nur für Aufträge **oberhalb der Schwellenwerte** vorgesehen. Dabei erfolgt eine **Teilnahmeaufforderung**, an die sich **Verhandlungen mit ausgewählten Unternehmen** über alle Einzelheiten des Auftrages anschließen. Die Angebote werden auf eine gemeinsam entwickelte **Leistungsbeschreibung** hin abgegeben, da der öffentliche Auftraggeber bei Einleitung des Verfahrens nicht in der Lage ist, die Leistung abschließend zu beschreiben.

Die **größte Flexibilität** gewährt dem öffentlichen Auftraggeber das **Verhandlungsverfahren**. Beim Verhandlungsverfahren wendet sich der Auftraggeber mit oder ohne vorherige öffentliche Aufforderung an **ausgewählte Unternehmen**, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln. Es besteht anders als im offenen und nichtoffenen Verfahren **kein Verhandlungsverbot**. Die **Ausgestaltung** dieses Verfahrens steht im **Ermessen** der öffentlichen Hand. Die Möglichkeit, das Verhandlungsverfahren anzuwenden, hat die Kommission weiterhin als **Ausnahme** und unter **besonderen Bedingungen** ausgestaltet. **Die CSU-Europagruppe setzt sich für eine Ausweitung des Verhandlungsverfahrens ein**. Insbesondere ist es unter dem Gesichtspunkt eines harmonisierten Binnenmarktes unzureichend, wenn die Kommission es in das Belieben der Mitgliedstaaten stellt, ob sie überhaupt ein Verhandlungsverfahren als mögliches Verfahren in ihre nationale Rechtsordnung aufnehmen. Daher setzen wir uns dafür ein, dass die Mitgliedstaaten das **Verhandlungsverfahren** in ihr nationales Recht **umsetzen müssen**. **Flexibilität** wollen wir den Mitgliedstaaten aber bei der Frage einräumen, in welchen Fällen das Verhandlungsverfahren zum Einsatz kommen soll, beispielsweise in allen Fällen, bei denen zur Erfüllung des Auftrags nicht auf standardisierte Lösungen zurückgegriffen werden kann.

Aufhebung der Unterscheidung A/B-Dienstleistungen

Die Kommission schlägt die **Aufhebung** der **Unterscheidung** zwischen **A- und B-Dienstleistungen** vor. Die so genannten **B-Dienstleistungen** umfassen **soziale Dienstleistungen** und Dienstleistungen im **Bildungs-, Gesundheits- und kulturellen** Bereich. Im Gegensatz zu den A-Dienstleistungen besteht nach geltendem Recht für B-Dienstleistungen lediglich die Verpflichtung zur **nachträglichen** europaweiten Bekanntmachung der Auftragsvergabe. Damit wird der **geringen Binnenmarktrelevanz** der sozialen Dienstleistungen Rechnung getragen. **Wird die Unterscheidung aufgehoben, würden künftig sämtliche Dienstleistungen unter die allgemeinen Vergaberegeln fallen**. Das Europaparlament hatte sich in der Vergangenheit mehrfach gegen eine solche Aufhebung ausgesprochen. **Die CSU-Europagruppe setzt sich für die Beibehaltung der Unterscheidung zwischen A- und B-Dienstleistungen ein**, um die Besonderheiten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Sozial-, Gesundheits- und Bildungswesen zu berücksichtigen und um unnötige formale Auflagen für Bereiche zu vermeiden, bei denen sich ohnehin so gut wie keine Unternehmen grenzüberschreitend aus anderen Mitgliedstaaten um die Aufträge bewerben.

Vereinfachungen für KMU

Zu begrüßen sind die **Erleichterungen für kleine und mittelständische Unternehmen**, wie z. B. die verstärkte Zulassung von **Eigenerklärungen**, dem **europäischen Vergabepass** (soweit dieser nicht zu neuer Bürokratie führt) oder die Möglichkeit zur Unterteilung eines Auftrags in Lose, die nach deutscher Rechtslage bereits verpflichtend ist.

Elektronische Vergabe

Positiv ist ferner der Vorschlag der Kommission, die elektronische Vergabe verpflichtend einzuführen. Die **CSU-Europagruppe** hält jedoch die dafür vorgesehen Frist von nur zwei Jahren für zu kurz bemessen. Insbesondere die kleineren Städte und Gemeinden, aber auch viele KMU,

benötigen mehr Zeit, um sich auf die elektronische Vergabe umzustellen.

Regelungen zur In-House Vergabe & horizontalen Zusammenarbeit

Mit dem Begriff der **In-House-Vergabe** bezeichnet man die Vergabe eines öffentlichen Auftrages, durch einen **öffentlichen Auftraggeber** an eine zwar rechtlich selbständige dritte Person, die aber von dem öffentlichen Auftraggeber **selbst kontrolliert** wird. Hierunter fallen z. B. die Vergabe von Aufträgen oder Konzessionen von einer **kommunalen Gebietskörperschaft** an eine rein **kommunal beherrschte**, organisationsprivatisierte **Gesellschaft**, ein **Kommunalunternehmen** (Stadtwerke) oder einen rein **kommunalen Zweckverband**.

Die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe im Wege einer In-House-Vergabe fällt grundsätzlich nicht unter die vergaberechtlichen Regelungen und kann daher freihändig ohne Ausschreibung erfolgen.

Interkommunale Kooperation ist die **Zusammenarbeit** von **Kommunalverwaltungen**, die entweder in einem vertraglich geregelten **koordinierten Vorgehen** oder in der Schaffung einer neuen **juristischen Person** zur Verfolgung der gemeinsamen Interessen bestehen kann. Viele Aufgaben lassen sich von den Gemeinden ohne Kooperation gar nicht, einige Aufgaben nur mit einem erhöhten finanziellen Aufwand erfüllen. Bestimmte **kommunale Investitionen** lohnen sich von ihrer technisch erforderlichen **Mindestgröße** erst, wenn sie durch mehrere **Nachbarkommunen** mitgetragen und mitgenutzt werden (z. B. Betrieb von Kläranlagen oder die Abfallbeseitigung). Insbesondere für **Kleinstädte** stellt die **interkommunale Kooperation** zunehmend eine Lösung zur Anpassung an den demografischen Wandel dar.

Die von der Kommission vorgeschlagenen **Regelungen** zur ausschreibungsfreien vertikalen **In-House Vergabe** und zur **horizontalen Zusammenarbeit** sind grundsätzlich zu begrüßen, gehen jedoch teilweise über die bestehende **EuGH-Rechtsprechung hinaus** und sollten aus diesem Grunde nochmals überarbeitet werden. So stellt die Kommission in ihrem **Verordnungsentwurf** beispielsweise für eine vergaberechtsfreie **interkommunale Zusammenarbeit** das Kriterium einer „**echten Zusammenarbeit**“ auf (Artikel 11 Abs. 4 Buchstabe a), also ein **arbeitsteiliges** Handeln im Sinne **wechselseitiger Leistungserbringung** der beteiligten Kommunen. Dies würde bedeuten, dass die **Aufgabenerbringung** einer Kommune für eine andere gegen **Bezahlung** künftig europaweit ausgeschrieben werden müsste, da kein arbeitsteiliges Handeln vorliege. Danach wäre zum Beispiel der **Winterstreudienst**, der von einer Kommune für andere übernommen wird, nunmehr **europaweit ausschreibungspflichtig**. **Die CSU-Europagruppe sieht bei diesem Thema an vielen Stellen des Kommissionsvorschlags deutlichen Nachbesserungsbedarf.**

Kommunalkredit

Kommunen und Banken befürchten, dass mit dem aktuellen Kommissionsvorschlag nunmehr die **Aufnahme** von **Krediten** durch eine Kommune **europaweit ausgeschrieben** werden müsse, was aufgrund des häufig erst später eintretenden Liquiditätsbedarfs schwierig werden könnte. Die Kommission jedoch ist der Ansicht, dass nur die zugrunde liegende **öffentliche Dienstleistung** (ab dem geltenden **Schwellenwert von 200.000€**) **ausschreibungspflichtig** ist, nicht der

Kommunalkredit selbst. **Die CSU-Europagruppe unterstützt Änderungsvorschläge, die eindeutig klarstellen, dass Kommunalkredite auch weiterhin ohne europaweite Ausschreibung aufgenommen werden können.**

Governance

Die Kommission schlägt die Schaffung einer **zentralen nationalen Aufsichtsstelle** zur **Beaufsichtigung** und **Koordinierung** der **Durchführungstätigkeiten** im Rahmen der Richtlinie vor. Viele Mitgliedstaaten lehnen diese Stelle mit der Begründung ab, dass hier in die staatliche **Organisationshoheit** eingegriffen würde. In Deutschland sei dies nicht mit der **föderalen Struktur** vereinbar. Die CSU-Europagruppe befürwortet eine Lösung, die mit den verschiedenen **innerstaatlichen Verwaltungsstrukturen** der Mitgliedstaaten in Einklang steht und in der von einer **Zentralbehörde** Abstand genommen wird.

Die CDU/CSU-Gruppe hat insgesamt weit über **100 Änderungsanträge** zum Kommissionsvorschlag gestellt, um die aufgezeigten, notwendigen **Verbesserungen** zu erreichen. Der **federführende Binnenmarktausschuss** wird im Oktober über die Änderungen abstimmen, bevor das **Plenum des Europaparlaments im Dezember** votiert. Danach wird der veränderte Kommissionsvorschlag zur weiteren Beratung dem **Ministerrat** übermittelt.

Richtlinie über Konzessionen

Die Vergabe von **Baukonzessionen** unterliegt derzeit lediglich grundlegenden Bestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG. Für **Dienstleistungskonzessionen** bestehen momentan **keine gesonderten Sekundärregelungen**, für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen gelten lediglich die **allgemeinen Grundsätze des EU-Primärrechts**, d. h. insbesondere die Grundsätze der **Nicht-Diskriminierung**, der **Transparenz**, und der **Gleichbehandlung**. Der Konzessionsrichtlinienentwurf der Kommission verfolgt das Ziel der Klärung des geltenden **Rechtsrahmens** und das Ziel einer **zusammenfassenden Regelung**.

Der **Hauptunterschied** zwischen **öffentlichen Aufträgen** und **Konzessionen** besteht darin, dass das **wirtschaftliche Risiko** des Auftrags bei Konzessionen zumindest zu einem Teil bei den privaten Unternehmen liegt. Während bei einem öffentlichen Auftrag das private Unternehmen vom öffentlichen Auftraggeber ein **vorher vereinbartes Entgelt** für die Ausführung des Auftrages erhält, muss es sich bei einer Konzession bei den **Leistungsempfängern** über einen vorher festgelegten Zeitraum **refinanzieren**. Ein bekanntes Beispiel sind in die **französischen Autobahnen**: Statt einer **Vergütung von Seiten** des französischen Staates erhielten die privaten Bauunternehmen das **Recht eingeräumt**, für mehrere Jahre von den **Nutzern der Autobahnen** eine **Mautgebühr** zu verlangen und sich so zu refinanzieren. Auch der **Europäische Gerichtshof** stellt bei der Abgrenzung von Dienstleistungskonzessionen zu Dienstleistungsaufträgen im Wesentlichen darauf ab, wer – **öffentlicher Auftraggeber oder Anbieter** – das **wirtschaftliche Risiko** des Auftrags trägt.

Kein europäischer Mehrwert

Aus Sicht der **CSU-Europagruppe** bietet eine EU-Regelung über Konzessionen, insbesondere Dienstleistungskonzessionen, **keinen europäischen Mehrwert** im Vergleich zu den bestehenden nationalen Regelungen. Dies ist aber **Voraussetzungen** dafür, dass ein **Tätigwerden** auf **EU-Ebene gerechtfertigt** ist.

Aus unserer Sicht spricht eine Reihe von **Gründen gegen eine solche Richtlinie**:

1. Viele Dienstleistungskonzessionen können nach ihrer Art, ihrem Umfang und vor allem ihrer Vertragsdauer **nicht grenzüberschreitend** erbracht werden, sondern erfordern **Dienstleistungserbringer**, die vor **Ort ansässig** sind. Die Pflicht, diese Konzessionen europaweit auszuschreiben, bringt **keinen Mehrwert**, sondern nur ein **Mehr an Bürokratie**.

2. Nach ständiger **Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs** gelten im gesamten Vergaberecht die sich aus den EU-Verträgen ableitenden **primärrechtlichen Grundsätze** der **Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und der Transparenz**. Diese Vorgaben des EU-Primärrechts sind durch die Rechtsprechung des EuGH **eindeutig und klar genug** ausgestaltet worden. Dienstleistungskonzessionen werden auch heute nicht in einem rechtsfreien Raum vergeben. Eine gesetzliche Regelung führt somit nicht zu mehr Rechtssicherheit. Die seit Jahren geltenden EU-Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe haben kaum zu mehr Rechtssicherheit geführt, sondern im Gegenteil zu einem komplexen und fehleranfälligen Vergabeverfahren.

3. Dienstleistungskonzessionen **unterscheiden** sich wesentlich von **öffentlichen Aufträgen**, da sie nicht nur besonders **komplexe und innovative Vorhaben** betreffen, sondern gerade im Bereich der **Daseinsvorsorge** von einem **besonderen Vertrauensverhältnis** zwischen den Vertragspartnern (z.B. Kommune und lokales Unternehmen) geprägt sind. Diesem Vertrauensverhältnis würde eine Auswahl der Leistungserbringer, die sich nur allein an der formalisierten Anwendung von **Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten** orientiert, nicht gerecht.

4. Die Europäische Kommission legt nicht ausreichend dar, dass eine Richtlinie über Konzessionen **auf europäischer Ebene erforderlich** ist. **Wettbewerbsverzerrungen** oder eine **Abschottung der nationalen Märkte** werden von der Kommission behauptet, jedoch **nicht belegt**.

5. Im Bereich der Dienstleistungskonzessionen sind **vielfältige Fallkonstruktionen** möglich, die nicht zuletzt durch die **unterschiedlichen Rechtskulturen und -traditionen** in den Mitgliedstaaten beeinflusst werden. Daher ist im Bereich der Dienstleistungskonzessionen **in besonderem Maße Flexibilität** erforderlich. Diese kann durch die Auferlegung **formstrenger Rechtsvorschriften** naturgemäß nicht gewahrt werden.

Daher wird die CSU-Gruppe im Europäischen Parlament **gegen eine europäische Konzessionsrichtlinie** stimmen.

Allerdings gehen wir davon aus, dass eine solche Ablehnung im Parlament **keine Mehrheit** findet. Daher bereiten wir für diesen Fall eine **Rückfallposition** vor. Diese Rückfallposition wird vorsehen, lediglich ein „**Vergaberechtsregime light**“ einzuführen, bei dem nur einige **wenige Grundsätze** auf europäischer Ebene in Gesetzesform gegossen werden, aber die zu detaillierten und zu **umfangreich Vorgaben des Kommissionsvorschlags** gestrichen werden (beispielsweise die zu **weitgehenden Informations- und Dokumentationspflichten für öffentliche Auftraggeber**). Die Richtlinie muss sich nach diesem Vergaberechtsregime light auf **Basisvorschriften** zur Sicherstellung von **Transparenz, Wettbewerb und Rechtssicherheit** beschränken. Dazu gehören einheitliche **Definitionen** von Konzessionen, eindeutige **Ausnahmen** vom Geltungsbereich der Richtlinie. Für **Bayern** besonders relevant sind Ausnahmen für **Rettungsdienste** und für den Bereich **Trinkwasser**; da diese Dienstleistungen in Bayern im Gegensatz zu vielen anderen Bundesländern als **Konzessionen** vergeben werden (so genanntes **Konzessionsmodell**, anderen Bundesländer vergeben diese Leistungen als öffentliche Aufträge) angemessene **Schwellenwerte**, die Pflicht zur **EU-weiten Bekanntmachung** und **harmonisierte Mindestfristen** für die Interessenbeurkundung der Bieter. **Weitergehende Regelungen** hält die **CSU-Europagruppe keinesfalls für angebracht**.

Der Zeitplan im Europaparlament für die Konzessionsrichtlinie:

06.09. 2012:	Vorstellung des Berichtsentwurfes
03.10.2012:	Frist für die Änderungsanträge
05.11.2012:	Aussprache über Änderungsanträge
17.12.2012:	Abstimmung im Binnenmarktausschuss
Februar 2013:	Abstimmung im Plenum