

von Rechtsanwalt **Mark Münch**, LL.M.

Öffentliche Konsultation zur Modernisierung des Vergaberechts abgeschlossen - Stellungnahmen zum Grünbuch Vergaberecht der EU Kommission liegen vor

Die EU Kommission hat alle interessierten Parteien eingeladen, ihre Vorschläge und Meinungen zu den in dem Grünbuch genannten 114 Fragen zur Modernisierung des Vergaberechts einzubringen. Dabei hat die Kommission sich ehrgeizige Ziele gesetzt: Bereits bis Anfang 2012 sollen Vorschläge zur Überarbeitung der derzeitigen Generation der Vergaberichtlinien, nämlich die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG vorlegt werden. Hält die Kommission ihren Zeitplan ein, kommen stürmische Zeiten im Vergaberecht auf uns zu. Erst im Juni 2010 sind in Deutschland mit der Vergaberechtsnovelle von 2009 diese Richtlinien vollständig in nationales Recht umgesetzt worden.

Hintergrund des Grünbuchs

Im Rahmen der Leitinitiative der Europäischen Union Strategie Europa 2020 für intelligentes und integratives Wachstum möchte die Kommission auch das Vergaberecht einer Prüfung und Überarbeitung unterziehen. Die Leitinitiative Strategie Europa 2020 umfasst die Vision einer sozialen wettbewerbsfähigen Marktwirtschaft für Europa im nächsten Jahrzehnt – eine Vision, die auf drei miteinander verknüpften und sich gegenseitig verstärkenden Prioritäten basiert: Entwicklung einer auf Wissen und Innovation gestützten Wirtschaft; Förderung einer emissionsarmen und wettbewerbsfähigen Wirtschaft, die ihre Ressourcen effizient nutzt; Förderung einer Wirtschaft mit hoher Beschäftigung und ausgeprägtem sozialen und territorialen Zusammenhalt.

Inhalt des Grünbuchs

Aus dem Inhalt des Grünbuchs sind folgende Diskussionspunkte besonders interessant:

- Die derzeitige Einteilung zwischen Bauarbeiten, Lieferverträgen und Dienstleistungsaufträgen soll vereinfacht werden. Dann soll es nur noch Liefer- und Dienstleistungsverträge geben. Wobei Bauarbeiten eine Form von Dienstleistungen wären. Mit dieser Anpassung würde das europäische Vergaberecht an das Global Procurement Agreement der Welthandelsorganisation angepasst werden.

- Das Vergaberecht soll vollständig auf alle Dienstleistungen Anwendung finden. Derzeit sind bei den Dienstleistungen nach Anhang I B der VOL (bzw. Anhang II der Richtlinien) nur eingeschränkt das Vergaberegime anwendbar. Man wollte ursprünglich Dienstleistungen, denen weniger Potential für grenzüberschreitenden Handel zugedacht wird, von der vollständigen Anwendung des Vergaberechts ausnehmen. Diese Unterscheidung erscheint zunehmend willkürlich.
- Es wird wieder eine Ausweitung des Verhandlungsverfahrens diskutiert. So soll – wie bereits im Global Procurement Agreement der Welthandelsorganisation vorgesehen – ein Rückgriff auf Verhandlungen im Laufe des Vergabeverfahrens zugelassen werden, wenn dies in der Bekanntmachung bereits angekündigt wurde. Die Kommission bringt die offensichtlichen Bedenken selbst auf den Punkt. „Die möglichen Vorteile einer erhöhten Flexibilität und potenziellen Vereinfachung müssen gegen die höheren Risiken von Günstlingswirtschaft und generell übermäßig subjektiven Entscheidungen abgewogen werden, die aufgrund des größeren Ermessensspielraums möglich sind, den die öffentlichen Auftraggeber beim Verhandlungsverfahren haben.“
- Die Kommission schlägt vor, die zu den Themen „in-House Vergabe“ und „Horizontale (Kommunale) Zusammenarbeit“ ergangene Rechtsprechung zu kodifizieren. Einerseits, um Rechtssicherheit herzustellen und andererseits, um sicherzugehen, dass durch diese Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht der Grundsatz des fairen und offenen Wettbewerbs nicht verletzt wird.
- Schließlich sollen den Nachprüfungsstellen bessere Instrumente zur Bekämpfung der Günstlingswirtschaft und Korruption zur Verfügung gestellt werden.

Stellungnahmen der Bundesrats und der Verbände

Während der Bundesrat sich in seiner Stellungnahme hauptsächlich dafür ausspricht, keinen ausdrücklichen Rechtsschutz im Unterschwellenbereich neben der Anwendung der primärrechtlichen Grundsätze zuzulassen, haben die Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik (DGRI) und die Spitzenverbände umfangreiche und dezidierte Anregungen gegeben. Hier sei nur die Forderung der kommunalen Spitzenverbände hervorgehoben, die Schwellenwerte mindestens zu verdoppeln. Die Spitzenverbände befürchten, dass

“

„ das äußerst diffizile und komplexe europäische Vergaberecht“ kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) zunehmend von der Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen abhält, „weil die vergaberechtliche Fachkunde in den Unternehmen nur in einem begrenzten Umfang vorhanden ist“. Ob mit dieser Begründung eine so starke Erhöhung der Schwellenwerte erreichen werden wird ist unwahrscheinlich. Ist die Kommission in dem Grünbuch genau der gegenteiligen Ansicht: „Durch höhere Schwellenwerte würden aber mehr Aufträge von der Anforderung einer EUweiten Veröffentlichung einer Bekanntmachung ausgenommen, was die Geschäftsmöglichkeiten für Unternehmen in ganz Europa einschränken würde.“

”

Die DGRI schlägt vor, um die Innovationsförderung durch öffentliche Aufträge zu stärken, generell Nebenangebote zuzulassen. Auch diese gute Idee wird sich jedoch wohl nicht durchsetzen, weil die derzeitige Stimmung eher weniger Prüfungsaufwand bei den Vergabestellen fordert als zusätzliche wie zur Prüfung und Wertung von Nebenangeboten. Auch die Einführung einer Teststellung im IT Bereich wäre sehr hilfreich, müsste doch bei einer erfolglosen Installation nicht der komplette Vertrag rückabgewickelt werden und Vergabeverfahren wiederholt. Eventuell könnte dann der Zuschlag an den zweitplatzierten Bewerber vergeben werden. Die Initiative der DGRI zur Wiedereinführung des Verbots, dem Auftragnehmer ein ungewöhnliches Wagnis aufzubürden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im voraus schätzen kann (§8 VOL/A 2006), wird hier ausdrücklich begrüßt. Stellte diese Regelung doch ein wichtiges Korrektiv für Auftragnehmer dar. Und übrigens findet sie sich in der VOB/A 2009 immer noch, dort §7.

Bei weitergehendem Interesse sind die Stellungnahmen des Bundesrates, der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik und der Kommunalen Spitzenverbände lesenswert:

- http://www.bundesrat.de/cln_171/SharedDocs/Drucksachen/2011/0001-0100/37-11_28B_29,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/37-11%28B%29.pdf
- http://dgri.de/dateien/stellungnahmen/stellungnahme_110414.pdf
- http://www.dstgb-vis.de/home/aktuelles_news/aktuell/kommunale_spitzenverbaende_und_vku_g_eben_stellungnahme_zum_gruenbuch_der_eu_kommission_oeffentliches_auftragswesen_ab/bv_vk_u_gruenbuch_modernisierung.pdf

Autor:

RA Mark Münch, LL.M.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Informationstechnologierecht