



EUROPÄISCHES PARLAMENT

2009 - 2014

Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz

2009/2175(INI)

5.2.2010

ENTWURF EINES BERICHTS

über Neue Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen
(2009/2175(INI))

Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz

Berichterstatlerin: Heide Rühle

PR_INI

INHALT

	Seite
ENTWURF EINER ENTSCHEIDUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS	3
BEGRÜNDUNG.....	10

ENTWURF EINER ENTSCHEIDUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS

zu Neue Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen (2009/2175(INI))

Das Europäische Parlament,

- unter Hinweis auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und unter besonderer Berücksichtigung der Änderungen durch den Reformvertrag von Lissabon,
- unter Hinweis auf die Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG zur öffentlichen Auftragsvergabe und der Richtlinie 2007/66/EG zu Rechtsmitteln bei öffentlichen Aufträgen,
- unter Hinweis auf die Mitteilung der Kommission vom 19. November 2009 „Mobilisierung privater und öffentlicher Investitionen zur Förderung der Konjunktur und eines langfristigen Strukturwandels: Ausbau öffentlich-privater Partnerschaften“ (KOM(2009)0615),
- unter Hinweis auf die Mitteilung der Kommission vom 5. Mai 2009 „Die Rolle des fairen Handels und handelsbezogener nichtstaatlicher Nachhaltigkeitskonzepte“ (KOM(2009)215),
- unter Hinweis auf die Mitteilung der Kommission vom 16. Juli 2008 „Umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen“ (KOM(2008)0400),
- unter Hinweis auf die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen vom 5. Februar 2008 „in Bezug auf die Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf institutionalisierte Öffentlich Private Partnerschaften (IÖPP)“ (C(2007)6661),
- unter Hinweis auf den Leitfaden für bewährte Verfahren zur Erleichterung des Zugangs kleiner und mittlerer Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen (Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen SEC(2008)2193),
- unter Hinweis auf die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen vom 1. August 2006 „in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen“ (Amtsblatt2006/C 179/02),
- unter Hinweis auf folgende Urteile des Europäischen Gerichtshofs:
 - vom 19. April 2007 C-295/05 Tragsa,
 - vom 18. Dezember 2007 C-532/03 Irische Rettungsdienste,
 - vom 13. November 2008 C-324/07 Coditel Brabant,

- vom 9. Juni 2009 C-480/06 Stadtwerke Hamburg,
- vom 10. September 2009 C-206/09 Eurawasser,
- vom 9. Oktober 2009 C-573/07 Sea Srl,
- vom 15. Oktober 2009 C-196/08 Acoset,
- vom 15. Oktober 2009 C-275/08 Datenzentrale BW,
- unter Hinweis auf den Schlussantrag des Generalanwaltes Paolo Mengozzi vom 17. November 2009 in der Rechtssache C 451/08,

In Kenntnis folgender Studien:

- „Evaluation of Public Procurement Directives Markt/2004/10/D Final Report“, Europe Economics vom 15. September 2006,
 - “The Institutional Impacts of EU Legislation on Local and Regional Governments, A Case Study of the 199/31/EC Landfill Waste and 2004/18/EC Public Procurement Directives”, European Institute of Public Administration (EIPA) vom September 2009,
 - in Kenntnis seiner EntschlieÙung vom 3. Februar 2009 zu vorkommerzieller Auftragsvergabe: Innovationsförderung zur Sicherung tragfähiger und hochwertiger öffentlicher Dienste in Europa¹
 - in Kenntnis seiner EntschlieÙung vom 20. Juni 2007 zu den spezifischen Problemen bei der Umsetzung und Anwendung der Rechtsvorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen und ihre Beziehung zur Lissabonner Agenda²,
 - in Kenntnis seiner EntschlieÙung vom 26. Oktober 2006 zu öffentlich-privaten Partnerschaften und die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen³,
 - gestützt auf Artikel 48 seiner Geschäftsordnung,
 - in Kenntnis des Berichts des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz sowie der Stellungnahmen des Ausschusses für internationalen Handel und des Ausschusses für regionale Entwicklung (A7-0000/2010),
- A. In der Erwägung, dass die Wirtschafts- und Finanzmarktkrise die große wirtschaftliche Bedeutung des öffentlichen Beschaffungswesen deutlich gemacht hat, dass die öffentlichen Verwaltungen aber nur dann ihre Aufgaben im Sinne der Allgemeinheit gut erfüllen können, wenn sie die erforderliche Rechtssicherheit genießen und die Verfahren nicht zu komplex sind,

¹ Angenommene Texte, P6_Ta(2009)0037.

² ABl. C 146E, 12.6.2008, p.227.

³ ABl. C 313E, 20.12.2006, p.447.

- B. In der Erwägung dass die Revision der Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe aus dem Jahr 2004 zu einer Vereinfachung, Modernisierung und Flexibilisierung sowie größerer Rechtssicherheit führen sollte,
- C. In der Erwägung, dass der Reformvertrag von Lissabon erstmals das Selbstverwaltungsrecht von regionalen und lokalen Gebietskörperschaften im Primärrecht der Europäischen Union anerkennt, die Subsidiarität gestärkt und das Klagerecht nicht nur der nationalen Parlamente sondern auch des Rats der Regionen eingeführt hat,

Allgemeine Bemerkungen

1. Bedauert, dass die Ziele, die mit der Revision der Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe aus dem Jahr 2004 angestrebt wurden, bisher nicht erreicht wurden; hofft aber, dass die jüngsten EuGH-Urteile zu einer Klärung der offenen Rechtsfragen beitragen, und die Zahl der Beschwerdeverfahren zurückgehen wird;
2. Bedauert außerdem, dass das Zusammenspiel von europäischem, nationalem und regionalem Recht, insbesondere durch eine Vielzahl von soft law Initiativen durch die Europäische Kommission und Kommissionsdienststellen sowie durch die Auslegung europäischer Gerichte zu einem komplexen und unübersichtlichen Rechtsregime geführt hat, das vor allem kleinere Städte und Gemeinden aber auch kleine und mittlere Unternehmen vor schwierige Rechtsprobleme stellt, die sie ohne erhöhten Aufwand oder externe Rechtsberatung nicht mehr bewältigen können; fordert die Kommission eindringlich auf, Abhilfe zu schaffen und im Rahmen der Initiative für eine bessere Rechtsetzung auch die Auswirkungen von soft law zu untersuchen und sie im Sinne von Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit zu begutachten;
3. Macht deutlich, dass europäische Initiativen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe besser koordiniert werden müssen um nicht die Kohärenz mit den Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe zu gefährden und die Anwender vor rechtliche Probleme zu stellen; fordert deshalb eine verbindliche Koordination innerhalb der Europäischen Kommission einschließlich einer einheitlichen Webpräsenz, um die Transparenz und Anwenderfreundlichkeit der Rechtsetzung zu verbessern;
4. Beklagt die mangelnde Transparenz hinsichtlich der Zusammensetzung und der Arbeitsergebnisse der kommissionsinternen Beratungsgruppe für öffentliche Auftragsvergabe und fordert die Kommission auf, für eine ausgewogene Zusammensetzung und mehr Transparenz sowohl bei diesem Ausschuss als auch bei dem neugeplanten Ausschuss zu öffentlich-privaten Partnerschaften zu sorgen;
5. Fordert die Kommission auf, bei ihrer Überprüfung der Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe die Positionen dieses Berichts zu berücksichtigen; erwartet, dass diese Überprüfung unter breiter Beteiligung aller interessierten Kreise erstellt wird; weist vorsorglich darauf hin, dass es eine Revision dieser Richtlinien zum jetzigen Zeitpunkt für verfrüht hält; befürwortet bei einer späteren Revision aber die

Einbeziehung der Richtlinie zu Rechtsmitteln bei öffentlichen Aufträgen, um einer weiteren Zersplitterung des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe entgegenzutreten; ist der Auffassung, dass sich die praktischen Auswirkungen dieser Richtlinie derzeit noch nicht beurteilen lassen, da sie noch nicht in allen Mitgliedstaaten umgesetzt ist;

Besondere Bemerkungen

6. Erinnert daran, dass der seit dem 1. Dezember 2009 in Kraft getretene Reformvertrag von Lissabon erstmals im Primärrecht der Europäischen Union das Recht auf regionale und kommunale Selbstverwaltung anerkennt (Artikel 4, Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union); hebt hervor, dass der Europäische Gerichtshof (EuGH) in mehreren Urteilen das kommunale Selbstverwaltungsrecht bereits aufgegriffen und darauf verwiesen hat, „dass eine öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen Mitteln und auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen kann“ (C-324/07); verweist zudem auf das Urteil der Großen Kammer des EuGH vom 9. Juni 2009 (C-480/06), das ergänzend festgehalten hat, dass das Gemeinschaftsrecht den öffentlichen Stellen für die gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben keine spezielle Rechtsform vorschreibt; sieht öffentlich-öffentliche Partnerschaften, wie die kommunalen Kooperationen und die innerstaatliche Zusammenarbeit infolgedessen unter folgenden kumulativen Kriterien als vergaberechtsfrei an:
 - Es handelt sich um die gemeinsame Erbringung einer allen Kommunen obliegenden öffentlichen Aufgabe,
 - durch ausschließlich öffentliche Stellen, also ohne Beteiligung Privater,
 - und die Tätigkeit wird im Wesentlichen für die beteiligten öffentlichen Stellen verrichtet;
7. Weist darauf hin, dass der EuGH in seinem Urteil vom 10. September 2009 (C-573/07) entschieden hat, dass die reine Möglichkeit einer Öffnung des Kapitals einer bisher öffentlichen Gesellschaft für private Investoren nur dann im Hinblick auf einen Vergaberechtspflicht zu berücksichtigen ist, wenn zum Zeitpunkt der Vergabe bereits eine konkrete Aussicht auf eine baldige Kapitalöffnung besteht; stellt fest, dass die Rechtsprechung in diesem Bereich inzwischen eine hinreichende Klarheit erreicht hat; fordert die Kommission und die Mitgliedstaaten auf über die rechtlichen Konsequenzen dieser Urteile zu informieren und erwartet, dass in diesen Bereichen künftig keine Beschwerdeverfahren mehr eröffnet werden;
8. Weist darauf hin, dass Dienstleistungskonzessionen nach Artikel 1 Absatz 3b der Richtlinie 2004/17/EG und Artikel 4 der Richtlinie 2004/18/EG Verträge sind, bei denen "die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht"; betont, dass Dienstleistungskonzessionen von den Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe ausgenommen wurden, um Auftraggebern und Auftragnehmern mehr Flexibilität zu ermöglichen; erinnert daran,

dass auch der EuGH in mehreren Urteilen bekräftigt hat, dass Dienstleistungskonzessionen nicht unter diese Richtlinien fallen, jedoch unter die allgemeinen Grundsätze des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Verbot der Diskriminierung, Gleichbehandlungsgebot und Transparenz), und dass es öffentlichen Auftraggebern freistehen müsse, Dienstleistungen mittels einer Konzession erbringen zu lassen, wenn sie der Auffassung sind, dass die Erbringung der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Leistung so am besten sicherzustellen ist, und zwar selbst dann, wenn das mit der Nutzung verbundene Risiko aufgrund der öffentlich rechtlichen Ausgestaltung der Dienstleistung zwar erheblich eingeschränkt ist, dieses eingeschränkte Betriebsrisiko aber vollständig übertragen wird (Urteil C-206/08 vom 10. September 2009, Randnummern 72 - 75);

9. Nimmt die Mitteilung der Kommission vom 19. November 2009 zum Ausbau öffentlich-privater Partnerschaften zur Kenntnis und sieht der entsprechenden Folgeeinschätzung mit großem Interesse entgegen; betont, dass sowohl die Komplexität der Verfahren als auch die großen Unterschiede in Rechtskultur und Rechtspraxis in den Mitgliedstaaten bei Dienstleistungskonzessionen angemessen berücksichtigt werden müssen und bezweifelt deshalb den Mehrwert eines Vorschlags für einen Rechtsakt über Dienstleistungskonzessionen; ist der Auffassung, dass mit den Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe aus dem Jahr 2004 und der ergänzenden Rechtssprechung des EuGH die Definition der Dienstleistungskonzession und ihr rechtlicher Rahmen nun zu einem Abschluss gekommen sind;
10. Begrüßt die rechtliche Klärung der Bedingungen, unter denen das Vergaberecht bei institutionalisierten öffentlich-privaten Partnerschaften Anwendung findet, angesichts der großen Bedeutung, die die Kommission ihnen in ihrer Mitteilung vom 19. November 2009 bei der Bekämpfung des Klimawandels, der Förderung regenerativer Energien und des nachhaltigen Verkehrs beimisst; weist darauf hin, dass die Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe immer dann Anwendung finden, wenn ein Unternehmen mit einem noch so geringen privaten Anteil beauftragt werden soll; betont aber, dass sowohl die Kommission in ihrer Mitteilung vom 5. Februar 2008 als auch der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 15. Oktober 2009 (C-196/08) festgestellt haben, dass für die Beauftragung und Übertragung bestimmter Aufgaben an eine neu gegründete öffentlich-private Partnerschaft keine doppelte Ausschreibung notwendig ist; hebt jedoch hervor, dass folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen, damit die Übertragung einer Konzession auf ein zuvor für diesen Zweck gegründetes gemischt öffentlich-privates Unternehmen ausschreibungsfrei möglich ist:
 - Die Auswahl des privaten Gesellschafters erfolgt mittels eines öffentlichen Verfahrens, nachdem die finanziellen, technischen, operativen und verwaltungstechnischen Anforderungen sowie die Charakteristika des Angebots hinsichtlich der zu erbringenden Dienstleistung überprüft worden sind.
 - Das gemischt öffentlich-private Unternehmen behält während der gesamten Dauer der Konzession seinen Gesellschaftszweck unverändert bei. Eine wesentliche Änderung des Gesellschaftszwecks oder der übertragenen Aufgabe hätte nach Ansicht des EuGH die Verpflichtung zur Ausschreibung zur Folge;

hält deshalb auch die Frage der Anwendung des Vergaberechtes auf institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften für geklärt und bittet die Kommission und die Mitgliedstaaten dieses entsprechend zu kommunizieren;

11. Sieht dem EuGH- Urteil in der Rechtssache C-451/08 mit großen Interesse entgegen und hofft auf eine Klärung der streitigen Fragen im Bereich Städteplanung; bekräftigt die Auffassung des Generalanwalts des Europäischen Gerichtshofs vom 17. November 2009 in dieser Rechtssache: „Die weitgesteckten und ehrgeizigen Zielsetzungen der Richtlinie dürfen jedoch, obwohl sie bei der Auslegung der Richtlinie berücksichtigt werden müssen, nicht zu der Auffassung führen, dass deren Anwendungsbereich unter Berufung auf ihr Ziel unbegrenzt ausgedehnt werden könnte (Randnummer 35). Ansonsten bestehe die Gefahr, dass jede städtebauliche Tätigkeit unter die Richtlinie fällt: Denn die Maßnahmen, mit denen die Bebauungsmöglichkeit geregelt wird, ändern definitionsgemäß – und auch substantiell – den Wert der Grundstücke, auf die sie sich beziehen (Randnummer 36).“
12. erinnert daran, dass sich das Europäische Parlament der Klage vor dem EuGH gegen die Mitteilung der Kommission vom 1. August 2006 zu „Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen“ angeschlossen hat und erwartet eine baldige Entscheidung;
13. Verweist auf die große Bedeutung der öffentlichen Auftragsvergabe für Klimaschutz, Energieeffizienz, Umwelt und Innovation und bekräftigt, dass die öffentlichen Verwaltungen ermutigt und in die Lage versetzt werden sollen, ökologische, soziale und andere Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe zu nutzen; begrüßt praktische Hilfestellungen, die Behörden und anderen öffentlichen Einrichtungen bei der nachhaltigen Beschaffung helfen und ermutigt die Kommission und die Mitgliedstaaten Schulungen und Kampagnen zur Bewusstseinsbildung durchzuführen; unterstützt einen transparenten Prozess unter Einbeziehung der Mitgliedstaaten zur weiteren Entwicklung von Kriterien; weist darauf hin, dass gerade im Bereich der sozialen Kriterien ein solcher Prozess erfolversprechend ist;
14. Regt den Aufbau einer Datenbank an, um die Kriterien, die den jeweiligen Labeln zugrunde liegen, für die öffentliche Beschaffung nutzen zu können; fordert die Kommission auf, schrittweise Initiativen auf europäischer aber auch internationaler Ebene zur Harmonisierung von Labeln und den zugrunde liegenden Kriterien zu ergreifen; erwartet, dass die Mitgliedstaaten dabei voll einbezogen werden; macht zugleich auf die negativen Auswirkungen eines fragmentierten Marktes durch die Vielzahl von regionalen, nationalen, europäischen und internationalen Labeln aufmerksam, die insbesondere in den Bereichen Innovation und Forschung bestehen;
15. Stellt die mangelnde Klarheit im Bereich der sozial verantwortlichen öffentlichen Auftragsvergabe heraus und fordert die Kommission auf, für diesen Bereich Hilfen in Form von Handbüchern bereit zu stellen; verweist in diesem Zusammenhang auf die veränderten Rahmenbedingungen durch den Reformvertrag von Lissabon sowie die Charta der Grundrechte und erwartet, dass dies durch die Kommission entsprechend umgesetzt wird; macht auf die immanente Problematik deutlich, dass sich soziale

Kriterien im Wesentlichen auf den Herstellungsprozess beziehen, sie im Endprodukt deshalb meist nicht erkennbar und bei globalisierter Produktion und komplexen Lieferketten nur schwer kontrollierbar sind; erwartet daher auch für den Bereich der sozial verantwortlichen öffentlichen Auftragsvergabe die Entwicklung präziser und überprüfbarer Kriterien bzw. die Entwicklung einer Datenbank mit produktspezifischen Kriterien; weist auf die Schwierigkeit und die Kosten für öffentliche Beschaffungsstellen hin, die Einhaltung von Kriterien zu verifizieren und fordert die Kommission auf, entsprechende Hilfestellungen anzubieten sowie Instrumente zu fördern um die Verlässlichkeit von Lieferketten zu zertifizieren;

16. beauftragt seinen Präsidenten, diese EntschlieÙung dem Rat und der Kommission zu übermitteln.

BEGRÜNDUNG

Über 16 % des Bruttoinlandsprodukts bzw. mehr als 1.500 Mrd. Euro beträgt der jährliche Umsatz der öffentlichen Beschaffungen von Gütern und Dienstleistungen in der Europäischen Union¹. Ihr grenzüberschreitender Anteil ist mit rund 3 % allerdings gering. Hauptaufgabe der öffentlichen Beschaffung ist der wirtschaftliche und kostengünstige Einkauf von Gütern und Dienstleistungen zur öffentlichen Aufgabenerfüllung.

Die öffentliche Hand ist jedoch kein Marktteilnehmer wie jeder andere, sondern trägt, da sie öffentliche Gelder verwaltet, eine besondere Verantwortung. Öffentliche Beschaffung sollte, da wo es möglich ist, einen Beitrag zur Lösung der großen Herausforderungen leisten: Die Bewältigung der weltweiten Wirtschafts- und Finanzkrise, des Klimawandels und der wachsenden Armutskrise in den Ländern des Südens.

Ohne Zweifel profitieren die öffentlichen Auftraggeber vom europäischen Binnenmarkt und seinen Regeln: Größere Märkte schaffen mehr Wahlfreiheit, was zu niedrigeren Kosten und besserer Qualität führen kann; mehr Transparenz hilft Korruption und Betrug zu bekämpfen; grenzüberschreitende Kooperation schafft neue Handlungsmöglichkeiten und Erfahrungen.

Doch gibt es auch eine Kehrseite: In vielen Mitgliedstaaten sind die regionalen und kommunalen Einrichtungen die größten öffentlichen Auftraggeber. Und gerade an ihnen zeigt sich in der jetzigen Wirtschaftskrise, dass die europäischen Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe Handlungsmöglichkeiten beschneiden und die Vergabe verteuern und verlangsamen.

Auch Auftragnehmer, besonders kleine und mittlere Unternehmen leiden unter bürokratischen Verfahren und mangelnder Rechtssicherheit. Es gibt zahlreiche Studien, die die zusätzlichen Kosten bzw. längere Verfahrensdauer belegen, auf die hier nicht im Einzelnen eingegangen werden kann.

Rechtliche Unsicherheiten

Die Ursachen für diese Entwicklung liegen auf verschiedenen Ebenen. Die Revision der Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe im Jahr 2004 hatte das Ziel, zu einer Vereinfachung, Modernisierung und Flexibilisierung der öffentlichen Auftragsvergabe zu führen. Doch dieses Ziel wurde nicht erreicht.

Zum einen sind die Richtlinien selbst in manchen Punkten nicht klar genug, politische Differenzen in Rat und Parlament führten zu Formelkompromissen, Lücken und Inkohärenzen im Rechtstext.

Zum anderen nahm die Umsetzung in den Mitgliedstaaten viel Zeit in Anspruch, die Richtlinien wurden oft in der Umsetzung noch verschärft, zusätzliche Kriterien wurden eingeführt, manche Flexibilisierungsinstrumente dagegen nicht übernommen, kurz es wurde nicht buchstabengetreu umgesetzt.

Rechtliche Unklarheiten führten zu vielen Beschwerdeverfahren und einer großen Zahl an nationalen und europäischen Gerichtsprozessen. Fallrecht des Europäischen Gerichtshofes und soft law der Europäischen Kommission versuchten die Rechtslücken zu füllen, was die

¹ Angaben laut Internationalem Währungsfonds für das Jahr 2006, nominales BIP in Mio US \$ auf der Grundlage des Währungskurses vom Oktober 2007 für die EU: 14.609.840 Mio. US \$. - Auch wenn davon ein erklecklicher Teil für Verteidigungsgüter ausgegeben wird.

Übersichtlichkeit nicht verbesserte.

Das alles hat zu einem komplexen Rechtsregime geführt, das vor allem kleinere Städte und Gemeinden aber auch kleine und mittlere Unternehmen vor schwierige Rechtsprobleme stellt, die sie ohne erhöhten Aufwand oder externe Rechtsberatung nicht mehr meistern können, wichtige Vergabeprojekte stehen wegen Rechtsunklarheiten oder angedrohtem Rechtsstreit still. In kaum einem Bereich gibt es so viele Rechtsstreitigkeiten. Die falsche Anwendung von Vergabevorschriften gehört zu den häufigsten Fehlerquellen im Bereich der europäischen Strukturfonds.

Die Hauptfelder der juristischen Auseinandersetzung liegen unter anderem im Bereich der öffentlich-öffentlichen Partnerschaften, der Städteplanung (auch des sozialen Wohnungsbaus) und der Dienstleistungskonzessionen. Es gibt aber auch Unklarheiten im Bereich der öffentlich-privaten Partnerschaften, bei der Beschaffung von fair gehandelten Produkten, der Anwendung der Vergaberichtlinien unterhalb der Schwellenwerte, sowie der Möglichkeit soziale Kriterien wie gleiche Bezahlung, Geschlechtergerechtigkeit, Einhaltung von Tarifverträgen, Beschäftigung Langzeitarbeitsloser oder schwer vermittelbarer Jugendlicher bei der öffentlichen Beschaffung zu berücksichtigen.

Mangelnde Koordination innerhalb der EU Kommission

Es fehlt zudem an Koordination innerhalb der Europäischen Kommission. Viele Dienststellen haben das Vergabewesen als Instrument zur Erreichung von Zielen „entdeckt“, für die die Europäische Union ansonsten nicht genügend finanzielle Ressourcen oder Gesetzeskompetenz hat. Natürlich macht es Sinn, öffentliche Auftraggeber zu ermutigen und zu unterstützen, ökologisch und sozial verantwortlich zu beschaffen und Forschung und Innovation zu fördern. Doch die Vielzahl an Initiativen trägt nicht zur Rechtsklarheit bei und untergräbt damit das unterstützenswerte Ziel. Ausuferndes soft law bringt zusätzliche rechtliche Inkohärenzen.

Die Kommission sollte bei der Entwicklung von soft law die Verhältnismäßigkeit und ihre praktischen Auswirkungen auf die lokale Ebene beachten. Die jüngste Studie des European Institute of Public Administration (EIPA) “The Institutional Impacts of EU Legislation on Local and Regional Governments, A Case Study of the 199/31/EC Landfill Waste and 2004/18/EC Public Procurement Directives”, beklagt unter anderem den starken Einsatz von soft law: “using soft law to regulate very important aspects of the Directive is another important shortcoming: it is not possible to foresee the institutional impact of soft law”. Im Sinne der Initiative für eine bessere Rechtsetzung sollten auch die Auswirkungen von soft law untersucht und die Frage der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit begutachtet werden (verkürzte Auswirkungsstudie).

Leider fehlt es bei der Umsetzung des europäischen Vergaberechts durch die Kommission auch an politischer Ausgewogenheit. Während es zahlreiche Initiativen, Handbücher und Arbeitshilfen im Bereich ökologische und energieeffiziente Beschaffung gibt, datiert die letzte Mitteilung der Kommission im Bereich soziale Beschaffung aus dem Jahr 2000, das heißt vor der Revision der Vergaberichtlinien. In dem rechtlich besonders komplexen Feld der fairen Beschaffung liegt bisher nur eine Mitteilung vor, keine Arbeitshilfen oder Handbücher. Das könnte als eine indirekte Prioritätensetzung der Europäischen Kommission missverstanden werden.

Die Berichterstatterin fordert deshalb eine bessere Koordination der öffentlichen Auftragsvergabe innerhalb der Kommission zwischen den verschiedenen Kommissionsdienststellen und eine gemeinsame öffentlich erkennbare Strategie im Bereich der öffentlichen Beschaffung, einschließlich einer einheitlichen Webpräsenz, um die

Transparenz der Rechtsetzung zu verbessern.

Mehr Initiativen wären zudem gewünscht bei der Organisation des Erfahrungsaustausches, der Entwicklung von bewährten Verfahren und Methoden und in der Unterstützung von Schulungsprogrammen in den Mitgliedstaaten. Diese Schulungen sollten sich zudem nicht nur an die lokalen Beschaffer wenden, sondern auch politische Entscheidungsträger und andere Akteure mit einschließen, insbesondere Nicht-Regierungsorganisationen, die soziale Dienstleistungen erbringen. Hier könnte man auch von den französischen Erfahrungen profitieren, denn dieses Modell wird derzeit in Frankreich getestet.

Der Bericht kritisiert ferner die mangelnde Transparenz hinsichtlich der Zusammensetzung und der Arbeitsergebnisse der kommissionsinternen Beratungsgruppe für öffentliche Auftragsvergabe und fordert die Kommission auf, für eine ausgewogene Zusammensetzung und mehr Transparenz sowohl bei diesem Ausschuss als auch bei dem neugeplanten Ausschuss zu öffentlich-privaten Partnerschaften zu sorgen.

Rechtliche Klärung der öffentlich-öffentlichen Partnerschaften durch den EuGH

Mit dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages hat sich die Rechtslage verändert. Vor allem die Rolle der lokalen und regionalen Gebietskörperschaften wurde gestärkt. Erstmals wurde im Primärrecht der Europäischen Union das Recht auf „regionale und kommunale Selbstverwaltung“ anerkannt (Artikel 4, Absatz 2 EUV):

"Die Union achtet die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt."

Auch das neue Protokoll zu den Diensten im Allgemeinen Interesse (Nr. 26) betont in Artikel 1:

"die wichtige Rolle und der weite Ermessensspielraum, der nationalen, regionalen und lokalen Behörden in der Frage, wie Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf eine den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechende Weise zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind."

Der EuGH hat in mehreren Urteilen das kommunale Selbstverwaltungsrecht bereits vor Inkrafttreten des neuen Vertragswerkes aufgegriffen und darauf verwiesen, „dass eine öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen Mitteln und auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen kann“ (C-480/06 Stadtwerke Hamburg). Damit stärkt der EuGH die Wahlfreiheit der Kommunen und die kommunale Selbstverwaltung. Dennoch stellen die Urteile keinen Freibrief für jegliche Zusammenarbeit zwischen Kommunen dar. Der EuGH sieht öffentlich-öffentliche Partnerschaften, wie die kommunalen Kooperationen und innerstaatliche Zusammenarbeit unter folgenden Kriterien als vergaberechtsfrei an:

1. für die gemeinsame Erbringung einer allen Kommunen obliegenden öffentlichen Aufgabe,
2. durch ausschließlich öffentliche Stellen, also ohne Beteiligung Privater,
3. wenn die Tätigkeit im Wesentlichen für die beteiligten öffentlichen Stellen verrichtet wird.

Außerdem hat der EuGH bekräftigt, dass die reine Möglichkeit der Öffnung einer öffentlich-öffentlichen Partnerschaft für private Beteiligungen kein Hinderungsgrund ist, solange nicht zum Zeitpunkt der Vergabe bereits eine konkrete Absicht vorliegt.

Damit ist ein kontroverser Bereich der öffentlichen Vergabe nun hinreichend geklärt. Eine zwingende Konsequenz dieser Rechtsprechung muss sein, dass die Kommission von der Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren gegen die Mitgliedstaaten in diesen Bereichen absieht und gemeinsam mit Parlament und den Beteiligten die Arbeit an einer Konsolidierung des EuGH Fallrechts aufnimmt. Dieser Bericht soll dazu den ersten Baustein liefern.

Rechtliche Klärung der Dienstleistungskonzessionen

Dienstleistungskonzessionen werden in den revidierten Richtlinien erstmals definiert und zwar als Verträge, bei denen "die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht". Sie wurden vom europäischen Gesetzgeber ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien ausgenommen, um Auftraggebern und Auftragnehmern mehr Flexibilität zu gewährleisten und die unterschiedliche Rechtskultur und -tradition in den Mitgliedstaaten zu berücksichtigen. Dies hat der EuGH nun in seinen jüngsten Urteilen bekräftigt (C-206/09 Eurawasser vom 10.09.2009).

Dienstleistungskonzessionen fallen nicht unter die Vergaberichtlinien, sondern nur unter das "leichtere" Regime der EU-Verträge. Der EuGH hat ferner in diesem Urteil das Kriterium der Risikoübertragung näher eingekreist. Nach Ansicht des EuGH sind Dienstleistungskonzessionen in der Wasserwirtschaft nicht dadurch ausgeschlossen, dass das Benutzungsverhältnis im Rahmen einer Satzung geregelt und mit einem Anschluss- und Benutzungszwang ausgestattet ist. Das wirtschaftliche Risiko, das bei einer Dienstleistungskonzession vorzuliegen habe, könne auch in einem eingeschränkten Umfang vorliegen. Der EuGH bekräftigt, dass es öffentlichen Auftraggebern freistehe, Dienstleistungen mittels einer Konzession erbringen zu lassen, wenn sie der Auffassung sind, dass die Erbringung der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Leistung so am besten sicherzustellen ist. Damit ist ein weiteres Gebiet häufiger rechtlicher Auseinandersetzungen durch den EuGH einer Klärung zugeführt worden.

Klärung im Bereich öffentlich-private Partnerschaften

Auch in anderen Bereichen wurde dank Kommission und EuGH mehr Klarheit geschaffen: Sowohl die Kommission in ihrer Mitteilung zu öffentlich-privaten Partnerschaften aus dem Jahr 2008 als auch der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 15. Oktober 2009 (C-1906/08 Acoset) haben festgestellt, dass für die Beauftragung und Übertragung bestimmter Aufgaben an eine neu gegründete öffentlich-private Partnerschaft keine doppelte Ausschreibung notwendig ist. Damit die Übertragung einer Konzession auf ein zuvor für diesen Zweck gegründetes gemischt öffentlich-privates Unternehmen ausschreibungsfrei möglich ist, müssen jedoch folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Die Auswahl des privaten Gesellschafters erfolgt mittels eines öffentlichen Verfahrens, nachdem die finanziellen, technischen, operativen und verwaltungstechnischen Anforderungen sowie die Charakteristika des Angebots hinsichtlich der zu erbringenden Dienstleistung überprüft worden sind.
- Außerdem muss das gemischt öffentlich-private Unternehmen während der gesamten Dauer der Konzession seinen Gesellschaftszweck unverändert beibehalten; eine wesentliche Änderung des Gesellschaftszwecks oder der übertragenen Aufgabe hätte nach Ansicht des EuGH die Verpflichtung zur Ausschreibung zur Folge.

Damit gibt es auch für den Bereich der öffentlich-privaten Partnerschaften hinreichend rechtliche Klarheit.

Stadtplanung

Allerdings sind noch nicht alle Probleme ausgeräumt. Ganz besondere Probleme bereitet derzeit der Bereich der Stadtplanung. Hier wurde durch eine überschießende Interpretation vor allem deutscher Gerichte nach dem EuGH-Urteil Roanne, C-220-05, der Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien auf Bereiche ausgeweitet, für die sie eigentlich nicht vorgesehen waren. Es muss jedoch Gemeinden möglich sein, Grundstücke mit Auflagen (wie beispielsweise dem Vorbehalt innerhalb von zwei Jahren zu bebauen) zu verkaufen, ohne diesen Verkauf europaweit nach den Kriterien der öffentlichen Auftragsvergabe ausschreiben zu müssen. Sonst besteht die Gefahr, „*dass, so unsinnig das auch sein mag, anerkannt werden muss, dass jede städtebauliche Tätigkeit unter die Richtlinie fällt: Denn die Maßnahmen, mit denen die Bebauungsmöglichkeit geregelt wird, ändern definitionsgemäß – und auch substantiell – den Wert der Grundstücke, auf die sie sich beziehen.*“ (Zitat des Generalanwalts Paolo Mengozzi in seinem Schlussantrag an den EuGH vom 17.11.2009). Für derartige Fälle waren die Vergaberichtlinien nie gedacht und es ist zu hoffen, dass sich das Gericht dem Generalanwalt anschließt.

Nachhaltige und innovative Beschaffung

Während es im Bereich der ökologischen Beschaffung eine Vielzahl an Hilfestellungen gibt, wie das GPP Toolkit, die 'Procura+Kampagne' oder 'TopTen Pro', die Behörden und anderen öffentlichen Einrichtungen bei der nachhaltigen Beschaffung helfen, sowie im Bereich der innovativen Beschaffung eine Mitteilung der Kommission zur vorkommerziellen Auftragsvergabe sowie eine Mitteilung zur Leitmarktinitiative besteht, fehlen ähnliche Initiativen im Bereich der sozial verantwortlichen Beschaffung völlig. Doch der Reformvertrag von Lissabon hat auch den Stellenwert eines sozialen Europas bekräftigt. Insbesondere im neuen Artikel 3, Absatz 3 EUV sowie in der rechtlich nun bindenden Charta der Grundrechte wird die bisher rein ökonomische Ausrichtung der Europäischen Union auf verbindliche soziale Ziele erweitert. Dies muss sich auch in den Initiativen der Kommission widerspiegeln.

Gerade der Bereich der sozial verantwortlichen Beschaffung leidet unter der Tatsache, dass sich soziale Kriterien im Wesentlichen auf den Herstellungsprozess beziehen, sie sind im Endprodukt meist nicht erkennbar und daher, bei globalisierter Produktion und komplexen Lieferketten, schwerer kontrollierbar. Noch komplexer und unübersichtlicher wird es dadurch, dass bei der Ausschreibung auch Selbstzertifikate zugelassen werden müssen, um nicht gegen das Diskriminierungsverbot zu verstoßen. Deren Überprüfung überfordert die meisten öffentlichen Beschaffer. Neben einem Handbuch sollte deshalb die Kommission auch die Entwicklung präziser und überprüfbarer Kriterien bzw. die Entwicklung einer Datenbank mit produktspezifischen Kriterien ins Auge fassen. Auch die Einrichtung einer Servicestelle auf europäischer Ebene, die für Produktgruppen Kriterien erarbeitet und überprüft und gegebenenfalls auch als außergerichtliche Clearingstelle bei Beschwerden angerufen werden kann, sollte erwogen werden.

Überprüfung der Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe

Generell wäre es zu wünschen, dass die Kommission bei ihrer beabsichtigten Überprüfung der Vergaberichtlinien die genannten Aspekte berücksichtigt und bei dieser Gelegenheit die rechtlichen und praktischen Defizite bei der Umsetzung in den Mitgliedstaaten sowie bestehende rechtliche Unklarheiten bei der Anwendung des Vergaberechts klärt.

Wünschenswert wäre ferner eine Klärung, wo und wie die Europäische Union zu einer

Verwaltungsvereinfachung in diesem Bereich beitragen kann. Das setzt allerdings eine dringend erforderliche und objektive Analyse der derzeitigen Belastungen voraus. Dies sollte selbstverständlich unter breiter Beteiligung aller Akteure geschehen. Dringend davor gewarnt wird allerdings, zum jetzigen Zeitpunkt eine Revision der Vergaberichtlinien ins Auge zu fassen. Dies wäre aus verschiedenen Gründen zum jetzigen Zeitpunkt verfrüht. Zum einen sollte bei einer Revision dieser Richtlinien die Rechtsmittelrichtlinie unbedingt einbezogen werden, um einer weiteren Zersplitterung des Rechts im Bereich öffentlichen Auftragsvergabe entgegenzutreten. Derzeit ist die Rechtsmittelrichtlinie jedoch noch nicht in allen Mitgliedstaaten umgesetzt und ihre praktischen Auswirkungen auf die öffentliche Vergabe lassen sich noch nicht beurteilen. Zum anderen befinden sich die Mitgliedstaaten derzeit in einer tiefen Wirtschafts- und Finanzmarktkrise, deren Auswirkungen auf die kommunale Ebene noch kaum absehbar sind und ganz sicher in den kommenden Jahren zunehmen werden. Zu einem solchen Zeitpunkt würde eine Veränderung der rechtlichen Basis für öffentliche Ausschreibungen zu zusätzlichen Verunsicherungen und zu einer Verzögerung bei Ausschreibungen führen. Darunter hätten aber alle zu leiden.