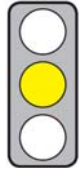


## KERNPUNKTE

**Ziel der Richtlinie:** Die Auftragsvergabe soll für gesellschaftliche Ziele nutzbar gemacht werden. Zudem wird der Anwendungsbereich konkretisiert.

**Betroffene:** Unternehmer und Vergabestellen.



**Pro:** Durch die strengen Voraussetzungen für die In-House-Vergabe und die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern ohne Ausschreibung müssen mehr Aufträge EU-weit ausgeschrieben werden. Das erhöht die Chancen kostengünstigerer privater Leistungserbringer.

**Contra:** (1) Die Instrumentalisierung der Auftragsvergabe für umwelt- und sozialpolitische Ziele führt zu einer ineffizienten Verwendung der Steuereinnahmen und zu Missbrauchsmöglichkeiten.

(2) Weder hat die EU eine Kompetenz zur Einführung einer einzigen mitgliedstaatlichen Aufsicht, noch ist diese mit der föderalen Struktur des Grundgesetzes vereinbar.

## INHALT

### Titel

**Vorschlag KOM(2011) 895** vom 20. Dezember 2011 für eine **Richtlinie** des Europäischen Parlaments und des Rates über die **Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste**

### Kurzdarstellung

#### ► Neuregelung des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe

Die Kommission schlägt zur Neuregelung der öffentlichen Auftragsvergabe drei Richtlinien und eine Verordnung mit folgenden Geltungsbereichen vor:

- KOM(2011) 895: Erwerb von Bauleistungen, Waren oder Dienstleistungen für die Wasser-, Energie-, und Verkehrsversorgung sowie für Postdienste (Sektorenrichtlinie; s. diese CEP-Analyse)
- KOM(2011) 896: sonstiger Erwerb von Bauleistungen, Waren oder Dienstleistungen (allgemeine Richtlinie; s. CEP-Analyse)
- KOM(2011) 897: Konzessionen (Konzessionsrichtlinie)
- KOM(2012) 124: Nutzung der öffentlichen Auftragsvergabe in der Handelspolitik

#### ► Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie

– Die Richtlinie, die die Richtlinie 2004/17/EG ersetzen soll, gilt für den Erwerb von Bauleistungen, Waren oder Dienstleistungen durch „Vergabestellen“ in den Bereichen der Wasser-, Energie-, und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Sektoren).

- Dazu zählen insbesondere die Versorgung der Allgemeinheit mit Gas, Wärme, Elektrizität, Trinkwasser und Verkehrsleistungen, die Bereitstellung von Häfen und Flughäfen, die Abholung und Zustellung von Postsendungen sowie die Förderung von fossilen und anderen „festen“ Brennstoffen (Art. 5-11).

Die Richtlinie gilt nicht für

- Aufträge in sonstigen Bereichen (dafür s. KOM(2011) 896 und CEP-Analyse) und
- die Vergabe von Konzessionen (dafür s. KOM(2011) 897).
- „Vergabestellen“ können sowohl öffentlicher als auch nichtöffentlicher Art sein.
  - Öffentliche Vergabestellen sind (Art. 4 Abs. 3 lit. a)
    - öffentliche Auftraggeber (Art. 2 Abs. 1-4) wie Behörden, nichtgewerblich handelnde öffentliche Unternehmen („Einrichtungen des öffentlichen Rechts“) und daraus bestehende Verbände sowie
    - gewerblich handelnde öffentliche Unternehmen (Art. 2 Abs. 5, Art. 4 Abs. 1).
  - Öffentliche Unternehmen sind Unternehmen, auf die die öffentliche Hand Einfluss ausübt.
  - Nichtöffentliche Vergabestellen sind private Unternehmen, die in den Sektoren tätig sind und denen für ihre Tätigkeit monopolistische oder oligopolistische Rechte („besondere oder ausschließliche Rechte“) von einer mitgliedstaatlichen Behörde gewährt wurden (Art. 4 Abs. 3 lit. b).

#### ► Schwellenwerte für die Ausschreibungspflicht

- Der Erwerb von Bauleistungen, Waren oder Dienstleistungen in den obengenannten Sektoren muss EU-weit ausgeschrieben werden, wenn der geschätzte Auftragswert folgende Werte erreicht (Art. 12):
  - 5 Mio. Euro für Bauleistungen,
  - 400 000 Euro für Waren und Dienstleistungen und
  - 1 Mio. Euro für soziale Dienstleistungen.

► **Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht**

- Ein Auftrag muss nicht EU-weit ausgeschrieben werden (Art. 21), wenn
  - er von einem öffentlichen Auftraggeber an eine durch ihn kontrollierte juristische Person vergeben wird (In-House-Vergabe), sofern (Art. 21 Abs. 1)
  - die juristische Person mindestens 90% ihrer Tätigkeiten für den öffentlichen Auftraggeber ausübt und
  - keine private Beteiligung an der juristischen Person besteht oder
- öffentliche Auftraggeber Aufgaben gemeinsam durchführen (Art. 21 Abs. 4), sofern
  - sich daraus wechselseitige Rechte und Pflichten ergeben und
  - für die Zusammenarbeit ein „öffentliches Interesse“ besteht und
  - die öffentlichen Auftraggeber höchstens 10% der Tätigkeiten, denen die Zusammenarbeit gilt, auf dem Markt ausüben und
  - zwischen den öffentlichen Auftraggebern nur die tatsächlichen Kosten erstattet werden und
  - keine private Beteiligung an einem der öffentlichen Auftraggeber besteht.
- Ein Auftrag muss nicht EU-weit ausgeschrieben werden, wenn einer nichtöffentlichen Vergabestelle durch ein wettbewerbliches Verfahren monopolistische oder oligopolistische Rechte gewährt wurden (Art. 4 Abs. 2).
- Ein Auftrag muss nicht EU-weit ausgeschrieben werden, wenn die Kommission auf einen mitgliedstaatlichen Antrag hin festgestellt hat, dass eine Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb auf Märkten ausgesetzt ist, die keiner Zugangsbeschränkung unterliegen (Art. 27 f.).
- Ein Auftrag muss nicht EU-weit ausgeschrieben werden, wenn er an ein privates oder öffentliches „verbundenes Unternehmen“ vergeben wird (Art. 22 Abs. 3), sofern die Haupttätigkeit des verbundenen Unternehmens darin besteht, Aufträge für Unternehmen zu erbringen, mit denen es selbst verbunden ist. Ein verbundenes Unternehmen liegt vor, wenn (Art. 22 Abs. 1 und 2)
  - die Vergabestelle einen beherrschenden Einfluss auf das Unternehmen ausübt oder
  - das Unternehmen einen beherrschenden Einfluss auf die Vergabestelle ausübt oder
  - ein drittes Unternehmen einen beherrschenden Einfluss auf die Vergabestelle und auf das Unternehmen ausübt oder
  - es seinen Jahresabschluss mit dem der Vergabestelle konsolidiert.

► **Verfahrensarten für Ausschreibungen**

- Die Vergabestelle kann bei der Ausschreibung zwischen mehreren Verfahren wählen (s. CEP-Übersicht).
- Immer zulässig sind das „offene“ und das „nichtoffene“ Verfahren sowie das Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb (Art. 39 Abs. 1). Nach der Veröffentlichung können
    - beim offenen Verfahren alle Anbieter Angebote abgeben (Art. 40),
    - beim nichtoffenen Verfahren alle Anbieter einen Teilnahmeantrag stellen, allerdings können nur ausgewählte Anbieter ein Angebot abgeben (Art. 41) und
    - beim Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb nur ausgewählte Anbieter mit den Vergabestellen verhandeln und Angebote abgeben (Art. 42).
  - Unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sind das Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb (Art. 44) und die Innovationspartnerschaft (Art. 43). Letztere soll die Entwicklung und den anschließenden Erwerb innovativer Produkte durch Vergabestellen vereinfachen (Art. 43).

► **Nutzung der Auftragsvergabe für gesellschaftliche Ziele**

- Die Kommission schlägt vor, dass die Vergabestellen die Auftragsvergabe zur Verwirklichung gesellschaftlicher Ziele nutzen. Dazu zählen die Förderung von Innovation, Umweltfreundlichkeit, Beschäftigung, öffentliche Gesundheit und Integration benachteiligter Gruppen (Begründung, S. 12).
- Die Vergabestelle kann hierzu
  - eine Innovationspartnerschaft mit einem Anbieter eingehen (Art. 43);
  - Sozial- und Umweltbelange für die Auftragsausführung festlegen (Art. 80), wie die Einstellung von Langzeitarbeitslosen oder Schulungen für Arbeitslose und Jugendliche (Erwägungsgrund 50);
  - einen Anbieter von der Teilnahme ausschließen (Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 55 Abs. 3 allgemeine Richtlinie) oder ein Angebot eines Anbieters ablehnen (Art. 70 Abs. 5, Art. 79 Abs. 4), wenn er gegen europäische oder internationale sozial-, arbeits-, und umweltrechtliche Vorschriften verstößt; oder
  - das Vorliegen von Umwelt-, sozialen oder sonstigen „Gütezeichen“ vorschreiben (Art. 55 Abs. 1).

► **Erleichterter Zugang von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) zu Vergabeverfahren**

- Die Vergabestelle kann Aufträge in Teilaufträge („Lose“) unterteilen und die Anzahl der Lose begrenzen, für die ein Anbieter Angebote abgeben darf oder den Zuschlag erhalten kann (Art. 59 Abs. 1 und 2).
- Ein von der Vergabestelle evtl. vorgegebener Mindestjahresumsatz darf das Dreifache des Auftragswerts nicht überschreiten (Art. 74 Abs. 2 i.V.m. Art. 56 allgemeine Richtlinie).
- Anbieter können der Vergabestelle anstelle von Dokumenten eine Eigenerklärung vorlegen, dass die von der Vergabestelle geforderten Kriterien erfüllt werden; erst nach Erteilung des Zuschlags ist der Nachweis zu führen (Art. 74 Abs. 3 i.V.m. Art. 55–57 der allgemeinen Richtlinie).

► **Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel**

- Spätestens am 30. Juni 2016 muss der Auftraggeber den gesamten Informationsaustausch mit den Anbietern elektronisch durchführen (Art. 19).

► **Zuschlagskriterien**

- Die Vergabestelle darf nur zwischen denjenigen Anbietern auswählen, die die von ihr festgelegten Vorgaben für gesellschaftliche Ziele erfüllen, sofern sie welche festlegt.
- Kriterien für den Zuschlag dürfen in diesem Rahmen nur entweder das „wirtschaftlich günstigste“ Angebot oder der niedrigste Preis oder der kostengünstigste Lebenszyklus sein (Art. 76 Abs. 1). Bei der Lebenszykluskostenrechnung werden die Kosten eines Produkts während der Lebensdauer zu Grunde gelegt (Art. 77). Hierzu zählen interne Kosten wie Wartungs-, Recycling- und Energiekosten und „externe Umweltkosten“ wie Schadstoffemissionskosten und Kosten zur Eindämmung des Klimawandels.
- Anbieter mit „ungewöhnlich“ niedrigen Angeboten müssen ihren Preis erklären, wenn (Art. 79 Abs. 1),
  - sie mehr als 50% unter dem Durchschnitt der übrigen Angebote und
  - mehr als 20% unter dem zweitniedrigsten Angebot liegen und
  - mindestens fünf Angebote eingereicht wurden.

► **Nationale Aufsichtsstelle**

Jeder Mitgliedstaat muss eine einzige, unabhängige Aufsichtsstelle einführen, die die gesamte Auftragsvergabe beaufsichtigt und Beschwerden prüft (Art. 93).

**Änderung zum Status quo**

- Neu ist die Klarstellung des bislang nur vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) definierten Anwendungsbereichs der Richtlinie bei In-House-Vergaben und der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern.
- Neu sind die Möglichkeiten, Innovationspartnerschaften mit Anbietern einzugehen, Anbieter bei Verstößen gegen internationale oder europäische Sozial-, Arbeits- oder Umweltvorschriften auszuschließen und soziale Gütezeichen vorzuschreiben.
- Neu sind sämtliche Maßnahmen, die KMU den Zugang zu den Vergabeverfahren erleichtern sollen.
- Neu ist die Einführung einer zentralen Aufsichtsstelle.
- Neu ist die Pflicht zur Umstellung auf elektronische Kommunikationsmittel.

**Subsidiaritätsbegründung der Kommission**

Unterschiedliche nationale Vorschriften würden laut Kommission den Binnenmarkt behindern.

**Politischer Kontext**

Die Modernisierung des öffentlichen Auftragswesens ist eine von zwölf Maßnahmen, die in der Binnenmarktakte zur Förderung von Wachstum und Vertrauen [KOM(2011) 206] angekündigt wurden. Nach einem Grünbuch [KOM(2011) 15; s. [CEP-Analyse](#)] und einer Konsultation hat die Kommission das Gesetzespaket zur Reform des öffentlichen Auftragswesens vorgelegt.

Bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber besteht in den von der Sektorenrichtlinie erfassten Sektoren der gleiche Missbrauchsspielraum wie in den Bereichen, die unter die allgemeine Richtlinie fallen. In soweit decken sich beide Richtlinien. In den fraglichen Sektoren gibt es allerdings darüber hinaus Missbrauchsspielräume, die diesen Sektoren inhärent sind: Im Fall der nichtöffentlichen Vergabestellen besteht durch die Gewährung der monopolistischen oder oligopolistischen Rechte ein Missbrauchsspielraum bei den Behörden, die diese Rechte gewähren. So könnte eine Behörde die Gewährung eines solchen Rechts an die Bedingung knüpfen, lokale Unternehmen bei der Auftragsvergabe zu begünstigen. Ähnliches gilt für gewerblich handelnde öffentliche Unternehmen, auf die die öffentliche Hand aufgrund ihrer finanziellen Beteiligung Einfluss ausüben kann. Aus diesen Gründen besteht auch für diese Fälle eine Ausschreibungspflicht.

**Stand der Gesetzgebung**

- 20.12.11 Annahme durch Kommission
- 30.05.12 Erörterung im Rat
- 10.12.12 1. Lesung Europäisches Parlament

**Politische Einflussmöglichkeiten**

- Federführende Generaldirektion: GD Binnenmarkt und Dienstleistungen
- Ausschüsse des Europäischen Parlaments: Binnenmarkt und Verbraucherschutz (federführend), Berichterstatter Marc Tarabella (S&D-Fraktion, BE);
- Ausschüsse des Deutschen Bundestags: Wirtschaft und Technologie (federführend)
- Entscheidungsmodus im Rat: Qualifizierte Mehrheit (Annahme durch Mehrheit der Mitgliedstaaten und mit 255 von 345 Stimmen; Deutschland: 29 Stimmen)

**Formalien**

- Kompetenznorm: Art. 53 Abs. 1, Art. 62 AEUV (Gegenseitige Anerkennung und Koordination) und Art. 114 AEUV (Binnenmarkt)
- Art der Gesetzgebungszuständigkeit: Geteilte Zuständigkeit (Art. 4 Abs. 2 AEUV)
- Verfahrensart: Art. 294 AEUV (ordentliches Gesetzgebungsverfahren)

## BEWERTUNG

### Ökonomische Folgenabschätzung

Die gesetzlichen Vorgaben für die Auftragsvergabe werden deutlich erweitert. Dadurch nimmt die bürokratische Belastung sowohl für die Vergabestellen als auch für die Anbieter zu.

**Die strengen Voraussetzungen für die In-House-Vergabe und für die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern ohne Ausschreibung führen dazu, dass zukünftig deutlich mehr Aufträge EU-weit ausgeschrieben werden müssen. Dies erhöht zwar den Verwaltungsaufwand. Es gestattet aber auch, dass kostengünstigere privatwirtschaftliche Leistungserbringungen zum Zuge kommen können.**

Die Klarstellung, wann die Richtlinie für die In-House-Vergabe und die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern gilt, erhöht die Rechtssicherheit. Das Verbot privater Beteiligungen bei einer In-House-Vergabe und der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern beugt Wettbewerbsverzerrungen vor. Die Ausnahme von der Ausschreibungspflicht für (private und öffentliche) verbundene Unternehmen ist das Pendant zur In-House-Vergabe und der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern. Sie führt nicht zu Wettbewerbsverzerrungen, da die Tätigkeit des verbundenen Unternehmens vorwiegend nach innen gerichtet ist.

Eine Innovationspartnerschaft kann dem teilnehmenden Unternehmen über einen langen Zeitraum einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Unternehmen verschaffen. Daher drohen Wettbewerbsverzerrungen. Aus diesem Grund sollten Kriterien entwickelt werden, die dies verhindern. Insbesondere sollte eine Innovationspartnerschaft ein nachrangiges Verfahren sein, das nur dann angewandt werden darf, wenn die anderen Verfahren nicht in Frage kommen.

**Die – schon in der bisherigen Richtlinie enthaltene und nun noch einmal verschärfte – Instrumentalisierung der Auftragsvergabe für gesellschaftliche Ziele, insbesondere für Umwelt- und Sozialbelange, bei der Auftragsausführung – führt zu ineffizienter Verwendung der Steuereinnahmen, wenn dadurch die Produktionskosten steigen oder der Wettbewerb auf Anbieterseite eingeschränkt wird. Höhere Steuern oder eine steigende öffentliche Verschuldung sind die Folge.** Zudem steigt die bürokratische Belastung sowohl für die Bieter, die belegen müssen, dass sie die zusätzlichen Anforderungen erfüllen, als auch für die Vergabestellen, die diese Angaben überprüfen müssen. Die Nutzung von Gütezeichen kann dies nur teilweise mindern, da die Zahl der Gütezeichen ständig zunimmt.

**Problematisch ist ferner, dass die Sozial- und Umweltbelange gemäß Art. 80 keinen sachlichen Bezug zum Auftragsgegenstand aufweisen müssen, wodurch Missbrauchsmöglichkeiten entstehen.** Der entsprechende Hinweis im Erwägungsgrund 50 reicht nicht aus.

Die Einbeziehung externer Umweltkosten in die Lebenszykluskostenrechnung ist kein effizienter Weg, um umweltpolitische Ziele zu erreichen. Der Umweltschutz ist bereits durch zahlreiche Maßnahmen, wie gesetzliche Vorschriften oder den Handel mit Emissionszertifikaten, reguliert. Um den Umweltschutz zu intensivieren, sollte auf die bestehenden Maßnahmen zurückgegriffen werden [s. [CEP-Analyse](#) zum umweltorientierten öffentlichen Beschaffungswesen KOM(2008) 400].

### Juristische Bewertung

#### Kompetenz

Mit einer Ausnahme unproblematisch: **Die EU-Kompetenz umfasst nicht das Recht, die Mitgliedstaaten zu einer zentralen Aufsichtsstelle zu verpflichten, da eine solche Organisationsmaßnahme in die staatliche Verwaltung eingreift**, ohne dass dadurch eine Verbesserung des Binnenmarkts erkennbar ist.

#### Subsidiarität

Unproblematisch.

#### Verhältnismäßigkeit

Unproblematisch.

#### Vereinbarkeit mit EU-Recht

Unproblematisch.

#### Vereinbarkeit mit deutschem Recht

**Die Einführung einer zentralen Aufsichtsstelle – notwendigerweise als Bundesbehörde – verstößt gegen die föderale Struktur des Grundgesetzes**, demzufolge die Bundesländer für die Errichtung und Festlegung der Aufgaben der Behörden und des Verfahrens zuständig sind (Art. 84 GG).

### Zusammenfassung der Bewertung

Die strengen Voraussetzungen für die In-House-Vergabe und die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern ohne vorherige Ausschreibung führen dazu, dass deutlich mehr Aufträge EU-weit ausgeschrieben werden müssen. Dadurch können kostengünstigere privatwirtschaftliche Leistungserbringungen zum Zuge kommen. Durch die Instrumentalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe für umwelt- und sozialpolitische Ziele bei der Auftragsausführung droht eine ineffiziente Verwendung der Steuereinnahmen. Da die Sozial- und Umweltbelange keinen sachlichen Bezug zum Auftragsgegenstand aufweisen müssen, entstehen Missbrauchsmöglichkeiten. Weder hat die EU eine Kompetenz zur Einführung einer einzigen mitgliedstaatlichen Aufsicht, noch ist diese mit der föderalen Struktur des Grundgesetzes vereinbar.