

Rechtsanwalt Dr. Christian Braun, Leipzig

Neue Tendenzen im europäischen Vergaberecht – Ein Ausblick*

Inhaltsverzeichnis

- I. Einleitung: Europäisierung des deutschen Vergaberechts
- II. Ermächtigungsgrundlage
- III. Richtlinienvorschlag öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge
 - 1. Grundvorstellungen des Neuentwurfs
 - 2. Inhaltliche Änderungen
 - a) Einleitung
 - b) Einführung elektronischer Beschaffungsmechanismen
 - c) Wettbewerblicher Dialog
 - aa) Voraussetzungen des wettbewerblichen Dialogs
 - bb) Durchführung des wettbewerblichen Dialogs
 - d) Rahmenvereinbarungen
 - e) Technische Spezifikationen
 - f) Zuschlagskriterien
 - g) Eignungsbestimmungen
 - h) Schwellenwerte
 - aa) Schwellenwerte der klassischen Richtlinien
 - bb) Richtlinienvorschlag LDBR
 - cc) Schwellenwerte Sektorenrichtlinie
 - dd) Regelungsvorschlag WEV-Richtlinie
 - i) Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge
 - j) Sonstige Änderungsvorschläge
- IV. Richtlinienvorschlag im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung
 - 1. Vereinfachung durch WEV-Richtlinie
 - 2. Inhaltliche Änderungen
 - a) Der Telekommunikationssektor
 - b) Andere Sektoren
 - c) Besondere oder ausschließliche Rechte
- V. Änderungen im Gesetzgebungsverfahren, Interpretierende Mitteilungen der Kommission
- VI. Auswirkungen auf das deutsche Vergaberecht

I. Einleitung: Europäisierung des deutschen Vergaberechts

Das europäische Vergaberecht ist in Bewegung geraten. Am 17. 1. 2002 fand im Europäischen Parlament die 1. Lesung der Richtlinienvorschläge zum sogenannten Legislativpaket statt. Seit dem 6. 5. 2002 liegen seitens der Kommission geänderte Vergaberichtlinienvorschläge vor und am 21.5. 2002 wurden die Vorschläge auf der Binnenmarktsratssitzung besprochen, ohne allerdings eine Einigung zu erreichen. Das europäische Gesetzgebungsverfahren wird (voraussichtlich) in Vergaberichtlinien enden, die wiederum Auswirkungen auf das deutsche Vergaberecht haben werden.

Bevor auf die Details des Europäischen Vergaberechts einzugehen ist, sind zunächst die verschiedenen Rechtsquellen des Vergaberechts zu betrachten¹:

- Europäisches Primärrecht²;
- Nachprüfungsverfahrenskordinierungsrichtlinien für Liefer- und Bauaufträge³ und für die Sektorenbereiche⁴;
- Bauauftragskordinierungsrichtlinie (BKR)⁵;
- Lieferauftragskordinierungsrichtlinie (LKR)⁶;
- Dienstleistungskordinierungsrichtlinie (DKR)⁷;
- Sektorenkordinierungsrichtlinie (SKR)⁸;
- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – 4. Teil⁹;
- Vergabeverordnung¹⁰;
- Vergabeschlichtungsverfahren der Länder;
- Verdingungsordnungen (VOL/A¹¹; VOB/A¹²; VOF¹³).

Die Europäisierung des deutschen Vergaberechts ist unbestritten¹⁴. Der Beitrag befasst sich mit den geplanten Veränderungen im Bereich der Richtlinien. Bevor diese im Einzelnen kurz beleuchtet werden, ist zunächst auf das über den Richtlinien stehende europäische Primärrecht zu verweisen. Neben dem Diskri-

minierungsverbot des Art. 12 EGV sind für das europäische Vergaberecht insbesondere die vier Grundfreiheiten relevant:

- die Freiheit des Warenverkehrs gem. Art. 28 EGV;
- die Freiheit des Personenverkehrs, d. h. Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit gem. Art. 39 und 43 EGV;
- die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs, Art. 49 EGV und
- die Freiheit des Kapitalverkehrs, Art. 56 EGV.

In dem hier maßgeblichen Bereich ist die Freiheit des Warenverkehrs gem. Art. 28 EGV i. S. des Verbots der „Maßnahmen gleicher Wirkung“ von Bedeutung¹⁵. Danach sind alle staatlichen Maßnahmen die einen versteckten Protektionismus darstellen, nicht erlaubt. Zur Verwirklichung der Niederlassungs- wie auch der Dienstleistungsfreiheit sieht der EG-Vertrag vor, dass Staatsangehörige oder Gesellschaften in allen anderen Mitgliedsstaaten hinsichtlich der Möglichkeiten zur Niederlassung und zur Erbringung von Dienstleistungen gleich zu behandeln sind. Die oben genannten weiteren Freiheiten verbieten nicht nur dis-

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht in der KPMG Beiten Burkhardt GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft in Leipzig.

1) Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der durch den Amsterdamer Vertrag geänderten Fassung. Sämtliche Dokumente der Kommission sind im Internet unter der Adresse: http://europa.eu.int/index_de.htm zu finden. Dort ist z. B. auch ein Querverweis auf die Rspr. des EuGH <http://curia.eu.int/en/recdoc/indexaz/index.htm> vorhanden.

2) Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV), zuletzt geändert durch den Amsterdamer Vertrag v. 2. 10. 1977, BGBl 1998 II, 387, ber. BGBl 1999 II, 416.

3) Richtlinie 89/665/EWG des Rates v. 21. 12. 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABIEG Nr. L 395 v. 30. 12. 1989, 33-35.

4) Richtlinie 92/13/EWG des Rates v. 25. 2. 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser- Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABIEG Nr. L 76 v. 23. 3. 1992.

5) Richtlinie 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABIEG Nr. L 199 v. 9. 8. 1993, zuletzt geändert durch die Richtlinie 97/52/EG vom 13. 10. 1997, ABIEG Nr. L 328 v. 28. 11. 1997.

6) Richtlinie 93/36/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABIEG Nr. L 199 v. 9. 8. 1993, zuletzt geändert durch die Richtlinie 97/52/EG vom 13. 10. 1997, ABIEG Nr. L 328 v. 28. 11. 1997.

7) Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABIEG Nr. L 209 v. 24. 7. 1992, zuletzt geändert durch die Richtlinie 97/52/EG vom 13. 10. 1997, ABIEG Nr. L 328 v. 28. 11. 1997.

8) Richtlinie 92/13/EWG des Rates v. 25. 2. 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor ABIEG Nr. L 076 v. 23. 3. 1992, 0014-0020, zuletzt geändert durch Richtlinie 98/4/EG v. 16. 2. 1998, ABIEG Nr. L 101 v. 1. 4. 1998, 1.

9) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) v. 26. 2. 1998 (BGBl I 1998, 2512).

10) Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 9. 1. 2001 (Vergabeverordnung – VgV, BGBl I, 2001, 2546).

11) Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) Teil A, Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen (VOL/A), idF der Bekanntmachung vom 24. 10. 2000 (BAnz 200 a).

12) Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A, Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen (VOL/A), idF der Bekanntmachung vom 30. 5. 2000 (BAnz 120 a).

13) Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen, idF der Bekanntmachung vom 25. 7. 2000 (BAnz 173 a).

14) So bereits der Titel „Europäisierung des deutschen Vergaberechts“ in der Systematischen Darstellung des Europäischen und internationalen Vergaberechts, in: *Prieß*, VOB/B-Kommentar, Syst. I, Rdnrn. 5 ff; vgl. auch *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 2. Aufl., S. 4 ff (*Prieß*, Handbuch).

15) *Prieß* (o. Fußn. 14), Rdnrn. 14 ff; vgl. dazu auch: Boesen, VergabeR, 1. Aufl. (2000), 26 ff.

kriminierende Behandlungen, sondern auch andere Beschränkungen, die unabhängig von der Staatsangehörigkeit für alle Beteiligten gelten¹⁶. Ein Auftrag darf nicht so definiert werden, dass sein Ziel oder sein Ergebnis die Beschränkung des Marktzugangs auf nationale Unternehmen zuungunsten von Bietern aus anderen Mitgliedsstaaten ist¹⁷.

Die Hauptziele der Europäischen Kommission im Zusammenhang mit dem öffentlichen Auftragswesen sind¹⁸:

- die Verwirklichung der o. g. Grundfreiheiten;
- die Schaffung der erforderlichen Wettbewerbsbedingungen, damit öffentliche Aufträge ohne Diskriminierung vergeben werden;
- die rationelle Verwendung öffentlicher Mittel durch die Wahl des besten Angebots;
- der Zugang von Unternehmen zu einem gemeinsamen Markt mit großen Absatzmärkten und
- die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Unternehmen.

Die anschließende Diskussion¹⁹ hat die Kommission dazu ermutigt, unter dem 10. 5. 2000 zwei Richtlinienvorschläge vorzulegen:

- Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge (LDB-Richtlinie)²⁰.
- Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung (WEV-Richtlinie)²¹.

Am 11. 7. 2001 erfolgte sowohl die Übermittlung an das Europaparlament als auch an den Rat. Am 30. 5. 2001 wurde das Legislativpaket im Rat erörtert. Das europäische Parlament hat am 17. 1. 2002 in der 1. Lesung mit zahlreichen Änderungsvorschlägen den Vorschlag der Kommission gebilligt. Es hat verlangt, erneut befasst zu werden, falls die Kommission beabsichtigt, diesen Vorschlag entscheidend zu ändern, oder durch einen anderen Text zu ersetzen. Durch die Kommission wurde am 6. 5. 2002 gem. Art. 250 II EGV ein geänderter Vorschlag vorgelegt. Damit befindet sich das Gesetzgebungsverfahren für die Vergaberichtlinien in der „ersten Phase“ des Mitentscheidungsverfahrens nach Art. 251 EGV.²²

II. Ermächtigungsgrundlage

Der Erlass der geplanten Richtlinien fällt in den alleinigen Zuständigkeitsbereich der Gemeinschaft. Die Gemeinschaft verfügt gem. Art. 95 EGV über die Kompetenz, die für die Verwirklichung der o. g. Grundfreiheiten erforderlichen Rechtsakte zu erlassen²³. Die von den unter die Vergaberichtlinien fallenden Auftraggeber vergebenen Aufträge machen einen wesentlichen Teil des Binnenmarkts aus, sodass die Berechtigung der Europäischen Gemeinschaft zum Erlass der Richtlinien unstrittig ist.

III. Richtlinienvorschlag öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge

Infolge der Diskussionen über das Grünbuch²⁴ wurde Handlungsbedarf, um die drei „klassischen“ Richtlinien:

- der Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge²⁵,
- der Richtlinie 93/36/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge²⁶, und
- der Richtlinie 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge²⁷

abzugleichen, immer dringender. Die Unstimmigkeiten zwischen den Richtlinien sind nach Auffassung der Kommission nicht auf bestimmte Besonderheiten zurückzuführen und müssen daher beseitigt werden. Dieser Ansatz ist im nachfolgenden Gesetzgebungsverfahren von allen beteiligten Gemeinschaftsorganen immer begrüßt worden, so dass die Zusammenfassung der drei Richtlinien in einen einzigen Text kommen wird²⁸. Um die Richtlinien besser verständlich zu machen und ihre Anwendung zu erleichtern, schlägt die Kommission auch eine neue Gli-

derung vor, ohne jedoch die rechtlichen Verpflichtungen, die sie beinhalten, zu verändern²⁹.

1. Grundvorstellungen des Neuentwurfs

Die drei klassischen Richtlinien regelten in drei Texten viele gleichlautende Fragen in 35 Artikeln (LKR), 37 Artikeln (BKR) bzw. 45 Artikeln (DKR). Der nunmehrige Vorschlag präsentiert sich in Form eines einzigen Textes, der Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge umfasst. An die Stelle verschiedener Texte tritt nun ein gegliederter Text mit 82 Artikeln.

Die Bestimmungen des Richtlinienvorschlages LDB-Richtlinie wurden in sechs Titel gegliedert:

- Definitionen (Titel I);
- Regeln für das öffentliche Auftragswesen (Titel II);
- Besondere und ausschließliche Rechte, (Titel III);
- Regelungen für Wettbewerbe im Dienstleistungsbereich (Titel IV);
- Regelungen für Konzessionen (Titel V);
- Schlussbestimmungen (Titel VI).

Innerhalb dieser Titel und vor allem in Titel II über die besonderen Regelungen für das öffentliche Auftragswesen wurden die Bestimmungen nach dem Ablauf des Vergabeverfahrens geordnet, d. h. beginnend mit den Grundsätzen und dem Anwendungsbereich.

16) Vgl. *Boesen* (o. Fußn. 15), 28.

17) Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15. 10. 2001, KOM (2001) (566) endg., S. 7.

18) Grünbuch der Europäischen Kommission, „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union – Überlegungen für die Zukunft“, KOM (96) 583 endg. vom 27. 11. 1996, Nr. 2, S. 1 (Zusammenfassung); vgl. dazu auch: § 2 VOL/A, § 2 VOB/A, § 4 VOF (Grundsätze der Vergabe).

19) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlages über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 2: mehr als 300 Reaktionen aus der Wirtschaft, den Mitgliedstaaten und den Institutionen sind eingegangen.

20) KOM (2000) 275 endgültig 2000/0115 (COD); ABIEG Nr. C 029 v. 30. 1. 2001, S. 11-111, Internet: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/com275de.pdf.

21) KOM (2000) 276 endgültig 2000/0117 (COD); ABIEG Nr. C 029 v. 30. 1. 2001, S. 112-188, Internet: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/com276de.pdf.

22) Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge (KOM (2000) 275 – C 5 – 0367/2000 – 2000/0115 (COD)); geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung des Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge vom 6. 5. 2002, KOM (2000) 236 endg. 2000/0115 (COD). Mit Hilfe der Datenbank PreLex, der Datenbank der interinstitutionellen Verfahren, können die einzelnen Etappen des gemeinschaftlichen Gesetzgebungsprozesses zwischen der Kommission und den anderen Institutionen unter der Internetadresse: <http://europa.eu.int/prelex/apcnet.cfm?CL=de> verfolgt werden; vgl. ausführlich zum Gesetzgebungsverfahren: *Prieß*, Handbuch (o. Fußn. 22).

23) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlages über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 2; vgl. auch: *Prieß* (o. Fußn. 14), Rd-nrn. 28 ff. m. w. Nachw.; vgl. *Boesen* (o. Fußn. 15), 32.

24) „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft“ KOM (96) 583 endg. v. 27. 11. 1996.

25) ABIEG Nr. L 209 v. 24. 7. 1992, zuletzt geändert durch die Richtlinie 97/52/EG v. 13. 10. 1997, ABIEG Nr. L 328 v. 28. 11. 1997.

26) ABIEG Nr. L 199 v. 9. 8. 1993, zuletzt geändert durch die Richtlinie 97/52/EG v. 13. 10. 1997, ABIEG Nr. L 328 v. 28. 11. 1997.

27) ABIEG Nr. L 199 v. 9. 8. 1993, zuletzt geändert durch die Richtlinie 97/52/EG v. 13. 10. 1997, ABIEG Nr. L 328 v. 28. 11. 1997.

28) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlages über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 2 ff, vgl. bereits schon: Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht (2000/C 121/02), ABIEG Nr. C 121 v. 29. 4. 2000, S. 2; vgl. auch die Stellungnahmen der Ausschüsse (o. Fußn. 22).

29) Vgl. Ziffer 2.1.3 der Mitteilung KOM (1998) 143 endg.

2. Inhaltliche Änderungen

Neben den formellen Änderungen hält die Kommission auch inhaltliche Änderungen für notwendig³⁰.

a) Einleitung

Bei den Änderungsbemühungen hat sich die Kommission von dem Gedanken der

- Modernisierung,
- Vereinfachung und
- Flexibilität,

leiten lassen³¹. Durch die Modernisierung des Regelwerks soll den neuen Technologien und Veränderungen des wirtschaftlichen Umfelds Rechnung getragen werden. Die in der Diskussion erhobenen Vorwürfe, die Verfahren seien allzu starr und würden den Bedürfnissen der Auftraggeber nicht gerecht, soll durch eine Vereinfachung und Flexibilisierung von manchmal allzu detaillierten und komplexen Vorschriften reagiert werden.

Die Kommission will in sieben Bereichen inhaltliche Änderungen durchsetzen³²:

- Einführung elektronischer Beschaffungsmechanismen;
- Einführung einer neuen Art des Verhandlungsverfahrens (wettbewerblicher Dialog);
- Klarstellung der Bestimmungen über die technischen Spezifikationen;
- strengere Bestimmungen über die Zuschlagskriterien und die Eignungskriterien;
- Vereinfachung der Schwellenwerte;
- Einführung eines gemeinsamen Vokabulars für öffentliche Aufträge.

b) Einführung elektronischer Beschaffungsmechanismen

Entsprechend Art. 42 I LDB-Richtlinie und Art. 48 I WEV-Richtlinie kann jede Mitteilung oder Information nach Wahl des Auftraggebers per Brief, per Fax oder auf elektronischem Wege erfolgen³³.

Im Gesetzgebungsverfahren herrscht großes Einvernehmen im Hinblick auf die Einführung elektronischer Beschaffungsmechanismen. Ziel der Änderungsvorschläge ist es, die Reichweite des Vertraulichkeitsgebotes zu vergrößern und eine angemessene Datensicherheit herzustellen.

Neu eingeführt werden soll die „Online Auktion“.

Eine „Online-Auktion“ ist ein iterativer Prozess bei dem auf der Grundlage eines elektronischen Mechanismus Preissenkungen und/oder neue Größen für bestimmte Angebotsbestandteile angezeigt werden können; er beginnt, wenn die erste vollständige Bewertung der Angebote abgeschlossen ist, und erlaubt ihre automatische Bewertung. Nach Art. 53 a Nr. 1 LDB-Richtlinie können die Mitgliedstaaten dem Auftraggeber die Möglichkeit einräumen, Online-Auktionen durchzuführen. Der Auftraggeber kann beschließen, vor der Zuschlagserteilung eine Online-Auktion durchzuführen, sofern dieser Auftrag Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen umfasst, die sich in den Spezifikationen hinreichend genau beschreiben lassen.

Der Auftraggeber, der sich für eine Online-Auktion entscheidet, hat in der Bekanntmachung darauf hinzuweisen. Die Verdingungsunterlagen enthalten unter anderem folgende Informationen:

- die Angebotsbestandteile, deren Größen Gegenstand der elektronischen Auktion sein werden, sofern diese Bestandteile quantifizierbar sind und sich in Zahlen oder Prozentsätzen ausdrücken lassen;
- die Grenzwerte für diese darstellbaren Größen, so wie sie sich aus der Gesamtheit der Spezifikationen für den Ausschreibungsgegenstand ergeben;
- die Informationen, die den Bieter im Verlauf der Online-Auktion zur Verfügung gestellt werden, sowie der Zeitpunkt der Zurverfügungstellung;
- die Informationen, die für den Ablauf der Online-Auktion von Belang sind;
- die Bedingungen nach denen die Bieter ihre Gebote abgeben können und insbesondere die vorgeschriebenen Gebotsschritte;
- die relevanten Informationen über das eingesetzte elektronische Gerät sowie die Modalitäten und technischen Voraussetzungen für den Verbindungsaufbau.

Vor Durchführung einer Online-Auktion muss der Auftraggeber die Angebote gemäß den gewählten Zuschlagskriterien bewerten.

Ausschlaggebend bei der Online-Auktion ist:

- entweder nur der Preis, falls der Zuschlag auf das niedrigste Preisgebot erfolgt,
- oder der Preis und/oder die neuen Größen der in den Verdingungsunterlagen genannten Zuschlagskriterien, falls der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt.

Alle Bieter, die gültige Angebote abgegeben haben, werden gleichzeitig auf elektronischem Wege aufgefordert, neue Gebote im Hinblick auf die Preise und/oder sonstigen Größen abzugeben; die Aufforderung enthält alle Informationen die für den individuellen Aufbau der Verbindung zum eingesetzten elektronischen Gerät von Belang sind, ferner den genauen Tag und Zeitpunkt des Beginns der Online-Auktion. Die Online-Auktion darf frühestens zwei Arbeitstage nach Versand der Aufforderungen beginnen.

Wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt, erhält der Empfänger mit der Aufforderung das umfassende Bewertungsergebnis für sein Angebot. Die Aufforderung enthält darüber hinaus die mathematische Formel, nach der in der Online-Auktion die automatische Neueinstufung aufgrund der neuen Preise oder sonstigen Größen vorgenommen wird. Diese Formel gibt das relative Gewicht der einzelnen Kriterien an, anhand derer das wirtschaftlich günstigste Angebot gemäß den Angaben in der Ausschreibung oder den Verdingungsunterlagen ermittelt wird; etwaige Spannen müssen jedoch auf einen vorgegebenen Wert reduziert werden.

Falls Varianten zulässig sind, muss für jede Variante eine eigene Formel angegeben werden.

Im Verlauf der Online-Auktion übermittelt der Auftraggeber allen Bietern laufend und unverzüglich zumindest die Informationen, aus denen sie die derzeitige Rangfolge ihres Angebots erkennen können; darüber hinaus kann er sonstige Informationen über andere Preisgebote mitliefern, sofern er in den Verdingungsunterlagen darauf hingewiesen hat; er kann auch jederzeit die Zahl der in der derzeitigen Phase beteiligten Bieter angeben; dagegen darf er während der Online-Auktion unter keinen Umständen die Identität der Bieter preisgeben.

Der Auftraggeber beendet die Online-Auktion auf wenigstens einem der folgenden Wege:

- Er nennt in der Aufforderung zur Teilnahme an der Online-Auktion den zuvor festgesetzten Tag und Zeitpunkt;
- er erhält keine neuen Preisgebote unter Einhaltung der Gebotsschritte oder keine neuen Größenangebote. Für diesen Fall nennt der Auftraggeber in der Aufforderung zur Teilnahme an der Online-Auktion die Frist, die er nach Abgabe des letzten Gebots einhält, bevor er die Online-Auktion beendet;
- die in der Aufforderung zur Teilnahme an der Auktion festgelegte Etappenzahl ist erreicht.

Falls der Auftraggeber sich dafür entscheidet die Online-Auktion in dem letzt genannten Wege zu beenden, gegebenenfalls in Kombination mit der davor genannten Möglichkeit, wird in der Aufforderung zur Teilnahme an der Auktion der Zeitplan für alle Auktionsetappen angegeben.

Nach Beendigung der Online-Auktion vergibt der Auftraggeber den Auftrag in Abhängigkeit von dem Ergebnis der Online-Auktion.

Der Auftraggeber darf die Möglichkeit der Online-Auktion nicht missbräuchlich einsetzen, um den Wettbewerb zu behin-

30) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlages über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 168 ff, Anhang XI „Entsprechungstabelle“. In der Entsprechungstabelle sind alle Änderungsvorschläge tabellarisch aufgelistet.

31) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlages über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 4, Nr. 1.1; Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlages über die Koordinierung der Verfahren der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, S. 4, Nr. 2; vgl. auch geänderter Vorschlag (o. Fußn. 22) S. 2.

32) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlages über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 4, Nr. 1.2.

33) § 15 VgV hat diesen Gedanken bereits aufgegriffen und bestimmt, dass Auftraggeber zulassen können, dass die Abgabe der Angebote in anderer Form als schriftlich oder per Post oder direkt erfolgen kann, sofern die Vertraulichkeit der Angebote gewahrt ist.

dern, zu beschränken oder zu verfälschen oder um den ursprünglich in der Ausschreibung genannten und in den Verdingungsunterlagen beschriebenen Ausschreibungsgegenstand zu ändern.

Die neuen Informations- und Kommunikationstechnologien (IUK) bieten nach Auffassung der Kommission vielversprechende Möglichkeiten was Effizienz, Transparenz und Öffnung des öffentlichen Auftragswesens angeht³⁴. Die Kommission hat sich das Ziel gesetzt, dass bis 2003 25% aller Auftragsvergaben elektronisch erfolgen.

Selbst wenn einige befürchten, dass manche Unternehmen auf Grund ihres informationstechnischen Rückstands von elektronisch vergebenen Aufträgen ausgeschlossen sein könnten, ist die Entwicklung nach zutreffender Auffassung der Kommission³⁵ nicht mehr aufzuhalten. Die Zulassung elektronischer Mittel im öffentlichen Auftragswesen macht es unter anderem notwendig, dass sie im Hinblick auf den Austausch von Informationen mit den herkömmlichen Mitteln gleichgestellt werden, um eine stärkere Verwendung der elektronischen Mittel in der Zukunft zu fördern. Der bisherige Verlauf des Rechtsetzungsverfahrens lässt die Einführung elektronischer Beschaffungsmechanismen in der von der Kommission gewünschten Form als sicher erscheinen.

Außerdem dürften elektronische Systeme zur Vergabe öffentlicher Aufträge zu einem erheblichen Zeitgewinn bei der Abwicklung eines Verfahrens führen. Auf Grund der elektronischen Übermittlung kann die derzeit – außer bei beschleunigten Verfahren – geltende Zwölf-Tages-Frist für die Übermittlung an das Amt für Veröffentlichungen und für die Veröffentlichung im Amtsblatt verkürzt werden. Die maximale Frist für die Veröffentlichung kann dementsprechend auf fünf Tage festgesetzt werden.

c) Wettbewerblicher Dialog

Ein wettbewerblicher Dialog ist im Rahmen von offenen und nichtoffenen Vergabeverfahren nicht vorgesehen³⁶. Hier gilt das Verhandlungsverbot des § 24 VOL/A und VOB/A. Die geltenden Bestimmungen für das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Veröffentlichung einer Bekanntmachung betreffen nur Ausnahmefälle und müssen nach der geltenden Rechtsprechung des EuGH restriktiv ausgelegt werden³⁷. Die bestehenden Beschränkungen sind nach Meinung der Kommission nicht mehr zeitgemäß und nicht immer hinreichend³⁸.

Auch nach den jetzigen Richtlinien ist es möglich, vor einem „normalen“ Vergabeverfahren einen „technischen Dialog“ zu führen oder einen Dienstleistungsauftrag zu erteilen, in dessen Folge zum Beispiel ein Vertrag über Lieferungen oder Arbeiten geschlossen wird, oder einen Wettbewerb für die Planung auszuschreiben, in dessen Folge ein Vertrag über Bauarbeiten, Lieferungen oder Dienstleistungen geschlossen wird. Bei einem technischen Dialog kann das Unternehmen, das den Auftraggeber im Rahmen dieses Dialogs bei der Festlegung der Spezifikationen unterstützt, nicht an dem darauffolgenden und auf diesen Spezifikationen basierenden Vergabeverfahren teilnehmen, da dies einem gesunden Wettbewerb widerspricht³⁹. Auch bei geteilten Aufträgen (Studienvertrag oder Wettbewerb) ist es nicht möglich, dass das Unternehmen, das das Konzept erarbeitet, auch das Projekt durchführt.

Der wettbewerbliche Dialog ist ein Verfahren, an dem jeder Bieter teilnehmen kann und bei dem der Auftraggeber einen Dialog mit dem zu diesem Verfahren zugelassenen Bewerbern führt, um eine oder mehrere Lösungen herauszuarbeiten, die geeignet sind, seine Anforderungen zu erfüllen und auf deren Grundlage die zugelassenen Bewerber zur Abgabe ihrer Angebote aufgefordert werden⁴⁰. Der wettbewerbliche Dialog soll Auftraggebern helfen, mit besonders komplexen Fällen zurecht zu kommen. Diese liegen vor, wenn Auftraggeber objektiv nicht in der Lage sind, die technischen, rechtlichen oder finanziellen Mittel zu bestimmen, mit denen ihre Bedürfnisse am besten erfüllt werden können. Es kann aber auch sein, dass die Auftraggeber innovative Lösungen ermöglichen wollen oder aber objektiv nicht in der Lage sind zu beurteilen, was der Markt an technischen oder finanziellen Lösungen zu bieten hat. Ein solcher Fall ist zum Beispiel gegeben, wenn ein öffentlicher Auftraggeber objektiv nicht im Vorhinein entscheiden kann, ob für die wirtschaftlich günstigste Lösung eine Finanzierung durch die öffentliche Hand, ein Modell mit Risikoteilung oder eine zur Gänze vom privaten Sektor getragene Lösung vorzusehen wäre.

aa) Voraussetzungen des wettbewerblichen Dialogs

Der Richtlinienvorschlag stellt entsprechend Art. 29 LDB-Richtlinie zwei Bedingungen zur Durchführung des wettbewerblichen Dialogs:

- das Zuschlagskriterium muss das Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots sein, da bei einem komplexen Auftrag der Preis allein kein angemessenes Kriterium ist;
- der komplexe Charakter des Auftrags muss vom Auftraggeber festgestellt werden und objektiv zu rechtfertigen sein.

Der öffentliche Auftraggeber kann sich nicht darauf beschränken zu bestätigen, dass er nicht in der Lage ist, technische Mittel zu definieren oder die Lösungen zu beurteilen, die der Markt zu bieten hat⁴¹. Er muss also nachweisen, dass er bedingt durch den besonderen Charakter des Auftrags objektiv nicht in der Lage ist, dies zu tun. Je nach Auftrag muss der Auftraggeber nachweisen, dass sein Auftrag der erste dieser Art ist oder dass er unverhältnismäßig viel Geld und/oder Zeit hätte investieren müssen, um die nötigen Kenntnisse zu erlangen.

bb) Durchführung des wettbewerblichen Dialogs

Im Rahmen des wettbewerblichen Dialogs nach Art. 30 LDB-Richtlinie veröffentlicht der Auftraggeber eine Bekanntmachung, in der er die interessierten Parteien zur Teilnahme auffordert und seine Ziele erläutert. Ferner gibt er die Eignungskriterien und die Zuschlagskriterien an. Sie gelten für die gesamte Dauer des Verfahrens. Im Anschluss daran hat der Auftraggeber zwei Möglichkeiten:

Der Auftraggeber veröffentlicht eine Bekanntmachung, wählt die Bewerber aus und verhandelt mit ihnen über die Mittel und die Lösungen, mit denen seine Anforderungen erfüllt werden können. Im Anschluss daran eröffnet der Auftraggeber mit den ausgewählten Bewerbern den Dialog. Im Änderungsvorschlag der Kommission ist nunmehr in Art. 30 Nr. 4 LDB-Richtlinie vorgesehen, dass das Verfahren in mehreren Phasen durchgeführt werden kann, um die Zahl der Lösungsvorschläge, die während der Dialogphase erörtert werden müssen, durch Anwendung der in der Ausschreibung oder der Beschreibung genannten Zuschlagskriterien zu reduzieren. Er überprüft die Eignung der Bewerber für die gewählte technische Lösung und fordert alle oder eine begrenzte Zahl Bewerber auf, ein Angebot abzugeben.

34) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 4, Nr. 2 ff; Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, S. 13, Nr. 3 ff; vgl. Tagungsprotokolle des Rates (u. Fußn. 95) und Stellungnahmen der Ausschüsse (o. Fußn. 22), S. 56, S. 62 ff, S. 111 ff; S. 186 ff. Die Kommission ist in ihrem Änderungsvorschlag (o. Fußn. 22, S. 21 ff) dem europäischen Parlament gefolgt und will die Nutzung von Online-Auktionen ermöglichen.

35) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 5, Nr. 2.2.; vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, S. 14, Nr. 3.2.

36) Vgl. Jasper, VOB/B-Kommentar, § 3 a VOB/A Rdnrn. 14 ff.

37) Vgl. Jasper (o. Fußn. 31), § 3 a VOB/A Rdnr. 30, § 3 VOB/A, Rdnrn. 40 ff.

38) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 5, Nr. 3.1 ff.

39) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 6, Nr. 3.2 ff.

40) Vgl. Änderungsvorschlag (o. Fußn. 22 S. 9, 10). Der wettbewerbliche Dialog darf nicht dazu dienen, den Wettbewerb zu beschränken oder zu verzerren, insbesondere durch die Änderung wesentlicher Elemente der Angebote oder die Einführung neuer grundlegender Elemente oder dadurch, dass dem erfolgreichen Bieter neue grundlegende Elemente auferlegt werden, oder indem ein anderer Bieter ausgewählt wird als der, der das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben hat.

41) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 7, Nr. 3.8, S. 21, Begründung zu Art. 29. Die anderen bereits bestehenden Voraussetzungen für Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Bekanntmachung bleiben unverändert.

Der Auftraggeber führt den Dialog bis zu dem Punkt, an der er, erforderlichenfalls nach Vergleich, die Lösung oder Lösungen findet, die geeignet ist/sind, ihre Anforderungen zu erfüllen. Nachdem er den Abschluss des Dialogs erklärt und die Teilnehmer davon unterrichtet hat, fordert der Auftraggeber diese dazu auf, ihr endgültiges Angebot auf der Grundlage der Lösungen abzugeben, die im Laufe des Dialogs vorgeschlagen und spezifiziert wurden. Der Auftraggeber bewertet die eingegangenen Angebote anhand der in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien und wählt das wirtschaftlich günstigste Angebot aus. Auf Anfrage des Auftraggebers kann der Bieter, der das wirtschaftlich günstigste Angebot vorgelegt hat, aufgefordert werden, einzelne Aspekte seines Angebots zu erläutern oder die in dem Angebot unternommenen Verpflichtungen zu bestätigen, vorausgesetzt, dass das nicht zur Änderung wesentlicher Elemente des Angebots oder der Ausschreibung, zur Wettbewerbsverzerrung oder zur Diskriminierung führt⁴².

Um den berechtigten Bedenken der Wirtschaft im Hinblick auf die Aneignung fremden geistigen Eigentums Rechnung zu tragen, ist vorgesehen, dass der Auftraggeber bei diesen Beratungen die Lösungsvorschläge sowie vertrauliche Informationen der einzelnen Bewerber nicht an die anderen Bewerber weitergeben darf.

Der Bundesverband der deutschen Gas- und Wasserwirtschaft e. V. (BGW) hat am 30. 8. 2000 zum Legislativpaket der Europäischen Kommission zur Novellierung der EG-Vergaberichtlinien Stellung genommen. Der BGW unterstützt überwiegend die von der Kommission vorgesehenen Änderungen. Er lehnt allerdings die Einführung eines wettbewerblichen Dialogs in der ursprünglichen Form mit der Begründung ab, dass Vorteile gegenüber dem Verhandlungsverfahren nicht ersichtlich seien. Der wettbewerbliche Dialog sei nicht mehr als eine eigenständige Variante des Verhandlungsverfahrens, die zusätzliche Bürokratie verursache⁴³.

d) Rahmenvereinbarungen

Die Vergabe von Rahmenvereinbarungen ist nach derzeitiger Rechtslage ein Privileg der Sektorauftraggeber⁴⁴. Im Bereich der Sektorenrichtlinie ergeben sich daher durch die Vorschläge der WEV-Richtlinie wenig Änderungen. Eine „Rahmenvereinbarung“ gem. Art. 1 Nr. 7 WEV-Richtlinie ist eine Vereinbarung zwischen einem Auftraggeber und mindestens einem Wirtschaftsteilnehmer, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge. Die Auftraggeber können nach Art. 13 eine Rahmenvereinbarung als Auftrag von Art. 1 II ansehen und gemäß dieser Richtlinie vergeben. Diese Regelung entspricht der früheren Bestimmung des Art. 5 SKR⁴⁵.

Mit der in Art. 1 Nr. 7 LDB-Richtlinie neu eingeführten „Rahmenvereinbarung“ verpflichten sich die Wirtschaftsteilnehmer zur Einhaltung bestimmter, vom Auftraggeber festgelegter Bedingungen für die Aufträge, die im Rahmen der Vereinbarung vergeben werden. Sie ist – wie bei der Sektorenrichtlinie – eine Vereinbarung zwischen mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem Auftraggeber, auf Grund derer der Auftraggeber bis zum Zeitpunkt der Vergabe, die Parteien dieser Vereinbarung auf der Grundlage der Angebote, die sie eingereicht haben, nach objektiven Kriterien, wie Qualität, Quantität, technischer Wert, Lieferfristen bzw. Ausführung der Arbeiten und Preisen den Auftragnehmer auswählt.

Von der Kommission wurde die Notwendigkeit gesehen, in den Richtlinien Beschaffungstechniken vorzusehen, die es den Auftraggebern erlauben, von der Entwicklung der Waren und Preise zu profitieren. Sie hat festgestellt, dass es bei Märkten, die ständig in Bewegung sind, wie z. B. dem Waren- und dem Dienstleistungsmarkt im Bereich der Informationstechnologien, vom wirtschaftlichen Standpunkt aus schwer vertretbar ist, die Auftraggeber an feste Preise und feste Bedingungen zu binden⁴⁶.

Rahmenvereinbarungen sind keine öffentlichen Aufträge im Sinne dieser LDB-Richtlinie; es handelt sich nicht um Verträge, da bestimmte Punkte nicht festgelegt sind, und sie können nicht zur Ausführung von Leistungen nach Art eines Vertrags führen. Rahmenvereinbarungen werden für wiederkehrende Beschaffungen verwendet, um bestimmte Wirtschaftsteilnehmer auszuwäh-

len, die zum gegebenen Zeitpunkt die Bedürfnisse des Auftraggebers erfüllen können. Mit dieser Form der „Vereinbarung“ zwischen Auftraggeber und Wirtschaftsteilnehmern kann der Auftraggeber nach geltendem Recht nur von der Verpflichtung befreit werden, die Verfahren der Richtlinie für jeden Einzelnen – infolge einer Bestellung – vergebenen Auftrag zu befolgen, wenn der jeweilige Auftragswert oberhalb der Schwellenwerte liegt. Angesichts der fortschreitenden Entwicklung der Märkte für bestimmte Waren und Dienstleistungen ermöglichen diese Vereinbarungen Beschaffungen zu günstigeren Konditionen und verhindern, dass für jeden Auftrag bei wiederkehrenden Aufträgen die Verfahren wiederholt werden müssen. Auf diese Weise sind die Auftraggeber nicht mehr verpflichtet, für jeden Auftrag, der Bestandteil einer solchen Vereinbarung ist, die normalen Verfahren dieser Richtlinie anzuwenden.

Der Abschluss einer Rahmenvereinbarung unterliegt zwei Voraussetzungen:

- die Rahmenvereinbarung selbst muss nach Maßgabe der LDB-Richtlinie geschlossen worden sein.
- Aufträge auf der Grundlage von Rahmenvereinbarungen müssen unter Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Wahl des Bieters vergeben werden.

Vor Vergabe jedes Einzelauftrags wendet sich der Auftraggeber gem. Art. 32 Ia LDB-Richtlinie schriftlich an alle Wirtschaftsteilnehmer, die Parteien der Rahmenvereinbarung sind. Die Wirtschaftsteilnehmer legen gem. Art. 32 Id LDB-Richtlinie schriftlich Angebote vor, mit denen das ursprüngliche Angebot an die Entwicklungen des Markts (z. B. in Bezug auf veraltete Technik oder entscheidende Preisveränderungen)⁴⁷ angepasst werden kann. Die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung ist gem. Art. 32 Nr. 3 LDB-Richtlinie auf grundsätzlich 3 Jahre beschränkt, um einen effektiven Wettbewerb sicherzustellen⁴⁸. Damit sollen Missbräuche und deren Folgen für den Wettbewerb (insbesondere das Risiko von Absprachen) vermieden werden.

e) Technische Spezifikationen

Der Auftraggeber erstellt entsprechend Art. 23 I LDB-Richtlinie/Art. 33 I WEV-Richtlinie für jeden Auftrag Verdingungsunterlagen, welche die Informationen der Ausschreibung erläutern und ergänzen. Sie enthalten nur technische Spezifikationen, die Art. 24 LDB-Richtlinie/Art. 34 WEV-Richtlinie entsprechen; sind Änderungsvorschläge zugelassen, gelten die Bestimmungen des Art. 25 LDB-Richtlinie/Art. 36 LDB-Richtlinie. Im Sinne des Änderungsvorschlags, ist eine „technische Spezifikation“⁴⁹ eine

42) Im Änderungsvorschlag (o. Fußn. 22), S. 11, ist weiterhin vorgesehen, dass der Auftraggeber für die Teilnehmer Sach- und Geldpreise vorsehen kann.

43) Vgl. Stellungnahme des BGW v. 30. 8. 2000, <http://www.bundesverband-gas-und-wasser.de/publik/recht/eg-vergaberichtlinie.htm>.

44) Vgl. Sterner, VOB-Kommentar, § 4 SKR Rdnr. 5 m. w. Nachw; vgl. auch § 5 b VOL/A (Rahmenvereinbarung).

45) Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, S. 22, Nr. 13; vgl. auch Änderungsvorschlag der Kommission (o. Fußn. 22), S. 24.

46) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 8, Nr. 4.1. Die Änderungsvorschläge (o. Fußn. 22) S. 55 ff. der Ausschüsse gehen dahin, dass bei geistigen Dienstleistungen und öffentlichen Bauaufträgen Rahmenvereinbarungen nicht zulässig sein sollen.

47) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 9, Nr. 4.4.

48) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 9, Nr. 4.6.

49) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 155, Anhang VI (Definition bestimmter technischer Spezifikationen); vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, S. 166, Anhang XX (Definition bestimmter technischer Spezifikationen) und Anhang VII, S. 163 (Technische Spezifikationen für die Veröffentlichung); vgl. auch § 8 a VOL/A und Anhang TS Technische Spezifikationen); Änderungsvorschlag der Kommission (o. Fußn. 22), S. 16.

Spezifikation, die in einem Schriftstück enthalten ist und die Merkmale für ein Erzeugnis oder eine Dienstleistung vorschreibt, wie Qualitätsstufen, Umweltleistung, Konzeption für alle Anforderungen (einschließlich des Zugangs von Behinderten) und Konformitätsbewertungen, Gebrauchstauglichkeit, Verwendung des Erzeugnisses, Sicherheit oder Abmessungen, einschließlich der Vorschriften über Verkaufsbezeichnung, Terminologie, Symbole, Prüfungen und Prüfverfahren, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung der Gebrauchsanleitungen, sowie über Produktionsverfahren und -methoden und sowie über Konformitätsbewertungsverfahren Auskunft gibt. Jede Bezugnahme auf eine technische Spezifikation ist mit dem Hinweis „oder gleichwertiger Art“ zu versehen. Eine „Norm“ ist eine technische Spezifikation, die von einem anerkannten Normungsgremium zur wiederholten oder ständigen Anwendung angenommen wurde, deren Einhaltung jedoch nicht zwingend vorgeschrieben ist und die unter eine der nachstehend genannten Kategorien fällt⁵⁰:

- Internationale Norm: Norm, die von einer internationalen Normungsorganisation angenommen wurde und der Öffentlichkeit zugänglich ist;
- Europäische Norm: Norm, die von einem europäischen Normungsgremium angenommen wurde und der Öffentlichkeit zugänglich ist;
- Nationale Norm: Norm, die von einem nationalen Normungsgremium angenommen wurde und der Öffentlichkeit zugänglich ist.

Die gegenwärtigen Bestimmungen⁵¹ zwingen die Auftraggeber dazu, sich bei der Festlegung von technischen Spezifikationen an eine begrenzte Anzahl von Kriterien zu halten. Auf diese Weise soll vermieden werden, dass irgendein Bieter oder ein Hersteller eines bestimmten Landes bevorzugt wird. Die Anwendung dieser Bestimmungen hat in einigen Fällen nach Auffassung der Kommission dazu geführt, dass die technische Norm als verbindlich angesehen wird. Dies kann wiederum die Auswahl des Auftraggebers auf normgerechte Waren und Leistungen beschränken, womit ein indirekter Zwang vorliegen würde. Letztendlich würden dadurch technische Neuerungen verhindert.

In den interpretierenden Mitteilungen der Kommission⁵² wird hervorgehoben, dass die Auftraggeber die Möglichkeit haben, technische Spezifikationen festzulegen, die den Gegenstand des Auftrages näher bestimmen, sofern diese Vorgaben der Vergaberichtlinien über die Bezugnahme entsprechen und nicht zur Folge haben, dass ein Bieter ausgeschlossen oder bevorzugt wird.

Der wichtigste Änderungsvorschlag in Art. 24 LDB-Richtlinie/Art. 34 WEV-Richtlinie stützt sich auf den Ansatz, nach dem die Spezifikationen für den Auftrag in Leistungsanforderungen ausgedrückt werden können. Bei all dem ist zu berücksichtigen, dass eine technische Spezifikation die Grundfreiheiten nicht in un gerechtfertigter Weise beeinträchtigen darf. Die Leistungsanforderungen müssen hinreichend genau formuliert werden, damit die Angebote vergleichbar sind und der Auftrag ohne Verhandlung vergeben werden kann⁵³.

f) Zuschlagskriterien

Unverändert bleibt zunächst die Regelung, wonach es bei der Erteilung des Zuschlags ausschließlich auf das Kriterium des niedrigsten Preises ankommen kann (Art. 53 Ia LDB-Richtlinie, Art. 54 Ib WEV-Richtlinie).

Änderungen sollen sich in anderen Bereichen ergeben. Die Bestimmungen der gegenwärtigen Richtlinien über die Zuschlagskriterien besagen, dass die Zuschlags- und Eignungskriterien in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen aufgeführt werden, und zwar „sofern möglich“ in der absteigenden Rangfolge ihrer Bedeutung für den Auftraggeber⁵⁴.

Bei der bisherigen Rechtslage verfügen die Auftraggeber bei der Erteilung des Zuschlags nach wie vor über einen erheblichen Ermessensspielraum, selbst wenn sie die Zuschlagskriterien in der absteigenden Rangfolge ihrer Bedeutung bekannt gemacht haben⁵⁵. Gibt der Auftraggeber lediglich eine absteigende Rangfolge an, hat er natürlich noch immer die Möglichkeit, die einzelnen Kriterien bei der Bewertung unterschiedlich zu gewichten und ihnen so einen relativen Wert beizumessen, der den Bietern nicht bekannt ist. Die fehlende Transparenz kann dazu führen, dass einige Auftraggeber – auch nach Öffnung der Angebote – das eine oder andere Kriterium bevorzugen, und ihm (ihnen) damit eine unerwartete bzw. unvorhersehbare Bedeutung bei-

messung. So kann bei zwei Kriterien eine Rangfolge dazu führen, dass dem ersten Kriterium sowohl ein Wert von 90% als auch von 51% zugeteilt werden kann.

Bisher ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, bereits zu Beginn des Vergabeverfahrens eine Gewichtung der einzelnen Kriterien anzugeben. Somit ist die endgültige Wahl des Auftraggebers schwer zu kontrollieren. In der entscheidenden Phase der Auftragsvergabe kann das Fehlen der nunmehr vorgeschlagenen Regelung dazu führen, dass die Bestimmungen, welche die vorherigen Phasen des Vergabeverfahrens regeln, ihren Sinn und Zweck verlieren. Alle diese Regelungen sollen dafür sorgen, dass die Rechte der Bieter und vor allem die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz beachtet werden⁵⁶.

Bei komplexen Aufträgen kann allerdings die Angabe der Gewichtung der einzelnen Kriterien in der Bekanntmachung besonders schwierig werden. Die Bestimmungen müssen also eine Möglichkeit vorsehen, von der genannten Verpflichtung abzuweichen. Andererseits muss darauf geachtet werden, dass die Gewichtung allen Bietern im Zeitpunkt der Angebotserstellung bekannt ist. Von der Kommission wird daher in Art. 53 III 2 LDB-Richtlinie eine Ausnahmeregelung vorgesehen, wonach die Gewichtung spätestens in der Aufforderung zur Angebotsabgabe (bei nichtoffenen und Verhandlungsverfahren) oder in der Aufforderung zum Dialog (bei Verhandlungsverfahren über beson-

50) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlages über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 155, Anhang VI (Definition bestimmter technischer Spezifikationen); vgl. Begründung des Richtlinienvorschlages über die Koordinierung der Verfahren der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, S. 166, Anhang XX (Definition bestimmter technischer Spezifikationen); Änderungsvorschlag der Kommission (o. Fußn. 22), S. 13.

51) Die Richtlinien 93/36/EWG, 93/37/EWG und 92/50/EWG über Liefer-, Bau- bzw. Dienstleistungsaufträge enthalten im Anhang II analoge Vorschriften hinsichtlich gemeinsamer Bestimmungen. Die „Sektorenrichtlinie“ 93/38/EWG enthält im wesentlichen die gleichen Bestimmungen.

52) Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15.310. 2001, KOM (2001) (566) endg., Nr. 1.2, S. 8; Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 4. 7. 2001, KOM 2001 (274) endg., Nr. I, S. 8. Technische Spezifikationen sollen nach den Änderungsvorschlägen der Ausschüsse (o. Fußn. 22) S. 37 ff, S. 123 ff, S. 153, S. 173 ff, auch europäische Umweltzeichen sein, die nach gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen erlassen oder in offenen, transparenten, diskriminierungsfreien Verfahren unter gleichberechtigter Einbeziehung aller beteiligten Kreise entwickelt wurden. In dem Änderungsvorschlag der Kommission (o. Fußn. 22) S. 3 ff, 12 ff sind die Anregungen zur Aufnahme von Umweltschutzgesichtspunkten, insbesondere im Hinblick auf Umweltzeichen, aufgegriffen worden.

53) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlages über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 19, Erläuterungen zu Art. 24; vgl. Begründung des Richtlinienvorschlages über die Koordinierung der Verfahren der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, S. 30, Erläuterungen zu Art. 34.

54) Art. 36 II DKR, Art. 26 II LKR, Art. 30 II BKR und Art. 34 II SKR; vgl. auch § 9 a VOL/A.

55) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlages über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 10, Nr. 6.2; vgl. Begründung des Richtlinienvorschlages über die Koordinierung der Verfahren der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, S. 16, Nr. 5.2.

56) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlages über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 10, Nr. 6.2; vgl. Begründung des Richtlinienvorschlages über die Koordinierung der Verfahren der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, S. 16, Nr. 5.2. Die Zuschlagskriterien sollen nach Auffassung der Ausschüsse (s. o. Fußn. 22) S. 76 ff, S. 113 ff, S. 139 ff, S. 161 ff, S. 195 ff, insbesondere um Umweltschutzpunkte, Arbeitsschutz, Arbeitsbedingungen, Tarifverträge und sozialpolitische Aspekte erweitert werden. Die Kommission hat in ihrem Änderungsvorschlag (o. Fußn. 22) S. 15 ff insbesondere die Umweltschutz- Arbeitsschutzkriterien, Arbeitsbedingungen und Tarifverträge übernommen.

ders komplexe Aufträge) bekannt gemacht wird. Bei offenen Verfahren kann das Fehlen des Hinweises auf die Gewichtung zu Beginn des Verfahrens dazu führen, dass das Verfahren mit einem Nichtigkeitsmangel behaftet ist.

g) Eignungsbestimmungen

In Art. 46 I LDB-Richtlinie wurde eine neue Verpflichtung eingeführt, wonach der Auftraggeber verpflichtet ist, Bieter vom Vergabeverfahren auszuschließen, die letztinstanzlich wegen der Zugehörigkeit zu einer kriminellen Vereinigung, wegen Bestechung oder wegen Betrugs verurteilt sind⁵⁷. Nach Art. 53 IV LDB-Richtlinie können die Ausschlussgründe des Art. 46 LDB-Richtlinie auch Kriterien für ein Verfahren nach der WEV-Richtlinie sein. Nach den bisherigen Recht ist ein Ausschluss von Bietern erlaubt, „die mit rechtskräftigem Urteil aus Gründen bestraft worden sind, die ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellen“ oder „die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen haben, die von den öffentlichen Auftraggebern nachweislich festgestellt wurden“⁵⁸.

Die Vorschläge sollen eine weitere Verstärkung der Gemeinschaftsmaßnahmen im Kampf gegen das organisierte Verbrechen, gegen Bestechung und gegen Betrug finanzieller Interessen der Gemeinschaft sein.

h) Schwellenwerte

Die geltenden Richtlinien sehen unterschiedliche Schwellenwerte vor. Es ist häufig nicht einfach, die für einen bestimmten Auftrag geltenden Schwellenwerte zu bestimmen⁵⁹.

aa) Schwellenwerte der klassischen Richtlinien

Für Aufträge nach Maßgabe der DKR gelten entsprechend Art. 7 DKR folgende Schwellenwerte:

- 200 000 €⁶⁰ für Aufträge, die von den zentralen und von den nicht zentralen Behörden vergeben werden⁶¹,
- der Schwellenwert von 130 000 SZR⁶² ausgedrückt in € (derzeit 139 312 €) gilt für alle Aufträge, die von den Regierungsbehörden des Anhangs I der Dienstleistungsrichtlinie vergeben werden⁶³,
- der Schwellenwert von 200 000 SZR ausgedrückt in € (derzeit 214 326 €) gilt für Dienstleistungsaufträge, die nicht von zentralen Regierungsbehörden vergeben werden⁶⁴.

Bei Bauaufträgen nach Maßgabe der BKR gibt es entsprechend Art. 6 BKR zwei unterschiedliche Schwellenwerte:

- Der Schwellenwert von 5 000 000 Ecu (jetzt €) gilt für Konzessionsverträge und Aufträge i. S. von Art. 2 I (Aufträge, die zu mehr als 50% vom Auftraggeber subventioniert werden).
- Für alle anderen Bauaufträge gilt ein Schwellenwert von 5 000 000 SZR ausgedrückt in € (derzeit 5 358 153 €).

Für Lieferaufträge nach Maßgabe der LKR gelten entsprechend Art. 5 LKR folgende Schwellenwerte:

- Ein Schwellenwert von 130 000 SZR ausgedrückt in € (derzeit 139 312 €) gilt für Lieferaufträge, die von den zentralen Regierungsbehörden vergeben werden⁶⁵,
- Des Weiteren
- gilt ein Schwellenwert von 200 000,00 SZR ausgedrückt in € (derzeit 214 326,00 €) für Lieferaufträge, die nicht von zentralen Regierungsbehörden vergeben werden und für Aufträge, die von zentralen Regierungsbehörden im Bereich der Verteidigung vergeben werden und Waren des Anhangs II der genannten Richtlinie betreffen.

bb) Richtlinienvorschlag LDB

Entsprechend Art. 8 LDB-Richtlinie sollen folgende Schwellenwerte gelten:

- (1) 130 000 €
 - bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die von zentralen Regierungsbehörden als Auftraggebern vergeben werden (Auswärtiges Amt und Bundesministerien)⁶⁶,
- (2) 200 000 €
 - bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die von anderen als den oben genannten Auftraggebern vergeben werden;
 - bei öffentlichen Lieferaufträgen, die von oben genannten Auftraggebern im Verteidigungsbereich vergeben werden, sofern es sich um Aufträge über Waren handelt, die nicht in Anhang V LDB-Richtlinie aufgeführt sind.
- (3) 5 300 000 € bei öffentlichen Bauaufträgen unabhängig vom Auftraggeber.

cc) Schwellenwerte Sektorenrichtlinie

Gegenwärtig sind in der Sektorenrichtlinie eine Vielzahl von Schwellenwerten vorgesehen⁶⁷:

- 5 000 000 €⁶⁸ für Bauaufträge, die von Auftraggebern vergeben werden, die nicht unter das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen fallen (d. h. die Bereiche Gas, Wärme, Erdöl- und Gasförderung, Förderung von festen Brennstoffen, Eisenbahnverkehr – außer städtischen Eisenbahnen – und Telekommunikation),
- 5 000 000 SZR⁶⁹ ist der Schwellenwert für die Vergabe von Bauaufträgen durch Auftraggeber, die unter das Übereinkommen fallen (Wasser, Elektrizität, städtischer Verkehr, Häfen und Flughäfen),

57) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 27, Anmerkung zu Art. 46; vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, S. 16, Nr. 5.2. Vgl. auch Änderungsvorschlag der Kommission (o. Fußn. 22), S. 20, 46. Sofern das nationale Recht diesbezügliche Bestimmungen enthielt, können rechtskräftige Urteile wegen Verstoßes gegen das Umweltrecht oder wegen unrechtmäßiger Absprachen bei öffentlichen Aufträgen genauso behandelt werden, wie Urteile wegen Delikten, die die berufliche Zulässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers infrage stellen, beziehungsweise schwere berufliche Verfehlungen.

58) Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15. 10. 2001, KOM (2001) (566) endg., Nr. 1.3.1, S. 11.

59) Vgl. die sehr ausführliche Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 11 ff, Nr. 7; vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, S. 16, 17 ff, Nr. 6. Die Schwellenwerte sind einheitlich in § 2 VgV geregelt.

60) Ausgedrückt in Ecu in den Richtlinien, die vor der Einführung des € in Kraft getreten sind. Zur Erinnerung: 1 Ecu entspricht 1 €.

61) Und folgende Dienstleistungen zum Gegenstand haben: Dienstleistungen des Anhangs I Teil A Kategorie 8 (Forschung und Entwicklung), bestimmte Telekommunikationsdienstleistungen nach Anhang I Teil A Kategorie 5 mit der CPV-Referenznummer 7524, 7525 oder 7526. Dieser Schwellenwert gilt außerdem für alle Aufträge über Dienstleistungen des Anhangs I Teil B und für Aufträge nach Maßgabe des Artikels 3 Absatz 3, d. h. für Aufträge, die zu mehr als 50% subventioniert werden.

62) Die SZR sind eine Referenzwährung, die vom Internationalen Währungsfonds festgelegt und im Beschaffungsübereinkommen verwendet wird.

63) Sofern die entsprechenden Aufträge nicht unter die vorgenannten Kategorien des Anhangs I Teil A fallen, nämlich Kategorie 8 (Forschung und Entwicklung) und Kategorie 5 mit der CPV-Referenznummer 7524, 7525 oder 7526.

64) Und die Dienstleistungen des Anhangs I Teil A betreffen, außer die in der Kategorie 8 (Forschung und Entwicklung) und in der Kategorie 5 (Telekommunikationsdienstleistungen mit der CPV Referenznummer 7524, 7525 oder 7526) genannt sind.

65) Dies gilt für Aufträge, die in Anhang I der Richtlinie 93/36 aufgeführt sind. Im Bereich der Verteidigung gilt dieser Schwellenwert jedoch nur für Aufträge über Waren des Anhangs II der genannten Richtlinie.

66) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, Anhang IV, S. 114. Die Änderungsvorschläge der Ausschüsse (o. Fußn. 22) S. 29, S. 102, S. 169 ff zielen auf eine deutliche Erhöhung der Schwellenwerte (statt 130 000 € 200 000 € bzw. 260 000 €, statt 200 000 € 300 000 € bzw. 400 000 €, statt 5 300 000 € 7 000 000 € bzw. 10 600 000 €) ab. Die aktuellen Schwellenwerte hätten keinen vermehrten grenzüberschreitenden Austausch erbracht. Zudem sei der Verwaltungsaufwand insbesondere bei Projekten knapp oberhalb der bisherigen Schwellenwerte unverhältnismäßig hoch. Die Europäische Kommission (o. Fußn. 22), S. 47, ist zu einer Erhöhung der Schwellenwerte nicht bereit.

67) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, S. 16, 17 ff, Nr. 6.

68) Der in der Richtlinie in Ecu ausgedrückt wird, weil diese vor der Einführung des € verabschiedet wurde. Zur Erinnerung: 1 Ecu entspricht 1 Euro;.

69) Für den Zeitraum vom 1. 1. 2000 bis 31. 12. 2001 entspricht dies 5 358 153 €.

- 600 000 € beträgt der Schwellenwert für Auftraggeber im Telekommunikationssektor,
- 400 000 € für Auftraggeber in Wirtschaftszweigen, die nicht unter das Beschaffungsübereinkommen fallen,
- 400 000 SZR für unter das Übereinkommen fallende Auftraggeber den Gegenwert in €⁷⁰,
- 600 000 € beträgt der Schwellenwert für Auftraggeber im Dienstleistungssektor im Telekommunikationssektor,
- 400 000 € für Auftraggeber, die unter das Beschaffungsübereinkommen fallen⁷¹,
- 400 000 € bei Dienstleistungsaufträgen von Auftraggebern, die unter das Beschaffungsübereinkommen fallen⁷²,
- 400 000 SZR⁷³ für Aufträge, die von Auftraggebern, welche unter das Beschaffungsübereinkommen fallen, vergeben werden.

dd) Regelungsvorschlag WEV-Richtlinie

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, dass die gegenwärtigen Schwellenwerte alles andere als einfach oder leicht anwendbar sind. Ein weiterer Faktor, der Verständnis und Anwendung der geltenden Bestimmungen erschwert, ist der Umstand, dass sie sich auf den Gegenwert von X Sonderziehungsrechten in € beziehen und die Berechnung dieser Beträge alles andere als „runde Ergebnisse“ ergibt. Es ist daher nach Auffassung der Kommission dringend erforderlich, die Schwellenwerte im Einklang mit den internationalen Verpflichtungen der Gemeinschaft zu vereinfachen.

Die geplante Richtlinie gilt gem. Art. 15 WEV-Richtlinie für Aufträge, deren geschätzter Wert ohne MwSt. sich mindestens auf folgenden Beträge beläuft:

- 400 000 € bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen;
- 5 300 000 € bei Bauaufträgen.

i) Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge

Die Verwendung des Gemeinsamen Vokabulars für Öffentliche Aufträge (CPV – Common Procurement Vocabulary) in beiden Richtlinienvorschlägen geht auf eine Empfehlung der Kommission aus dem Jahre 1996 zurück⁷⁴. Seit 1996 wird das Gemeinsame Vokabular systematisch für die Beschreibung des Auftragsgegenstands und die Übersetzung in die elf Amtssprachen aller Bekanntmachungen verwendet, die sich auf die Richtlinien beziehen und im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht werden⁷⁵. Als Vorteil wird von der Kommission angesehen, dass das Gemeinsame Vokabular bei der Auswahl und Identifikation potenzieller Aufträge zu einem unabhängigen Suchkriterium geworden ist.

j) Sonstige Änderungsvorschläge

Die Änderungsvorschläge der Kommission greifen die Teckal Rechtsprechung des EuGH⁷⁶ auf. In dem neu eingeführten Art. 19 a LDB-Richtlinie ist vorgesehen, dass die Richtlinie nicht für öffentliche Aufträge von Auftraggebern gilt, deren Anteile allein er selbst besitzt, sofern

- diese Stelle gegenüber dem Auftraggeber nicht autonom entscheiden kann, weil er über sie eine Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen;
- diese Stelle ihre Tätigkeit nur für den Auftraggeber verrichtet, der ihre Anteile innehat.

Durch die Änderungsvorschläge sollen Missbrauch verhindert und alle Dienstleistungsaufträge abgedeckt werden, die sich auf die Verwaltung von Diensten der Daseinsvorsorge durch die Gemeindeverbände beziehen (Wasserversorgung, Abfallbehandlung).

IV. Richtlinienvorschlag im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung

Ebenfalls unter dem 10. 5. 2000 hat – wie oben dargelegt – die Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung vorgelegt. Die erste Lesung erfolgte – wie bei der LDB-Richtlinie – am 7. 1. 2002 und seit dem 6. 5. 2002 liegt ein geänderter Richtlinienvorschlag der Kommission vor⁷⁷.

1. Vereinfachung durch WEV-Richtlinie

Die nachfolgend dargestellten Änderungen beinhalten keine grundsätzliche Veränderung gegenüber der Sektorenrichtlinie,

sondern allenfalls eine Neustrukturierung und teilweise klarere Formulierungen⁷⁸. Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte wurden die WEVR in vier Titel unterteilt:

- Allgemeine Bestimmungen für Aufträge und Wettbewerbe (Titel I);
- Anwendungsbereich: Definition der Auftraggeber und Tätigkeiten (Titel II);
- Besondere Bestimmungen für Wettbewerbe (Titel III);
- Statistische Pflichten, Durchführungsbefugnisse und Schlussbestimmungen (Titel IV).

Im Interesse der Lesbarkeit ist die WEV-Richtlinie in Kapitel, Abschnitte und Unterabschnitte untergliedert worden⁷⁹. Darüber hinaus hat jedes Kapitel, jeder Abschnitt und Unterabschnitt und jeder Artikel eine Überschrift erhalten, die ein schnelleres Auffinden der entsprechenden Bestimmungen ermöglicht. Eingefügte einführende Bestimmungen enthalten keine zusätzlichen Auflagen, sie sollen vielmehr erläutern, wie die Kapitel und Artikel zusammenhängen. Weiterhin wurde aus Vereinfachungsgründen Artikel zusammengezogen, die sich auf einen Tätigkeitsbereich beziehen.

In Art. 48 I, II WEV-Richtlinie⁸⁰ sind die Bestimmungen über die Informationen zum Ausgang eines Vergabeverfahrens strukturell vereinfacht worden. Sie beinhalten zudem eine wesentliche Änderung, da im Vorschlag die Informationspflicht über den Ausgang eines Vergabeverfahrens auf alle Auftraggeber erweitert wird, während die entsprechenden Bestimmungen der gegenwärtigen Richtlinie lediglich für Auftraggeber der Wirtschaftszweige

⁷⁰ Der in der Richtlinie in Ecu ausgedrückt wird, weil diese vor der Einführung des € verabschiedet wurde. Zur Erinnerung: 1 Ecu entspricht 1 €.

⁷¹ 400 000 Sonderziehungsrechte entsprechen 428 653 € im Zeitraum vom 1. 1. 2000 bis zum 31. 12. 2001.

⁷² Der Schwellenwert beträgt 400 000 € im Falle von Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang XVI Teil B sowie Dienstleistungsaufträgen der Kategorie 8 Forschung und Entwicklung und Telekommunikationsdienstleistungen der Kategorie 5 des Anhangs XVI Teil A mit den CPC-Nummern 7524, 7525 und 7526.

⁷³ Das sind 428 653,00 € für den Zeitraum 1. 1. 2000 bis 31. 12. 2001. Für den Fall, dass für die übrigen Dienstleistungen in Anhang XVI Teil A unterfallen.

⁷⁴ Empfehlung 96/527/EG der Kommission vom 30. 7. 1996 zur Verwendung des Gemeinsamen Vokabulars für öffentliche Aufträge (CPV) für die Beschreibung des Auftragsgegenstands, ABIEG Nr. L 222 v. 3. 9. 1996.

⁷⁵ Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 13, Nr. 8; vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, S. 18, Nr. 7. Entsprechend § 14 VgV sollen bei Bekanntmachungen im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften die Auftraggeber die Bezeichnungen für das öffentlichen Auftragswesen (Common Procurement Vocabulary – CPV) zur Beschreibung des Auftragsgegenstands verwenden.

⁷⁶ Rechtssache C – 107/98 Teckal Srl gegen Gemeinde Viano und AGAC Reggio Emilia, Änderungsvorschlag der Kommission (o. Fußn. 22), S. 33; Änderungsvorschläge der Ausschüsse (o. Fußn. 22) S. 33 ff, EuZW 2000, 246 = NZBau 2000, 90.

⁷⁷ KOM (2000) 276, endgültig 2000/0117 (COD). Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung vom 5. 11. 2001, KOM (2000) 276 – C 5 – 0368/2000 – 2000/0117 (COD); geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Koordination der Auftragsvergabe im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste vom 6. 5. 2002, KOM (2002) 235 endg. 2000/0117 (COD). Der Abänderungsvorschlag zur WEV-Richtlinie ist weitgehend deckungsgleich wie der Änderungsvorschlag zur LDB-Richtlinie; wie in diesem wird z. B. die Anhebung der Schwellenwerte abgelehnt (S. 47).

⁷⁸ Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, S. 171 ff, Anhang XXIII „Entsprechungstabelle“. In der Entsprechungstabelle sind alle Änderungsvorschläge tabellarisch aufgelistet.

⁷⁹ Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, S. 3 Nr. 1.3.

⁸⁰ Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, S. 4 Nr. 2.2.

(Wasser- und Elektrizitätswirtschaft, städtischer Verkehr, Häfen und Flughäfen) gelten, die unter das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen fallen, das im Rahmen der multilateralen Verhandlungen der Uruguay-Runde geschlossen wurde⁸¹.

Art. 51 I WEV-Richtlinie⁸² wurde auf die Auswahl der Teilnehmer eines nicht offenen oder Verhandlungsverfahrens erweitert, da er allgemeine Grundsätze enthält – nämlich die gegenseitige Anerkennung und die Gleichbehandlung – deren Anwendung nicht auf Fälle beschränkt werden kann, in denen die Auftraggeber ein Prüfungssystem anwenden⁸³.

2. Inhaltliche Änderungen

Die Kommission hat sechs Punkte ermittelt, bei denen zur Erreichung der oben genannten Ziele⁸⁴ Änderungen an der Sektorenkoordinierungsrichtlinie vorgenommen werden sollten. Es handelt sich dabei um:

- Überprüfung des Anwendungsbereichs der Sektorenkoordinierungsrichtlinie im Hinblick auf die Liberalisierung der betroffenen Wirtschaftsbereiche;
- Einführung elektronischer Vergabeverfahren⁸⁵;
- Klarere Formulierung der Bestimmungen über technische Spezifikationen⁸⁶;
- Strengere Fassung der Bestimmungen über die Vergabekriterien⁸⁷;
- Vereinfachung bei den Schwellenwerten⁸⁸;
- Einführung eines gemeinsamen Vokabulars für öffentliche Aufträge⁸⁹.

Wenn in den liberalisierten Sektoren Wettbewerb herrscht, ist nach Auffassung der Kommission zu überprüfen, ob die Auflagen der Richtlinie für die Auftraggeber in diesen Bereichen noch gerechtfertigt sind⁹⁰. Die Daseinsberechtigung der SKR ist nämlich das Fehlen von Wettbewerb auf Grund staatlichen Eingreifens durch die Gewährung eines Monopols oder eines Vorrechts für einen Marktteilnehmer. Das Gegengewicht zu diesen vom Staat gewährten Vorrechten bilden Vorschriften über die Veröffentlichung und die Verfahren bei der Vergabe von Aufträgen. Wird festgestellt, dass in einem Bereich echter Wettbewerb herrscht, sollten – nach Auffassung der Kommission – die Auflagen der Richtlinie für diesen Bereich aufgehoben werden.

a) Der Telekommunikationssektor

Der Rechtsrahmen für die Liberalisierung des Telekommunikationssektors stützt sich auf Art. 86 III EG-Vertrag (Liberalisierungsrichtlinien)⁹¹ und Art. 95 EG-Vertrag (Harmonisierungsrichtlinien)⁹². Darüber hinaus ist es entsprechend Art. 81, 82, 86 EGV allen Unternehmen, die Telekommunikationsdienste anbieten, untersagt, in irgendeiner Form den Wettbewerb im gemeinsamen Markt zu beschränken oder zu verzerren.

Der Telekommunikationssektor soll vom Anwendungsbereich beider Richtlinienvorschläge ausgeschlossen werden. Die Änderungen sollen in allen Mitgliedstaaten gleichzeitig in Kraft gesetzt werden, denn die Kommission ist der Überzeugung, dass sich die raschen Fortschritte bei der Liberalisierung fortsetzen und Wirkung zeigen werden, bevor die Richtlinien in Kraft treten können.

Entsprechend Art. 15 LDB-Richtlinie gilt das Öffentliche Auftragswesen nicht für Aufträge, die hauptsächlich den Zweck haben, dem Auftraggeber die Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Telekommunikationsnetze oder die Bereitstellung eines oder mehrerer öffentlicher Telekommunikationsdienste zu ermöglichen. Der Bestimmung liegt die Auffassung zu Grunde, dass Auftraggeber⁹³, die eine Tätigkeit im Telekommunikationssektor ausüben, den Bestimmungen der SKR unterliegen. Dementsprechend fallen Aufträge, die der Ausübung einer solchen Tätigkeit dienen, nicht in den Anwendungsbereich der „klassischen“ Richtlinien.

81) Beschl. 94/800/EG des Rates v. 22. 12. 1994 über den Abschluss der Übereinkünfte im Rahmen der multilateralen Verhandlungen der Uruguay-Runde (1986-1994) im Namen der Europäischen Gemeinschaft in Bezug auf die in ihre Zuständigkeiten fallenden Bereiche (ABIEG Nr. L 336 v. 23. 12. 1994, S. 1).

82) Entspricht Art. 30 V der SKR.

83) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, S. 4 Nr. 2.2.

Gleichzeitig mit diesem Vorschlag legt die Kommission mit der WEV-Richtlinie einen Vorschlag zur Überarbeitung der Sektorenkoordinierungsrichtlinie vor, in dem unter anderem vor-

84) Im Hinblick auf die allgemeinen Ziele der Modernisierung, Vereinfachung und Flexibilität kann auf die Ausführungen unter Nr. III 1 a verwiesen werden. Diese Ziele werden auch vom Europaparlament geteilt (siehe oben Fußn. 76) und in dem Änderungsvorschlag noch einmal ausdrücklich wiederholt (oben Fußn. 76), S. 2.

85) S. dazu oben unter III 1 b.

86) S. dazu oben unter III 2 e.

87) S. dazu oben unter III 2 f.

88) S. dazu oben unter III 2 h.

89) S. dazu oben unter III 2 i.

90) Vgl. auch Begründung des Richtlinienvorschlags über die Koordinierung der Verfahren der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung S. 6 Nr. 2.1.

91) Bei den geltenden Liberalisierungsrichtlinien handelt es sich um: Richtlinie 90/388/EWG der Kommission v. 28. 6. 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste, ABIEG Nr. L 192 v. 24. 7. 1990, S. 10; Richtlinie 94/46/EG der Kommission v. 13. 10. 1994 zur Änderung der Richtlinien 88/301/EWG und 90/388/EWG, insbesondere betreffend die Satelliten-Kommunikation, ABIEG Nr. L 268 v. 19. 10. 1994, S. 15; Richtlinie 95/51/EG der Kommission v. 18. 10. 1995 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Aufhebung der Einschränkungen bei der Nutzung von Kabelfernsehtzen für die Erbringung bereits liberalisierter Telekommunikationsdienste, ABIEG Nr. L 256 v. 26. 10. 1995, S. 49; Richtlinie 96/2/EG der Kommission v. 16. 1. 1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG betreffend die mobile Kommunikation und Personal Communications, ABIEG Nr. L 20 v. 26. 1. 1996, S. 59, und Richtlinie 96/19/EG der Kommission v. 13. 3. 1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABIEG Nr. L 74 v. 22. 3. 1996, S. 13.

92) Bei den geltenden Harmonisierungsrichtlinien handelt es sich um: Richtlinie 87/372/EWG des Rates v. 25. 6. 1987 über die Frequenzbänder, die für die koordinierte Einführung eines europaweiten öffentlichen zellularen digitalen terrestrischen Mobilfunkdienstes in der Gemeinschaft bereitzustellen sind, ABIEG Nr. L 196 v. 17. 7. 1987, S. 85; Richtlinie 90/387/EWG des Rates v. 28. 6. 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision – ONP), ABIEG Nr. L 192 v. 24. 7. 1990, S. 1; Richtlinie 90/544/EWG des Rates v. 9. 10. 1990 über die Frequenzbänder für die koordinierte Einführung eines europaweiten terrestrischen öffentlichen Funkrufsystems in der Gemeinschaft, ABIEG Nr. L 310 v. 9. 11. 1990, S. 28; Richtlinie 91/287/EWG des Rates v. 3. 6. 1991 über das Frequenzband, das für die koordinierte Einführung europäischer schnurloser Digital-Kommunikation (DECT) in der Gemeinschaft vorzusehen ist, ABIEG Nr. L 144 v. 8. 6. 1991, S. 45; Richtlinie 92/44/EWG des Rates v. 5. 6. 1992 zur Einführung des offenen Netzzugangs bei Mietleitungen, ABIEG Nr. L 165 v. 19. 6. 1992, S. 27; Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 10. 4. 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste, ABIEG Nr. L 117 v. 7. 5. 1997, S. 15; Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30. 6. 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP), ABIEG Nr. L 199 v. 26. 7. 1997, S. 32; Richtlinie 97/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6. 10. 1997 zur Änderung der Richtlinie 90/387/EWG und 92/44/EWG zwecks Anpassung an ein wettbewerbsorientiertes Telekommunikationsumfeld, ABIEG Nr. L 295 v. 29. 10. 1997, S. 23; Richtlinie 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15. 12. 1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation, ABIEG Nr. L 24 v. 30. 1. 1998, S. 1; Richtlinie 98/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26. 2. 1998 über die Anwendung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst und den Universaldiensten im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld, ABIEG Nr. L 101 v. 1. 4. 1998, S. 24; Richtlinie 98/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12. 2. 1998 über Telekommunikationsendeinrichtungen und Satellitenfunkanlagen einschließlich der gegenseitigen Anerkennung ihrer Konformität, ABIEG Nr. L 74 v. 12. 3. 1998, S. 1, und Richtlinie 98/61/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24. 9. 1998 zur Änderung der Richtlinie 97/33/EG hinsichtlich der Übertragbarkeit von Nummern und der Betreiberwahl, ABIEG Nr. L 268 v. 3. 10. 1998, S. 37.

93) Dies sind entsprechend Art. 1 S. 1 SKR der Staat, regionale oder lokale Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts oder Verbände, die aus einer oder mehreren dieser regionalen oder lokalen Gebietskörperschaften bzw. Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen.

geschlagen wird, den Telekommunikationssektor aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie herauszunehmen. Würden die „klassischen“ Richtlinien nicht geändert, hätte der Vorschlag für die neue Richtlinie, die die Sektorenrichtlinie ersetzen soll, zur Folge, dass die Auftraggeber bei ihren Beschaffungen im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit im Telekommunikationssektor wiederum den „klassischen“ Richtlinien unterlägen. Es widerspräche jedoch der Logik der Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen, wenn die Auftraggeber, die derzeit – selbst wenn im Telekommunikationssektor kein wirksamer Wettbewerb existierte – den flexibleren Bestimmungen der Sektorenkoordinierungsrichtlinie unterliegen, unter die strengerer Regeln der „klassischen“ Richtlinien fallen würden, während sie – bedingt durch die Liberalisierung – die gleichen Rentabilitätsanreize haben, wie die privaten Unternehmen, da inzwischen auf dem Sektor ein echter Wettbewerb herrscht.

Gegenwärtig werden durch die Richtlinien über öffentliche Aufträge zwei unterschiedliche Aspekte des Telekommunikationssektors im weiteren Sinne geregelt. So unterliegen die Beschaffungen von Auftraggebern, die selbst ein Telekommunikationsnetz betreiben oder Telekommunikationsdienste anbieten, der SKR. Ferner fallen Einrichtungen der öffentlichen Hand oder Auftraggeber, die in einem anderen Sektor tätig sind, der in den Anwendungsbereich SKR fällt, wenn sie Telekommunikationsdienstleistungen beschaffen, a priori unter die DKR und die SKR.

Momentan sind vom Anwendungsbereich dieser Richtlinien Leistungen in den Bereichen Sprachtelefondienst, Telex, Mobilfunk, Funkruf und Satellitenkommunikation ausgenommen. Grund für diesen Ausschluss war der Umstand, dass diese Dienste bei Verabschiedung der Richtlinie auf einem bestimmten geographischen Gebiet häufig nur von einem Anbieter bereitgestellt werden konnten, da kein echter Wettbewerb herrschte und besondere oder ausschließliche Rechte bestanden. Mit der Öffnung des Sektors für einen echten Wettbewerb ist dieser Ausschluss nicht mehr gerechtfertigt. Es wird daher von der Kommission vorgeschlagen, diese Bestimmungen aufzuheben und damit die Beschaffungen von Dienstleistung in den Bereichen Sprachtelefondienst, Telex, Mobilfunk, Funkruf und Satellitenkommunikation den normalen Vorschriften zu unterwerfen, die für Dienstleistungsaufträge gelten, wie es bereits für andere Telekommunikationsdienste der Fall ist.

b) Andere Sektoren

Die Sektorenkoordinierungsrichtlinie umfasst gegenwärtig keine allgemeine Bestimmung – für alle unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden Wirtschaftszweige –, die es ermöglichen würde, der Liberalisierung in einer bestimmten Branche Rechnung zu tragen.

Art. 8 SKR gilt gegenwärtig nur für den Bereich der Telekommunikation. Die Richtlinie umfasst andere besondere Bestimmungen. So werden vom Anwendungsbereich Dienstleister ausgeschlossen, die Busverkehrsleistungen für die Allgemeinheit erbringen, wenn andere Dienstleister diese Leistungen, entweder allgemein oder in einem abgegrenzten geographischen Gebiet, unter im Wesentlichen gleichen Bedingungen erbringen können wie die Auftraggeber.

Ferner werden besondere Bestimmungen für Auftraggeber eingeführt, die in einem abgegrenzten geographischen Bereich Erdöl, Gas, Kohle oder andere feste Brennstoffe suchen oder fördern. Diese Bestimmungen, die in Art. 3 SKR enthalten sind, ermöglichen es der Kommission, unter bestimmten Voraussetzungen hinsichtlich der Nutzung von Lizenzen, Auftraggeber der Mitgliedstaaten, die einen entsprechenden Antrag eingereicht haben, von den Einzelbestimmungen der Richtlinie auszunehmen, sodass sie lediglich den Grundsatz der Nichtdiskriminierung beachten und bestimmte Auflagen für den Aufruf zum Wettbewerb bei der Vergabe von Aufträgen sowie die Auflagen hinsichtlich der Statistik erfüllen müssen.

Auf Gemeinschaftsebene hat die Liberalisierung auch in anderen Bereichen außer der Telekommunikation eingesetzt, insbesondere in der Energiewirtschaft. Da diese Liberalisierung jedoch noch nicht so weit fortgeschritten ist wie im Telekommunikationssektor, hat man sich hier für eine andere Lösung entschieden. Dort hat sich die Kommission für einen allgemeinen Mechanismus entschieden, der es ermöglicht, die Beschaffungen in diesem Sektor nach und nach auszunehmen, in dem Umfang wie festgestellt wird, dass echter Wettbewerb auf frei zugänglichen Märkten herrscht. Für den Fall, dass ein echter Wettbewerb in einem bestimmten Bereich eingeführt werden sollte, behält sich die Kommission das Recht vor, eine Änderung vorzuschlagen, um diesen Bereich vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszunehmen.

Um zu vermeiden, dass parallel zueinander mehrere Bestimmungen existieren, die eine Ausnahme oder den Ausschluss aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie auf der Grundlage unterschiedlicher Voraussetzungen hinsichtlich der Öffnung eines Wirtschaftszweigs für den Wettbewerb oder der Bedingungen für den Zugang zu einer bestimmten Tätigkeit ermöglichen, wird vorgeschlagen, Art. 32 IV und Art. 3 SKR zu ändern. Damit könnten Auftraggeber, die Busverkehrsleistungen erbringen oder Erdöl, Gas, Kohle oder andere feste Brennstoffe suchen oder gewinnen, unter denselben Bedingungen wie alle anderen Sektoren, die unter die Richtlinie fallen, vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen werden.

Um zu vermeiden, dass parallel zueinander mehrere Bestimmungen existieren, die eine Ausnahme oder den Ausschluss aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie auf der Grundlage unterschiedlicher Voraussetzungen hinsichtlich der Öffnung eines Wirtschaftszweigs für den Wettbewerb oder der Bedingungen für den Zugang zu einer bestimmten Tätigkeit ermöglichen, wird vorgeschlagen, Art. 32 IV und Art. 3 SKR zu ändern. Damit könnten Auftraggeber, die Busverkehrsleistungen erbringen oder Erdöl, Gas, Kohle oder andere feste Brennstoffe suchen oder gewinnen, unter denselben Bedingungen wie alle anderen Sektoren, die unter die Richtlinie fallen, vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen werden.

c) Besondere oder ausschließliche Rechte

Nach Art. 2 III SKR sind „besondere oder ausschließliche Rechte“, Rechte, die sich aus der von einer zuständigen Behörde des betreffenden Mitgliedstaats aufgrund einer beliebigen Rechts- oder Verwaltungsvorschrift erteilten Genehmigung ergeben, wonach die Ausübung einer Tätigkeit einem oder mehreren Auftraggeber(n) vorbehalten wird. Eine Tätigkeit auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten wird insbesondere dann gem. Art. 2 Nr. 3 a SKR angenommen,

- (1) wenn ein Auftraggeber zum Bau eines Netzes oder anderer in Absatz 2 beschriebene Einrichtungen durch ein Enteignungsverfahren oder Gebrauchsrechte begünstigt werden kann oder Einrichtungen auf, unter oder über dem öffentlichen Wegenetz anbringen darf;
- (2) wenn im Falle des Absatzes 2 lit. a ein Auftraggeber ein Netz mit Trinkwasser, Elektrizität, Gas oder Wärme versorgt, das seinerseits von einem Auftraggeber betrieben wird, der von einer zuständigen Behörde des betreffenden Mitgliedstaats gewährte besondere oder ausschließlich Rechte genießt.

Nach einer Entscheidung des *EuGH*⁹⁴ erschien es nach Auffassung der Kommission angezeigt, die Definition der besonderen oder ausschließlichen Rechte in der SKR klarer zu fassen⁹⁵. Dadurch fallen Auftraggeber, die gegenwärtig nur deshalb der SKR unterliegen, weil sie als Inhaber besonderer oder ausschließlicher Rechte i. S. von Art. 2 III lit. a oder b gelten, nicht mehr unter die Richtlinie.

V. Änderungen im Gesetzgebungsverfahren, Interpretierende Mitteilungen der Kommission

Der Rat der europäischen Gemeinschaft hat am 30. 11. 2000 und am 30. 5. 2001 Stellung zu dem Legislativpaket genommen⁹⁶. Der Rat konzentrierte sich bei den Aussprachen auf den ersten Vorschlag und dabei insbesondere auf die Fragen, die mit der Zulässigkeit der Anwendung des Verhandlungsverfahrens, den Rahmenvereinbarungen, den für elektronische Mitteilungen geltenden Vorschriften sowie mit Fällen, in denen Wirtschaftsteilnehmer wegen einer Verurteilung von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, zusammenhängen. Der Rat würdigt die zur Vereinfachung und Verbesserung der Rechtstexte unternommenen Anstrengungen und stimmte am 30. 11. 2000 darin überein, dass die bislang erzielten Fortschritte eine gute Grundlage für die weiteren Arbeiten darstellen und

94) *The Queen versus Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British Telecommunications plc.*, *EuGH*, Slg. 1996, I-6417 = *EuZW* 1997, 252.

95) Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlages über die Koordinierung der Verfahren der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, S. 12, Nr. 2.4.2. Die Änderungsvorschläge des Parlaments im Hinblick auf die Definition der besonderen und ausschließlichen Rechte werden von der Kommission abgelehnt (o. Fußn. 76), S. 43.

96) 2315. und 2351. Tagung des Rates – Binnenmarkt – Verbraucherfragen – Fremdenverkehr – am 30. 11. 2000 und am 23. 5. 2001 in Brüssel, *Internet*: <http://ue.eu.int/newsroom/main.cfm?LANG=1>.

- stellt fest, dass ungeachtet einiger eher technischer Vorbehalte relativ weitgehendes Einvernehmen über die grundlegenden Bestimmungen der Art. 32 und 42 LDB-Richtlinie besteht⁹⁷,
- stellt ferner fest, dass zum einen die Art. 29 und 30 LDB-Richtlinie und zum anderen Art. 46 LDB-Richtlinie⁹⁸, bei denen es noch erhebliche Meinungsunterschiede gibt, einer weiteren Prüfung bedürfen,
- nimmt zur Kenntnis dass nach Ansicht einiger Mitgliedstaaten die umweltpolitischen und sozialen Aspekte unter Berücksichtigung der Mitteilungen welche die Kommission vorlegen wird, noch genauer geprüft werden müssen und dass von seiten anderer Delegationen weitere Anliegen (insbesondere hinsichtlich der zentralen Beschaffungsstellen) vorgetragen wurden, die in diesem Zusammenhang zu prüfen sind.

Das Legislativpaket ist auch vorbereitend u. a. in folgenden Ausschüssen:⁹⁹

- Ausschuss für Recht und Binnenmarkt (federführender Ausschuss)¹⁰⁰,
- Wirtschafts- und Sozialausschuss¹⁰¹,
- Ausschuss der Regionen¹⁰²,
- Ausschuss für Wirtschaft und Währung¹⁰³,
- Ausschuss für Industrie, Außenhandel, Forschung und Energie¹⁰⁴,
- Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten¹⁰⁵,
- Ausschuss für Umweltfragen, Volksgesundheit und Verbraucherpolitik¹⁰⁶

besprochen worden. Die Änderungsvorschläge betreffen insbesondere Vergabekriterien mit „sozialer und umweltpolitischer Tragweite“, und beschäftigungspolitische Fragen. Die Kommission hat bei der LDB-Richtlinie 63 der 103 und bei der WEV-Richtlinie 47 der 83 vom Europäischen Parlament verabschiedeten Abänderungen vollständig, teilweise, in einigen Fällen unter Umformulierung des Wortlauts, übernommen. So hat z. B. die Kommission einen neuen Art. 26 a LDB-Richtlinie vorgeschlagen. Danach kann der Auftraggeber besondere Bedingungen zur Ausführung des Auftrages verlangen, sofern diese mit Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in und in der Ausschreibung oder Verdingungsunterlagen ausgeführt werden. Die Bedingungen zur Ausführung des Auftrages können insbesondere sozialen und Umweltbelangen Rechnung tragen. Auf der Binnenmarkttagung am 21. 5. 2002 wurde festgehalten, dass im Hinblick auf die Berücksichtigung von sozialen Zielen sowie Zielen des Umweltschutzes bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen die Präambel der LDB-Richtlinie klarstellt, dass auch derartige Zielsetzungen in die von den Bietern für den Zuschlag zu erfüllenden technischen Spezifikationen mit aufgenommen werden können. Der Zuschlag ist auch in diesen Fällen dem wirtschaftlich vorteilhaftesten Angebot zu erteilen. Insgesamt konnte aber eine politische Einigung nicht erzielt werden.¹⁰⁷ Gerade im Hinblick die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ist auf eine Interpretierende Mitteilung der Kommission zu verweisen¹⁰⁸. Möglichkeiten für eine umweltbewusste Gestaltung ergeben sich bei der Entscheidung über den Auftragsgegenstand, also in erster Linie zu Beginn eines Vergabeverfahrens. Geltendes Umweltrecht sind für öffentliche Auftraggeber bindend und können ihre Vergabeentscheidung sowie die Ausgestaltung von Spezifikationen und Vergabekriterien beeinflussen, sodass zu hoffen bleibt, dass die grundsätzlich vergabefernen sozialen, umweltpolitischen und beschäftigungspolitischen Fragen nicht in die Richtlinienvorschläge mit aufgenommen werden.

Für die Kommission steht es außer Frage, dass Unternehmen die geltende Sozialgesetzgebung im Herkunftsland und gegebenenfalls am Ort der Leistung berücksichtigen müssen. Diese Erinnerung an das geltende Recht soll nunmehr als Erwägungsgrund dahingehend formuliert werden, dass geltende nationale und gemeinschaftliche Gesetze, Regelungen und Tarifvereinbarungen unter soziale Belange und Sicherheit auch während der Ausführung eines öffentlichen Auftrages gelten, vorausgesetzt, solche Regelungen sowie ihre Anwendung sind mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar¹⁰⁹.

Die Kommission hat am 15. 10. 2001 eine Interpretierende Mitteilung über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vorgelegt¹¹⁰. Es sollen in der Mitteilung die Möglichkeiten, die der derzeitige gemeinschaftliche Rechtsrahmen zur Berücksichtigung sozialer

Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bietet, aufgezeigt werden. Dabei geht die Kommission von dem Grundsatz aus, dass die geltenden Vergaberichtlinien keine ausdrücklichen Bestimmungen über die Verfolgung sozialpolitischer Ziele bei der Vergabe öffentlicher Aufträge enthalten.

Nach Auffassung der Kommission bietet das Vergaberecht aber dennoch Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange. Soziale Belange umfassen dabei nach Auffassung der Kommission sowohl Maßnahmen zur Einhaltung der Grundrechte, der Durchsetzung der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung als auch einzelstaatliche sozialrechtliche Vorschriften sowie die Umsetzung der einschlägigen Richtlinien der Gemeinschaft. Soziale Belange können schon bei der Wahl des Auftragsgegenstands, durch technische Spezifikationen mit sozialer Komponente, Arbeitsschutzbestimmungen oder Ausschluss von Bewerbern oder Bietern, die gegen sozialrechtliche Vorschriften verstoßen haben, berücksichtigt werden. Bei der Feststellung der Sach- und Fachkunde und der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit dürfen derzeit keine Nachweise gefordert werden, die soziale Gesichtspunkte betreffen. Wenn ein Auftrag besondere „soziale Fachkenntnisse“ erfordert, erachtet die Kommission ausnahmsweise den Nachweis einschlägiger Erfahrungen in der Eignungsprüfung für zulässig.

Sozialkriterien dürfen weiterhin nicht als Zuschlagskriterien verwendet werden. Insbesondere sind die Einführung von Quoten für Aufträge an Bieter, die bestimmten Gruppen angehören oder Preispräferenzen unzulässig. Auch die Bevorzugung von Unternehmen mit Frauenförderprogrammen ist unzulässig.

97) Art. 32 LDBR (Rahmenvereinbarung); Art. 42 LDBR (Kommunikationsmittel).

98) Art. 29 LDBR (Fälle, die das Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung rechtfertigen); Art. 30 LDBR (Besondere Regelungen für besonders komplexe Fälle); Art. 46 LDBR (Persönliche Lage des Bewerbers bzw. des Bieters).

99) *Oppermann*, EuropaR, 2. Aufl. § 5 Rdnr. 451, führt zutreffend aus, dass eine kaum überschaubare Zahl (über 1000!) von Ausschüssen, die nach Bedürfnis fortlaufend geschaffen werden und auch wieder aufgelöst werden können, vorhanden sind. Die Ausschussprotokolle sind im Internet entweder unter: http://europa.eu.int/committees/home_de.htm oder unter: <http://europa.eu.int/prelex/apcnet.cfm?CL=de> verfügbar.

100) Arbeitsdokument v. 10. 10. 2000, PE 294.910; Entwurf eines Berichtes vom 9. 4. 2001, vorläufig 2000/0117 (COD), PE 298.408; endgültig A 5 – 0378/2001, Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates (KOM (200) 275 – C 5 – 0367/2000 – 2000/0115 /COD).

101) Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung“ v. 25./26. 4. 2001, ABIEG Nr. C 2001/C 193/01, S 1; Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge“ v. 25./26. 4. 2001, ABIEG Nr. C 2001/C 193/01, S. 7.

102) ABIEG Nr. C 144 v. 16. 5. 2001, 2001/C 144/08, S. 23.

103) Entwurf einer Stellungnahme v. 8. 3. 2001, vorläufig 2000/01 777 (COD); endgültig; siehe oben Fußn. 101, teil 2, S. 97 ff.

104) Entwurf einer Stellungnahme v. 20. 2. 2001, PE 297.095; Entwurf einer Stellungnahme v. 7. 6. 2001, PE 297.095; endgültig, siehe oben Fußn. 101, ebda. Teil 2, s. 164 ff.

105) Entwurf einer Stellungnahme v. 14. 2. 2001, vorläufig 2000/0117 (COD), PE 286.257; endgültig, siehe oben Fußn. 101, a.a.O., Teil 2, S. 116 ff.

106) Entwurf einer Stellungnahme v. 22. 3. 2001, vorbereitend 2000/0117 (COD), PE 301.060; endgültig, siehe oben Fußn. 101, a.a.O., Teil 2, S. 147 ff.

107) Entwurf eines Berichts v. 9. 4. 2001, vorläufig 2000/0117 (COD), S. 6 ff; endgültig siehe Fußn. 101; zu den Abänderungsvorschlägen der Kommission siehe oben Fußn. 22 und Fußn. 76.

108) Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 4. 7. 2001, KOM 2001 (274) endg.

109) Änderungsvorschläge der Kommission (o. Fußn. 22), S. 18).

110) Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15. 10. 2001, KOM (2001) (566) endg.

Die Kommission hält den Einsatz sozialer Belange als Zusatzkriterium ausnahmsweise für zulässig. Voraussetzung ist, dass alle Grundsätze des Gemeinschaftsrechts beachtet werden und dem Auftraggeber zwei oder mehr wirtschaftlich gleichwertige Angebote vorliegen.

Die Kommission weist ausdrücklich darauf hin, dass soziale Zielsetzung auch durch entsprechende Vertragsklauseln oder Bedingungen für die Auftragsausführung gefördert werden kann. Voraussetzung hierfür ist wiederum die Beachtung des Gemeinschaftsrechts und keine direkte oder indirekte Benachteiligung von Bietern aus anderen Mitgliedsstaaten. Die Bieter müssen sich bei Angebotsabgabe verpflichten, diese Vertragsklausel(n) zu akzeptieren. Vertragsklauseln, welche die Anpassung der Organisation, der Struktur oder der Politik eines Unternehmens erforderlich machen, können sich als diskriminierend insbesondere gegenüber ausländischen Unternehmen erweisen.

Bei öffentlichen Aufträgen, die nicht unter die Richtlinien fallen, d. h. unter den Schwellenwerten liegen, steht es den Auftraggebern frei, im Rahmen der von ihnen vergebenen Aufträge soziale Ziele zu verfolgen, sofern sie dabei die Vorschriften und allgemeinen Grundsätze des EG-Vertrags einhalten. Es obliegt den Mitgliedsstaaten zu bestimmen, ob die Auftraggeber solche Ziele bei der Vergabe öffentlicher Aufträge verfolgen dürfen bzw. müssen.

Die Kommission hatte in der interpretierenden Mitteilung explizit festgestellt, dass soziale Kriterien auch in Zukunft nicht als Zuschlagskriterien herangezogen werden. Dies ist zu begrüßen, da eine Aufweichung des Grundsatzes, dass vergabefremde Zwecke nur dann verfolgt werden dürfen, wenn ein Bezug zur Leistungserbringung besteht, verhindert werden sollte.¹¹¹

VI. Auswirkungen auf das deutsche Vergaberecht

Die Bundesregierung¹¹² verfolgt wie die deutsche Vergabeliteratur – natürlich – aufmerksam die europäischen Entwicklungen, ohne allerdings zu einer einheitlichen Position zu gelangen¹¹³.

Der Regelungstypus der Richtlinie ist ein Instrument zur Harmonisierung des innerstaatlichen Rechts der Mitgliedsstaaten¹¹⁴. Die vorliegenden Richtlinienentwürfe sind – dies ergibt sich bereits aus dem Text der Vorschläge¹¹⁵ – an die Mitgliedsstaaten gerichtet, sodass grundsätzlich nur diese aus der Richtlinie verpflichtet werden. Deutschland ist gem. Art. 249 III EGV zur Umsetzung von Richtlinien verpflichtet. Die Verpflichtung nur auf das von der Richtlinie verfolgte Ziel bedeutet allerdings, dass dem Mitgliedsstaat eine eigenständige Kompetenz zur Umset-

zung der Richtlinie verbleibt, in deren Rahmen er frei ist in der Wahl der gesetzgeberischen Formen und Mittel¹¹⁶. Dennoch greifen sowohl die Wirtschaftsteilnehmer als auch die Auftraggeber häufig auf die Richtlinien zurück, wenn es insbesondere um die Auslegung der nationalen Rechtsvorschriften geht¹¹⁷. Die Unionsbürger können sich nicht direkt auf die Richtlinien berufen; mit der allerdings zu beachtenden Ausnahme der nicht fristgerechten Umsetzung¹¹⁸.

Der Ausschuss der Regionen hat in seiner Stellungnahme zur Kommissionsmitteilung von 1998¹¹⁹ den Vereinfachungsansatz der LDB-Richtlinie (Zusammenfassung in einem Richtlinienentwurf) sehr begrüßt, da er die Arbeit der lokalen und regionalen Gebietskörperschaften stark vereinfachen werde¹²⁰. Auch auf nationaler Ebene haben einige Mitgliedstaaten bei der Umsetzung diesen Ansatz gewählt und die Richtlinien in einem einzigen Text zusammengefasst.

Kritisch ist anzumerken, dass die Änderungen der Richtlinien auch im deutschen Recht – wie oben dargelegt – Änderungen nach sich ziehen werden, sodass eine Konsolidierung und Kontinuität im Vergaberecht nicht gegeben ist¹²¹. Kleineren und mittleren Unternehmen wird damit die Gelegenheit genommen, sich mit den neuen Regelungen vertraut zu machen und in der Praxis lernen zu können. Diesem Risiko steht jedoch die Chance gegenüber, dass die europäische Vereinheitlichung auch den Weg in das deutsche Vergaberecht findet.

111) Vgl. dazu auch den ausführlichen Aufsatz von *Burgi*, NZBau 2001, 64.

112) Vgl. z.B. die Darstellung beim BMWi: <http://www.bmwi.de/homepage/Politikfelder/Wirtschaftspolitik> Stichwort: Außenwirtschaft und Europa, Europapolitik, Rat für Binnenmarkt, Verbraucher und Tourismus.

113) Vgl. z.B. *Byok*, NJW 2001, 2295 (2302); *Vetter*, NVwZ 2001, 745.

114) Vgl. *Boesen* (o. Fußn. 15), S. 37.

115) Vgl. Art. 82 LDBR, Art. 71 WEVR.

116) Vgl. *Prieß* (o. Fußn. 14), Rdnrn. 36 ff.; *Pietzcker*, VOB/B-Kommentar, Syst. II, Rdnrn. 8 ff.

117) Vgl. Begründung des Richtlinienentwurfs über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 3 Nr. 1.2; vgl. *Prieß* (o. Fußn. 14), Rdnr. 40: „Gebot der richtlinienkonformen Auslegung“, *Boesen* (o. Fußn. 15), S. 38.

118) Vgl. *Prieß* (o. Fußn. 11), Rdnrn. 39 ff.

119) AdR 108/98 endg. v. 16. und 17. 9. 1998.

120) Vgl. Begründung des Richtlinienentwurfs über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, S. 3 Nr. 1.2.

121) Vgl. *Daub/Eberstein*, VOL/A-Kommentar, 5. Aufl., Einf. Rdnr. 44.