

3. November 2015

## **Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (VergModG) – 09.11.2015**

### **Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und des VKU**

#### **I. Allgemeines**

Am 08.07.2015 hat das Bundeskabinett den Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts beschlossen. Nach Auffassung der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und des Verbandes kommunaler Unternehmen (VKU) zielt der Gesetzentwurf, der eine Umsetzung der neuen Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe 2014/24/EU, der gänzlich neuen Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe und der Richtlinie 2014/25/EU über die Sektorenvergabe vorsieht, grundsätzlich in die richtige Richtung.

Aus kommunaler Sicht ist es wichtig, mit der vorgeschlagenen GWB-Neuregelung dem Rechtsanwender ein möglichst übersichtliches und leicht handhabbares Regelwerk zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen an die Hand zu geben und auch kommunale Handlungsspielräume weiter zu erhalten und auszubauen. Daher ist es richtig, die vergaberechtlichen Grundsätze wie Vergabearten, Ausschlussgründe, Eignungs- und Zuschlagskriterien einheitlich für alle Vergaben im GWB zu regeln und die VOL/A und VOF – bei Beibehaltung der spezifischen Regeln insbesondere für die Vergabe freiberuflicher Leistungen – in die Vergabeverordnung (VgV) zu integrieren. Die Fortführung der VOB/A oberhalb der Schwellenwerte sprengt nach Auffassung der Bundesvereinigung allerdings die einheitliche Struktur. Für uns ist nicht erkennbar, wie die mit dem GWB-Gesetzentwurf gleichsam vor die Klammer gezogenen Regelungen widerspruchsfrei mit einer fortgeführten VOB/A zusammengehen sollen. Die VOB-Beibehaltung bedeutet daher einen Systembruch und steht einer wünschenswerten umfassenden Vereinheitlichung entgegen.

Das neue EU-Vergaberecht sieht zudem eine Reihe von Verfahrensflexibilisierungen vor. Das gilt beispielsweise für die freie Wahl zwischen dem Offenen und dem Nicht-offenen Verfahren, die durch Art. 26 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU als Umsetzungsverpflichtung zwingend vorgegeben wird. Wir begrüßen, dass § 119 Abs. 2 GWB-E dementsprechend eine freie Verfahrenswahl vorsieht. Mit Blick auf die

Gesamtnovelle des Vergaberechts sind Bund und Länder allerdings aufgefordert, dass die im Oberschwellenbereich zu schaffenden Verfahrensflexibilisierungen und -erleichterungen auch auf den Unterschwellenbereich übertragen werden. Dies ist nicht zuletzt deshalb erforderlich, weil im Kommunalbereich ca. 95 Prozent aller Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich abgewickelt werden. Es ist mithin eine zeitnahe Anpassung der Vergaberegeln auch im Unterschwellenbereich erforderlich, damit eine Diskrepanz zwischen Ober- und Unterschwellenrecht vermieden wird.

Eine inhaltlich herausgehobene Bedeutung haben für die kommunalen Spitzenverbände die Regelungen zu In-House-Vergaben, zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit, zur Vergabe von Rettungsdiensten, zur Berücksichtigung ökologischer und sozialer Aspekte, einschließlich weitergehender Vorgaben für die Vergabe von Nahverkehrsleistungen, zur Freistellung von Wasserkonzessionen, zur elektronischen Kommunikation sowie zur geplanten Statistikpflicht des Auftraggebers.

Hierzu stellen wir folgendes fest:

## **II. In-House-Vergaben (§ 108 Abs. 1 GWB-E)**

Die Neuregelung zu In-House-Vergaben sieht vor, dass das „Wesentlichkeitskriterium“ als (zweite) Voraussetzung für eine Vergaberechtsfreiheit bei einem In-House-Geschäft nur dann gegeben ist, wenn die kontrollierte juristische Person mehr als 80 Prozent ihrer Tätigkeiten für die Ausführung von Aufgaben ausübt, mit denen sie von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde. Bei der 80-Prozent-Bestimmung ist gemäß § 108 Abs. 7 GWB-E grundsätzlich vom durchschnittlichen Gesamtumsatz, die der juristischen Person oder dem bzw. den öffentlichen Auftraggebern während der letzten drei Jahre vor Vergabe des Auftrags in Bezug auf die Leistungen entstanden sind, auszugehen.

Nach Auffassung der Bundesvereinigung sind mithin auch etwaige Umsätze, die ein Auftragnehmer mit Privaten erzielt, grundsätzlich nicht In-House-schädlich, sofern diese Umsätze der Ausführung einer von der Kommune oder ihren eigenen Einrichtungen übertragenen Aufgabe dienen.

§ 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB-E stellt zudem darauf ab, dass es sich um eine Aufgabe handeln muss, mit welcher der Auftragnehmer vom öffentlichen Auftraggeber „betraut wurde“. Folglich sind nicht nur klassische kommunale Daseinsvorsorgetätigkeiten, wie etwa die Trinkwasserversorgung oder die Abwasserbeseitigung, umfasst, sondern auch weitere Dienstleistungen im Wirkungskreis des bzw. der betreffenden Auftraggebers. Beispielhaft sei auf die Bereiche der Energieversorgung oder des ÖPNV verwiesen. Es wäre weder rechtlich noch tatsächlich nachvollziehbar, wenn eine Kommune ihr eigenes Stadtwerk (100-Prozent-Beteiligung) nicht im Wege eines vergabefreien In-House-Geschäfts etwa mit der Stromversorgung eigener Liegenschaften (Rathaus, Schulen, Kindergärten) beauftragen könnte, weil dieses Stadtwerk auch die eigenen Bürger mit Strom versorgt. Die Bürger sind Teil der örtlichen Gemeinschaft und können nicht In-House-schädlich sein (vgl. bereits EuGH, Rs. C-340/04, Carbotermo). So hat die in diesem Zusammenhang vereinzelt ergangene Rechtsprechung nationaler Gerichte (vgl. etwa OLG Hamburg v. 14.12.2010 – 1 Verg 5/10) bislang zu Recht keinerlei Entsprechung

durch den Europäischen Gerichtshof gefunden. Auch Erwägungsgrund 32 der Auftragsvergaberichtlinie 2014/24/EU stellt demgemäß fest, dass es für die Berechnung der 80-Prozent-Schwelle nicht auf „den Begünstigten der Ausführung des Auftrags“ ankommt.

Die kommunalen Spitzenverbände begrüßen insoweit, dass der Gesetzentwurf der Bundesregierung diese europäischen Vorgaben ohne Abstriche umsetzt. Auch nach dem Gesetzentwurf ist allein entscheidend, wer im Einzelnen Adressat einer Leistung ist. Solange die entsprechenden Umsätze der „Ausführung der jeweiligen Aufgabe“ dienen, sind sie dem In-House-Umsatz hinzuzurechnen. Zutreffend spricht die Gesetzesbegründung zu § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB-E davon, dass es „in diesem Zusammenhang unerheblich ist, ob der Begünstigte der Ausführung des Auftrags der Auftraggeber selbst oder ein davon abweichender Nutzer der Leistung ist“.

### **III. Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit (§ 108 Abs. 6 GWB-E)**

Der Zusammenarbeit zwischen Kommunen kommt nicht zuletzt bei der Bewältigung demografischer Anpassungsprozesse große und wachsende Bedeutung zu. Die kommunalen Spitzenverbände begrüßen vor diesem Hintergrund, dass die Regelungen zur horizontalen bzw. interkommunalen Zusammenarbeit im Wesentlichen wortgleich und ohne inhaltliche Abstriche aus den EU-Richtlinientexten in § 108 Abs. 6 GWB-E übernommen wurden.

In der Gesetzesbegründung zu § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB-E wird unter Bezug auf den Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU richtigerweise ausgeführt, dass öffentliche Auftraggeber „nicht zur Einhaltung einer bestimmten Rechtsform verpflichtet“ sind, dass die Zusammenarbeit alle Tätigkeiten umfassen kann und dass die erbrachten Dienstleistungen nicht identisch sein müssen, sondern sich auch ergänzen können. Die Zusammenarbeit muss zwar auf einem „kooperativen Konzept“ beruhen. Dies erfordert jedoch auch nach den EU-Richtlinien ausdrücklich nicht, dass alle teilnehmenden Stellen wesentliche vertragliche Pflichten übernehmen, solange sie einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung leisten.

Seitens der kommunalen Spitzenverbände verstehen wir diese Ausführungen dahingehend, dass – entgegen einer sachlich unzutreffenden Entscheidung des OLG Koblenz (Beschluss v. 3.12.2014, Verg 8/14) – der Tatbestand einer vergaberechtsfreien Zusammenarbeit zwischen Kommunen nach Art. 12 und Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU („Kooperatives Konzept, Beitrag zur gemeinsamen Ausführung, aber nicht unbedingt Übernahme wesentlicher vertraglicher Pflichten“) auch dann gegeben ist, wenn zwei Kommunen einen im öffentlichen Interesse liegenden Leistungsaustausch vereinbaren und eine Kommune dabei die Leistung (Beispiel: Abfallentsorgung) erbringt, während die andere Kommune hierfür „nur“ ein entsprechendes Entgelt bezahlt. Auch bei einer solchen reinen Aufgabendelegation unter Zahlung eines Entgelts oder Kostendeckungsbeitrags beschaffen Kommunen nämlich keine Leistungen von externen Dritten am Markt, sondern regeln vielmehr ihren Leistungsaustausch als innerstaatlichen Organisationsakt, auf den das Vergaberecht keine Anwendung finden darf.

Dieses Regelungsverständnis entspricht dem Willen des Europäischen Gesetzgebers, der gerade auch die reine Aufgabendelegation unter Zahlung eines Entgelts oder Kostendeckungsbeitrags als typischen Fall interkommunaler Zusammenarbeit

vom Vergaberecht ausnehmen wollte. Auf ein Gegenseitigkeitsverhältnis im Sinne wechselseitiger Ausführungsbeiträge kommt es danach – entgegen dem OLG Koblenz – nicht an. Eine entsprechende einschränkende Voraussetzung („echte Zusammenarbeit“), die ursprünglich von der EU-Kommission vorgeschlagen worden war, wurde deshalb im europäischen Rechtssetzungsverfahren bewusst wieder fallen gelassen. Auch die maßgeblichen Entscheidungen des EuGH in der Rs. „Stadtreinigung Hamburg“ und in der Rs. „Lecce“, die durch die Vergaberichtlinien kodifiziert werden sollten, hatten zuvor kein arbeitsteiliges Handeln zur Voraussetzung für die Annahme einer vergabefreien interkommunalen Zusammenarbeit gemacht.

**Die Relevanz dieser Regelung bestätigt ein Blick in die kommunale Praxis:** Oft wird zwischen kreisangehörigen Städten und Gemeinden und Landkreisen eine Zusammenarbeit praktiziert. Dies betrifft etwa den Bereich der Informationstechnologie, aber auch die Kooperation im Bereich der Baubetriebshöfe oder des gemeinsamen Winterdienstes. Auch wird häufig bei Landkreisen eine gute und intensive Zusammenarbeit mit den kreisangehörigen Kommunen gepflegt. Die Zusammenarbeit soll die vorhandenen Strukturen stärken und kleinere Einheiten bei der Bewältigung der vielfältigen kommunalen Aufgaben unterstützen. Das gilt nicht zuletzt in demografischen Anpassungsprozessen. In der Praxis wird beispielsweise die Personal-/Bezügeabrechnung für kreisangehörige Kommunen durch die Landkreise – gegen Kostenerstattung – abgewickelt. Ferner übernehmen IT-Abteilungen größerer Städte und Gemeinden oder der Landkreise im Einzelfall die EDV-Betreuung für kleinere Kommunen, bei denen es sich nicht „lohnt“, eigene IT-Abteilungen vorzuhalten. Es handelt sich hierbei um eine Zusammenarbeit auf der Grundlage von Zweckvereinbarungen nach den einschlägigen Ländergesetzen über die kommunale Zusammenarbeit. Die Zusammenarbeit im Bereich der Abfallentsorgung ist ebenfalls durchaus vorhanden ebenso wie im Tourismusbereich. Weitere Zusammenarbeiten gibt es etwa in den Bereichen des Waffenrechts oder des Binnenmarktinformationssystems (IMI). Aber auch die kreisfreien Städte arbeiten zusammen. So betreiben benachbarte Städte ein gemeinsames Callcenter, um ihre Anrufe von Bürgerinnen und Bürgern abzuwickeln. Auch die Zusammenarbeit zwischen Landkreisen wird verstärkt. Beispiel: die „Kriegsopferfürsorge“ (KOF) wird von einem Landkreis „gesammelt“ – gegen Entgeltzahlung - wahrgenommen, da die Fallzahlen in diesem Bereich stark gesunken sind und es nicht sinnvoll wäre, für wenige Fälle flächendeckend das Personal vorzuhalten.

#### **IV. Bereichsausnahme Rettungsdienste (§ 107 Nr. 4 GWB-E)**

Ebenfalls von großer Bedeutung ist die Umsetzung der Bereichsausnahme für Rettungsdienste.

Auf Europäischer Ebene konnte 2014 eine Bereichsausnahme für die Vergabe bestimmter Rettungsdienstleistungen an gemeinnützige Organisationen verankert werden, deren Ziel es war und ist, die besonderen ehrenamtlichen Strukturen der anerkannten Zivil- und Katastrophenschutzorganisationen (DRK, ASB, Malteser und Johanniter etc.) zu schützen und eine vorrangige und direkte Vergabe von Rettungsdiensten an diese zu ermöglichen, um im Rahmen eines integrierten Bevölkerungsschutzes einen qualitativen Rettungsdienst effizient und flächendeckend sicherzustellen.

Bereits im Vorfeld des Referentenentwurfs hatten allerdings gewerbliche Anbieter die Auffassung vertreten, die Bereichsausnahme befreie nur von der Beachtung des Vergabe-Sekundärrechts, d.h. von den Vergaberegeln der Richtlinien, lasse aber die aus den europäischen Grundfreiheiten abzuleitenden „allgemeinen Vergaberechtsgrundsätze“ unberührt: Auch für die von der Bereichsausnahme erfassten Rettungsdienstvergaben gelte daher ein „Vergaberecht light“, das es verbiete, Rettungsdienste ohne Ausschreibungsverfahren vorrangig und direkt an die anerkannten gemeinnützigen Zivil- und Katastrophenschutzorganisationen zu vergeben. Dieser Sichtweise war zunächst auch der Referentenentwurf gefolgt und hatte in der Gesetzesbegründung ausgeführt, dass die Bereichsausnahme die allgemeinen Vergaberechtsgrundsätze unberührt lasse und auch insoweit ein „Vergaberecht light“ zu beachten sei.

Demgegenüber ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die europarechtlich verankerte Bereichsausnahme weitgehend leer liefe, wenn auch für die von ihr erfassten Rettungsdienste ein „Vergaberecht light“ zu beachten wäre. Schon die Regelungssystematik der EU-Vergaberichtlinien verdeutlicht vielmehr die Regelungszintention des Europäischen Gesetzgebers, dass eine *umfassende* Freistellung bestimmter Rettungsdienstvergaben an gemeinnützige Hilfsorganisationen bezweckt ist: So unterfallen bereits die von der Bereichsausnahme *nicht erfassten* (gewerbsmäßig durchgeführten) Rettungsdienste sowie die reine Patientenbeförderung einem „vereinfachten Vergaberegime“, das im Wesentlichen in der Anwendung der besagten allgemeinen Vergaberechtsgrundsätze besteht (vgl. Art. 74 ff. der Richtlinie 2014/24/EU bzw. Art. 19 der Richtlinie 2014/24/EU). Die Bereichsausnahme wäre mithin ihrer Wirkung beraubt, würden auch die von ihr erfassten – und insoweit *besonders* privilegierten – Rettungsdienstvergaben unter Verweis auf die Grundfreiheiten dem gleichen „Vergaberecht light“-Regime unterstellt wie die nicht erfassten Rettungsdienstvergaben.

Zudem räumt die jüngste EuGH-Entscheidung in der Rechtssache „Spezzino“ (Rs. C-113/13) dem nationalen Gesetzgeber substanzielle Handlungsspielräume für eine umfassende Freistellung von vergaberechtlichen Vorgaben ein, die es im Interesse eines effizienten, flächendeckenden Rettungs-, Zivil- und Katastrophenschutzes zu nutzen gilt: Ebenso wie die Grundfreiheiten können auch die aus ihnen abgeleiteten sog. allgemeinen Vergaberechtsgrundsätze als „Vergabeprimärrecht“ durch „zwingende Gründe des Allgemeinwohlinteresse“ eingeschränkt werden (vgl. EuGH, Rs. C-113/13, insbesondere Rz. 56 ff.). Neben der Gewährleistung der Gesundheitsversorgung und der Haushaltseffizienz, die der EuGH bereits für sich als Rechtsfertigungsgründe anerkannt hat, kommen für eine umfassende Bereichsausnahme zugunsten der anerkannten gemeinnützigen Zivil- und Katastrophenschutzorganisationen in Deutschland hinzu, dass diesen eine herausragende Rolle für die Sicherstellung eines „integrierten Bevölkerungsschutzes“ zukommt, da erst sie durch ihre Fähigkeit zur Einbeziehung ehrenamtlich tätiger Personen in Krisensituationen (Aufwuchsfähigkeit) einen flächendeckenden und effizienten Rettungs-, Zivil- und Katastrophenschutz sicherstellen, wie sich nicht zuletzt auch in der aktuellen Flüchtlingssituation zeigt. Ohne die ehrenamtliche Tätigkeit der Hilfsorganisationen, die Kooperation mit den Rettungsdiensten in ihrer bewährten Verbindung, wäre diese aktuelle und andauernde Herausforderung überhaupt nicht zu bewältigen.

Ausgehend vom Referentenentwurf und vor dem Hintergrund der unerwarteten Diskussionen um die Geltung und Reichweite der Bereichsausnahme hatten die

kommunalen Spitzenverbände deshalb eine positive gesetzgeberische Regelung als sinnvoll angesehen, die von der „Spezzino-Rechtsprechung“ des EuGH *bundeseinheitlich* Gebrauch macht und explizit vorrangige und direkte Rettungsdienstvergaben an die anerkannten Zivil- und Katastrophenschutzorganisationen vom Vergaberecht freistellt, sofern das Landesrecht – im Hinblick auf die Regelungskompetenz der Länder für das Rettungswesen – nichts Abweichendes bestimmt.

Dem hat die Bundesregierung mit ihrem Gesetzentwurf zu § 107 Nr. 4 GWB-E zwar nur teilweise entsprochen. Gleichwohl ist aus kommunaler Sicht zu begrüßen, dass sie die Bereichsausnahme klar auf die *„nach Bundes- oder Landesrecht anerkannten Zivil- und Katastrophenschutzorganisationen“* konkretisiert hat und damit unterstreicht, dass die Bereichsausnahme einem integrierten Bevölkerungsschutz dient und hieraus ihre innere Rechtfertigung bezieht. Noch entscheidender ist darüber hinaus die Streichung der Ausführungen zur angeblichen Geltung der „allgemeinen Vergaberechtsgrundsätze“ in der Gesetzesbegründung, mit der die Bundesregierung zum Ausdruck bringt, dass auch sie nicht von der Anwendung eines „Vergaberechts light“ ausgeht.

Sollte sich zeigen, dass dies entgegen der Regelungsintention der Bundesregierung nicht genügt, um im Interesse der Sicherstellung eines integrierten Bevölkerungsschutzes eine höchstmögliche Rechtssicherheit für vorrangige Rettungsdienstvergaben an die anerkannten Zivil- und Katastrophenschutzorganisationen zu schaffen, sind weitergehende gesetzliche Regelungen auf der Grundlage der Spezzino-Rechtsprechung des EuGH möglich und angezeigt. Die kommunalen Spitzenverbände würden es begrüßen, wenn auch der Bundestag dies in seinen Beratungen nochmals unterstreicht.

## **V. Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen, § 130 GWB-E (Aufträge) bzw. § 153 GWB-E (Konzessionen)**

Für Aufträge über soziale und andere besondere Dienstleistungen, die im Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU aufgeführt sind, sieht die Richtlinie an sich ein „vereinfachtes Vergabeverfahren“ (Sonderregime) nach den Art. 74 ff. der Richtlinie vor: Öffentliche Auftraggeber sind danach lediglich verpflichtet, im Vergabeverfahren die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung einzuhalten und haben darüber hinaus die beabsichtigte Vergabe (ex-ante) sowie die Ergebnisse des Vergabeverfahrens (ex-post) europaweit bekannt zu machen. Für die Vergabe von Konzession sieht Art. 19 der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU Entsprechendes vor.

Die kommunalen Spitzenverbände bedauern, dass auch der Gesetzentwurf der Bundesregierung für die Vergabe dieser sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen in § 130 GWB-E (Aufträge) weiterhin nur eine freie Verfahrenswahl zwischen dem offenen und dem nicht-offenen Verfahren, dem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, dem wettbewerblichen Dialog und der neuen Innovationspartnerschaft vorsieht und nicht darüber hinaus auch eine freie Verfahrensgestaltung erlaubt, wie sie § 153 GWB-E im Übrigen für die Vergabe von Konzessionen vorsieht

Auch der Gesetzentwurf der Bundesregierung schöpft damit die durch die EU-Vergaberichtlinien eröffneten Handlungsspielräume für eine flexiblere Verfahrensgestaltung nicht umfassend aus.

Die kommunalen Spitzenverbände nehmen insoweit aber Ankündigungen des BMWi zur Kenntnis, dass zumindest in Rahmen der Vergabeverordnung weitergehende verfahrensrechtliche Erleichterungen geschaffen werden sollen, so dass letztlich über die freie Wahl des Verfahrens hinaus weitere Flexibilisierungen eröffnet würden.

## **VI. Berücksichtigung ökologischer und sozialer Aspekte (§ 97 Abs. 3 GWB-E)**

Ziel der Vergaberechtsmodernisierung auf europäischer und nationaler Ebene ist eine Vereinfachung und Flexibilisierung des Vergaberechts sowie eine Stärkung der Berücksichtigung strategischer Ziele. Als Klarstellung und Erweiterung der kommunalen Beschaffungsautonomie begrüßen wir es insoweit ausdrücklich, dass in jeder Phase des Vergabeverfahrens von der Definition der Leistung über Eignungs- und Zuschlagskriterien bis zu Ausführungsbedingungen qualitative, soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte einbezogen werden können.

Weitergehende rechtliche Vorgaben zur Einbeziehung sekundärer Vergabezwecke als Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen namentlich durch eine „Soll“-Regelung lehnen wir dagegen ab. Sie gehen über eine 1:1-Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien hinaus, erhöhen den bürokratischen Aufwand, der gerade reduziert werden soll, verringern kommunale Handlungsspielräume und würden vor allem neue Rechtsunsicherheiten schaffen:

So wäre nicht auszuschließen, dass eine „Soll“-Regelung (intendiertes Ermessen) als potentiell bieterschützende Vorschrift auch von nicht berücksichtigten Bietern genutzt werden könnte, um Vergabeentscheidungen mit der Begründung anzugreifen, dass bestimmte Kriterien in „ermessensfehlerhafter Weise“ nicht einbezogen wurden. Zudem könnten § 127 (Zuschlagskriterien) und § 128 (Ausführungsbedingungen) GWB-E als Soll-Regelung dahingehend missverstanden werden, dass sekundäre Vergabeziele „vorrangig“ als Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen (und nicht etwa auch als Mindestanforderungen an den Leistungsgegenstand) einbezogen werden sollen. Dies würde die öffentlichen Auftraggeber und ihre Gestaltungsmöglichkeiten nachteilig beschränken: Es muss den öffentlichen Auftraggebern weiterhin überlassen bleiben, ob sie solche Kriterien im Rahmen eines Vergabeverfahrens zu Grunde legen und wenn ja, ob sie die Kriterien als Mindestanforderungen im Rahmen der Leistungsbeschreibung oder als Zuschlags- oder Ausführungsbedingungen vorsehen.

Im Interesse effizienter und rechtssicherer Beschaffungsprozesse fordern die kommunalen Spitzenverbände daher nachdrücklich, die §§ 127 und 128 GWB-E als „Kann-Regelung“ unverändert aus dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zu übernehmen. Dies geschieht auch mit Blick auf den im Einzelfall unverhältnismäßig hohen Verwaltungsaufwand auf Bieterseite, der mit der Einbeziehung solcher Kriterien verbunden sein kann und der gerade kleinere und mittelständische Unternehmen vermehrt von einer Teilnahme am Vergabeverfahren Abstand nehmen lässt.

Für weitergehende gesetzliche Vorgaben besteht auch deshalb keine Notwendigkeit, weil die Kommunen ihren Beschaffungsmaßnahmen schon in der Vergangenheit stets auch weitergehende, insbesondere ökologische Kriterien, zugrunde gelegt haben; die jahrelange Diskussion um angeblich „vergabefremde Zwecke“ ist Beleg

dafür. Sofern solche Kriterien nachprüfbar und rechtssicher vorzugeben sind, berücksichtigen Kommunen regelmäßig ökologische und soziale Anforderungen bei der Leistungsbeschreibung, der Eignungsprüfung und der Anwendung der Zuschlagskriterien und kommen auch diesbezüglich ihrer Vorbildfunktion schon heute nach.

Eine noch weitergehende Berücksichtigung ökologischer und sozialer Aspekte kann nicht für den Preis rechtsunsicherer Vergabeverfahren durch gesetzliche Verpflichtungen im Vergaberecht erzwungen, sondern nur dadurch erreicht werden, dass ihre Handhabe durch europaweit gültige und allgemein anerkannte Gütezeichen (Labels) und Zertifizierungen erleichtert und rechtssicherer gemacht wird, indem sie Auftraggebern wie Bietern eine handhabbare Überprüfung der entsprechenden Aspekte ermöglichen.

## **VII. Personalübergang bei Vergabe von Nahverkehrsleistungen**

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme vom 25.9.2015 vorgeschlagenen, bei der Vergabe von Nahverkehrsleistungen die Anordnung eines Personalübergangs auf den neuen Betreiber nach Art. 4 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 für den Schienenpersonennahverkehr als „Soll-Regelung“ regelmäßig verpflichtend zu machen (§ 131 GWB-E, bisher: Kann-Regelung) und diese Vorgabe durch einen neuen § 131a GWB-E auch auf ÖPNV-Vergaben zu erstrecken.

Die kommunalen Spitzenverbände sprechen sich demgegenüber dafür aus, nicht über eine 1:1-Umsetzung europäischer Regelungen hinauszugehen und *insgesamt* bei einer Kann-Regelung zu bleiben. Schon heute eröffnet Artikel 4 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 für die Vergabe von Nahverkehrsleistungen im öffentlichen Schienen- und Straßenpersonenverkehr (fakultativ) die Möglichkeit, eine Personalübernahme für den Fall anzuordnen, dass es im Zuge einer Ausschreibung zu einem Betreiberwechsel kommt.

Weitergehende Verpflichtungen auch durch eine „nur“ als Soll-Regelung gefasste Vorgabe zur Anordnung eines Personalübergangs würden die notwendigen Handlungsspielräume der SPNV- und ÖPNV-Aufgabenträger einschränken und – insbesondere im ÖPNV, aber teilweise auch im SPNV – erhebliche praktische Schwierigkeiten und Rechtsunsicherheiten schaffen:

- Aufgrund der mittelständischen Strukturen und der geringen Größe der Vergabernetze ist insbesondere im ÖPNV die Zuordnung von Betriebsbelegschaften zu einzelnen ÖPNV-Vergaben, die notwendige Voraussetzung für die Anordnung eines Personalübergangs ist, regelmäßig nicht sachgerecht möglich: So werden von den meisten Betriebsstandorten eine Mehrzahl von Verkehrsnetzen/Linienbündeln bedient und Fahrer im Wechsel auf unterschiedlichen Linien eingesetzt. Auch im SPNV kann eine sachgerechte Zuordnung bei kleineren Netzen unmöglich sein. Eine entsprechende Vorgabe wäre daher nicht umsetzbar.
- Gerade der demografische Wandel kann zudem Angebotsanpassungen notwendig machen, die einen Beschäftigungsabbau erfordern und einer Personalübernahme mithin entgegenstehen.
- Wegen des Fehlens eines Branchentarifvertrages kann gerade im ÖPNV die Anordnung eines Personalübergangs überdies dazu führen, dass unterschiedliche Lenk- und Ruhezeiten beachtet und Dienstpläne für Teilbelegschaften erstellt



werden müssen. Der Personaleinsatz zur Gewährleistung eines neuen, integrierten Verkehrsangebots und Angebotszuschnitts wird dadurch erheblich erschwert.

- Nicht zuletzt erschwert die Verpflichtung zur Personalübernahme den Markteintritt neuer Anbieter, die aber gerade in den letzten Jahren insbesondere in der Fläche das Verkehrsangebot oftmals deutlich verbessert haben. Eine Zementierung bestehender Angebots- und Anbieter-Strukturen kann nicht gewollt sein.

Auch eine „Soll-Regelung“ (intendiertes Ermessen) in § 131 GWB-E bzw. § 131a GWB-E, wie sie der Bundesrat vorschlägt, wäre insoweit problematisch: Sie statuiert im Ergebnis ein Regel-Ausnahme-Verhältnis und impliziert, dass es nur ausnahmsweise legitime Gründe gibt, von der Anordnung einer Personalübernahme abzusehen. Welche dies jeweils wären, bleibt aber offen. Man wird zudem davon ausgehen müssen, dass auch eine Soll-Regelung grundsätzlich „bieterschützend“ ist. Es steht daher zu befürchten, dass gerade auch ein unterlegener Bieter sich darauf beruft, aus „ermessensfehlerhaften“ Gründen sei von der Anordnung eines Personalübergangs abgesehen worden bzw. „ausnahmsweise“ von ihr hätte abgesehen werden müssen.

Die Entscheidung über die Anordnung einer Personalübernahme nach Art. 4 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 muss daher von den jeweiligen Gegebenheiten des Einzelfalls abhängig gemacht werden können. Die kommunalen Spitzenverbände sprechen sich deshalb nachdrücklich für den Erhalt notwendiger Handlungsspielräume zur Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung der Bevölkerung und die Beibehaltung der bisherigen „Kann“-Regelung aus: An der bisherigen fakultativen Möglichkeit der Anordnung der Personalübernahme im Einzelfall ist festzuhalten, von einer weitergehenden Verpflichtung aber abzusehen. In jedem Fall unterbleiben muss eine Erstreckung der Regelungen auf den straßengebundenen ÖPNV (§ 131a GWB-E), da diese in der Praxis kaum rechtssicher handhabbar wäre.

Ausdrücklich begrüßen würden die kommunalen Spitzenverbände dagegen die in § 131 a GWB-E (Bundesrat) ebenfalls enthaltene Klarstellung, dass § 131 Abs. 2 GWB (mit seinem Verweis auf Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007) auch im ÖPNV gilt: Das OLG Frankfurt (Az. 11 Verg 15/13 vom 30.1.2014) hatte dies entgegen OLG Düsseldorf (Az. VII-Verg 48/10 vom 2.3.2011) und OLG München (Az.: Verg 6/11 vom 22.6.2011) in Zweifel gezogen, ohne dem BGH vorzulegen. Für die Praxis wäre daher eine Klarstellung durch den Gesetzgeber wünschenswert. Diese könnte allerdings auch direkt in § 131 Abs. 2 GWB als letzter Satz („Das Gleiche gilt für öffentliche Aufträge über Personenverkehrsleistungen auf der Straßen nach § 8a und § 8b Personenbeförderungsgesetz.“) erfolgen.

### **VIII. Ausnahme von Wasserkonzessionen (§ 149 Nr. 9 GWB-E)**

Mit § 149 Nr. 9 GWB-E wird die Ausnahme für Konzessionen im Bereich der Trinkwasserversorgung nach Art. 12 der Richtlinie über die Konzessionsvergabe umgesetzt. Diese Regelung hat eine enorme Bedeutung für die kommunale Wasserwirtschaft. Sie gewährt aber ausweislich der Begründung zu § 149 Nr. 9 GWB-E keine Freistellung vom sog. Vergabeprimärrecht. Wir halten es daher für erforderlich, im Gesetzeswortlaut klarzustellen, dass die Ausnahmen des § 108 GWB-E (In-House-Vergabe und interkommunale Kooperation) sowie die besonderen Sektoren-

ausnahmen auch bei Vergabeverfahren, die nicht nach den Vorgaben des GWB, sondern nach den Grundsätzen des Europäischen Primärrechts erfolgen, entsprechend und unter besonderer Berücksichtigung der kommunal geprägten Wasserwirtschaft anwendbar sind.

Über diese besondere Berücksichtigung bestand in dem Verfahren zum Erlass der maßgeblichen Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe zwischen den Vertretern des Europäischen Parlaments, der Kommission und des Rates insoweit Einigkeit, dass es Unternehmen, an denen keine Privaten beteiligt und die nicht nur in der Wasserversorgung tätig sind, sondern auch auf liberalisierten Märkten (sog. Mehrspartenstadtwerke), grundsätzlich möglich sein sollte, im Hinblick auf die Vergabe einer Trinkwasserkonzession an einem In-House-Geschäft teilzunehmen.

Dabei sollte das Wesentlichkeitskriterium im Rahmen des In-House-Geschäftes für die zu konzessionierenden Unternehmen dann erfüllt sein, wenn diese Unternehmen 80 Prozent der Umsätze im Bereich der Wasserversorgung mit dem öffentlichen Auftraggeber oder mit anderen juristischen Personen, die von diesem kontrolliert werden, erzielen. Um mögliche Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, sollten entsprechende Unternehmen die Tätigkeiten im Bereich der Wasserversorgung von den im Wettbewerb stehenden Tätigkeiten bis zum 1. Juli 2020 organisatorisch oder mittels Kontentrennung separieren (vgl. Council of the European Union, 14.06.2013, 2011/0437 (COD), S. 32 f., 141 ff.).

Erst mit dem Vorstoß der Europäischen Kommission, eine generelle Ausnahme für Wasserkonzessionen aufzunehmen, wurde die besondere Berücksichtigung der Wasserwirtschaft im Rahmen von In-House-Geschäften unter der Annahme nun eine weitergehende Ausnahmeregelung zu treffen, nicht weiter verfolgt.

Angesichts erster in der Praxis auftretender Unsicherheiten zur Frage der In-House-Geschäfte bei der Konzessionsvergabe nach dem Vergabeprimärrecht halten wir es für geboten, den Gesetzeswortlaut und die Begründung klarer zu fassen.

## **IX. Grundsatz der elektronischen Kommunikation (§ 97 Abs. 5 GWB-E)**

Die Einführung der elektronischen Kommunikation und der eVergabe zielt darauf ab, das Vergaberecht zu modernisieren und kann einen wichtigen Beitrag dazu leisten, Vergaben zeit- und kostengünstiger sowie auch rechtssicherer zu machen.

Voraussetzung für eine breite Anwendung ist allerdings, dass die verschiedenen eVergabe- und Bedienkonzept-Systeme kompatibel (xVergabe) sind und werden. Nur dann kann die eVergabe über den EU-Bereich hinaus auch schnell unterhalb der EU-Schwellenwerte breite Akzeptanz finden. Dabei ist zu vermeiden, dass den öffentlichen Auftraggebern durch die parallele Durchführung elektronischer und papiergebundener Vergabeverfahren ein doppelter Aufwand entsteht. Gleichzeitig muss sichergestellt werden, dass elektronische Vergabeverfahren durch den damit verbundenen Aufwand und die insoweit gestellten technischen Anforderungen nicht faktisch zu einem Ausschluss kleinerer und mittelständischer Bieter führen.

Mit Blick auf die in den EU-Vergaberichtlinien vorgesehenen Übergangsfristen für die Einführung elektronischer Vergabeverfahren halten wir es für erforderlich, diese Fristen unverändert in nationales Recht zu überführen und nicht abzukürzen. Insoweit ist

auch auf Gesetzesebene klarzustellen, dass dieser Grundsatz bis zum Ablauf der jeweiligen Umsetzungsfristen (noch) keine Geltung beansprucht.

## **X. Statistik-Verpflichtungen (§ 114 GWB-E)**

Die in § 114 GWB-RefE vorgesehene Verpflichtung der Auftraggeber, umfangreiche statistische Daten zu ihren Vergaben sowohl unter- wie oberhalb der EU-Schwellenwerte zu erheben, lehnen wir ab. Diese Verpflichtung impliziert angesichts des Umfangs der zu erfassenden Vergaben einen erheblichen zusätzlichen Ermittlungs- und Personalaufwand.

Insoweit fordern wir nachdrücklich, die Statistik-Verpflichtungen auf das europarechtliche gebotene Maß zu begrenzen.