

# Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände



Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände · Hausvogteiplatz 1, 10117 Berlin

26. Mai 2015

Bundesministerium für  
Wirtschaft und Technologie  
Referat I B 6  
Herrn Dr. Solbach  
Scharnhorststr. 34-37  
10115 Berlin

Bearbeitet von  
Bernd Düsterdiek (DStGB)  
(Az: 823-17)

Telefon +49 228 95962-14  
Telefax +49 228 95962-22

E-Mail:  
bernd.duesterdiek@dstgb.de

vorab: [buero-ib6@bmwi.bund.de](mailto:buero-ib6@bmwi.bund.de)

Dr. Markus Brohm (DLT)  
(Az.: I-810-10)

Telefon: +49 30 590097-331  
Telefax: +49 30 590097-430

E-Mail:  
Markus.Brohm@Landkreistag.de

Barbara Meißner (DST)  
(Az.:74.08.63 E)

Telefon: +49 221 3771-276  
Telefax: +49 221 3771-609

E-Mail:  
barbara.meissner@staedtetag.de

## **Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (VergModG)**

Sehr geehrter Herr Dr. Solbach,  
sehr geehrte Damen und Herren,

die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände bedankt sich für die Übersendung des Referentenentwurfs für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts und für die Möglichkeit der Stellungnahme.

Wir möchten vorab anmerken, dass eine Stellungnahmefrist von wenig mehr als zwei Wochen in diesem Zusammenhang unangemessen ist. Bei dem übersandten Gesetzentwurf, der das umfangreiche EU-Vergaberechtsmodernisierungspaket umsetzen soll, handelt es sich um das wichtigste vergaberechtliche Gesetzgebungsverfahren der letzten zehn Jahre. Der Bedeutung dieses Gesetzesvorhabens wird die eingeräumte Stellungnahmefrist in keiner Weise gerecht. Das gilt in besonderem Maße gegenüber der kommunalen Seite, die als öffentlicher Auftraggeber von den neuen Vergaberechtsvorschriften maßgeblich betroffen ist.

Hinzu kommt, dass mit dem Referentenentwurf zunächst nur diejenigen Regelungen vorgelegt werden, die im Vierten Teil des GWB stehen und gleichsam „vor die Klammer gezogen“ werden. Wesentliche weitere Regelungen sind den Vergabeverordnungen vorbehalten.

Vor diesem Hintergrund können wir nachstehend lediglich eine erste, vorläufige Bewertung des Referentenentwurfs vornehmen. Herausgehobene Bedeutung haben für uns dabei die Regelungen zu Inhouse-Vergaben, zur Interkommunalen Zusammenarbeit, zur Vergabe von sozialen Dienstleistungen und zur Vergabe von Rettungsdiensten. Bei den Regelungen zur Inhouse-Vergabe sehen wir dabei punktuellen Klarstellungsbedarf, bei den Regelungen zur Vergabe sozialer Dienstleistungen und zur Bereichsausnahme für Rettungsdienste halten wir grundlegende Änderungen für erforderlich.

Weitergehende Stellungnahmen behalten wir uns ausdrücklich vor und erwarten, dass das BMWi mit den kommunalen Spitzenverbänden weiter in einem konstruktiven Dialog über den Referentenentwurf verbleibt.

## **I. Allgemeines**

Unserer nachfolgenden Stellungnahme zum GWB-Referentenentwurf dürfen wir zunächst einige grundlegende Anmerkungen vorausschicken:

### *- Struktur des Vergaberechts*

Die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände begrüßt die Absicht der Bundesregierung, 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 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 derzeit nicht erkennbar, wie die mit dem GWB-Referentenentwurf gleichsam vor die Klammer gezogenen Regelungen widerspruchsfrei mit einer fortgeführten VOB/A zusammengehen sollen. Die VOB-Beibehaltung bedeutet daher einen Systembruch und steht einer umfassenden Vereinheitlichung entgegen. Sie kann zu divergierenden und für die Praxis schwer handhabbaren Regelungen und mithin zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen.

### *- 1:1-Umsetzung darf nicht zu Verzicht auf eigene Gestaltung führen*

Die geplante 1:1-Umsetzung der EU-Richtlinien in das deutsche Recht darf nicht zum Verzicht auf eigene Gestaltungsoptionen des nationalen Rechtsgebers führen. So sollten sowohl die zwingenden Ausschlussgründe von Angeboten reduziert als auch der durch die vielen Landesvergabegesetze geschaffene und dem Transparenz- und

Wettbewerbsgebot des § 97 Abs. 1 GWB nicht entsprechende Wildwuchs beseitigt werden.

Schließlich muss die in der Vergabeverordnung (§ 4 Abs. 2 S. 4 VgV) derzeit noch bestehende Grenze von 25 Prozent für die Berücksichtigung der Qualität des Personals als Zuschlagskriterium möglichst schnell entfallen. Diese Grenze wird den spezifischen Herausforderungen, denen die Kommunen gerade bei der Ausschreibung von personenbezogenen Dienstleistungen für Flüchtlinge und bei der Auswahl qualifizierten Betreuungspersonals im Hinblick auf deren pädagogischen und sozialen Fähigkeiten sowie bei der Sprache (auch Englisch) genügen müssen, nicht gerecht.

- *Verordnung über Konzessionsvergabe schlank ausgestalten*

Die Bundesvereinigung weist zudem darauf hin, dass die avisierte Verordnung über die Konzessionsvergabe in Umsetzung der viel zu umfänglich geratenen Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU wesentlich schlanker ausgestaltet werden sollte. Nachdem die Grundsätze der Konzessionsvergabe und die Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit bereits im GWB-Entwurf – dort §§ 101, 105 sowie 148 bis 154 – geregelt werden, sollte das Konzessionsverfahrensrecht auf wenige Ecknormen beschränkt werden.

- *Diskrepanz von Ober- und Unterschwellenrecht vermeiden*

Das EU-Vergabemodernisierungspaket sieht eine Reihe von Verfahrensflexibilisierungen und -erleichterungen vor. Das gilt namentlich für die freie Wahl zwischen dem Offenen und dem Nichtoffenen Verfahren, die durch Art. 26 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU nicht nur als Umsetzungsoption, sondern als Umsetzungsverpflichtung zwingend vorgegeben wird („Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass die öffentlichen Auftraggeber offene oder nichtoffene Verfahren...anwenden können“). Wir begrüßen, dass § 119 Abs. 2 GWB-RefE dementsprechend eine freie Verfahrenswahl vorsieht.

Mit Blick auf die Gesamtnovelle des Vergaberechts fordern wir Bund und Länder allerdings bereits an dieser Stelle auf, dass die im Oberschwellenbereich zu schaffenden Verfahrensflexibilisierungen und -erleichterungen auch auf den Unterschwellenbereich übertragen werden.

In diesem Zusammenhang sehen wir kritisch, dass die Bundesregierung erst nach Umsetzung der EU-Richtlinien „zeitnah den Anpassungsbedarf für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte prüfen“ will. Damit würden im April 2016 für nur ca. fünf Prozent der kommunalen Vergaben (im Oberschwellenbereich) flexiblere Regeln – wie etwa die Erweiterung des Verhandlungsverfahrens oder die Gleichstellung des offenen mit dem nichtoffenen Verfahren – gelten. Diese Diskrepanz ist nicht nachvollziehbar und ist durch eine zeitgleiche Übertragung der flexibleren EU-Normen auch für das „Massengeschäft“ der Unterschwellenvergaben zum 18. April 2016 zwingend zu vermeiden.

Allerdings bedarf es dabei unterhalb der EU-Schwellenwerte eines eigenständigen sowie bundesweit geltenden, schlanken Vergaberechts. Eine reine 1:1-Übertragung des EU-Vergaberechts auf Unterschwellenvergaben würde den spezifischen und damit eigenständigen Anforderungen des dort als Haushaltsrecht geregelten Vergaberechts, das dem Ziel dient, eine funktionstüchtige Verwaltung unter Beachtung der

Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sicherzustellen, nicht gerecht. Daher muss es weiter eigene Regelungen für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte geben. Das beinhaltet insbesondere auch Regelungen, dass etwa auch beschränkte oder freihändige Vergaben möglich sind, wenn ein Missverhältnis zwischen dem Aufwand der Ausschreibung und dem Wert der Leistung besteht.

- *Doppelregelungen vermeiden – PQ-Verfahren mit EEE harmonisieren*

Doppelregelungen sind nach Auffassung der Bundesvereinigung zu vermeiden. So ist insbesondere das nationale und bestehende Präqualifikationsverfahren (PQ) in die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) zu integrieren. Da die Einheitliche Europäische Eigenerklärung anders als das deutsche PQ-Verfahren auch die Abgabe auftragsbezogener Erklärungen der Bieter als Eignungsnachweis vorsieht, muss zur vollen Kompatibilität künftig auch das PQ-Verfahren die Möglichkeit für auftragsbezogene Unternehmensnachweise schaffen.

## **II. Anmerkungen zum GWB-Referentenentwurf:**

Zu dem vorgelegten GWB-Referentenentwurf nehmen wir im Einzelnen wie folgt (vorläufig) Stellung:

### **1. Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit**

Erstmalig kodifiziert werden in den Richtlinien die „Öffentlichen Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors“. Der Referentenentwurf übernimmt die entsprechenden Regelungen zu Inhouse-Vergaben und zur Interkommunalen Zusammenarbeit dabei zum Teil nicht wortgleich. Nach erster Durchsicht und Einschätzung erfolgt die Umsetzung des europäischen Richtlinienrechts aber im Wesentlichen sinngemäß und richtig.

Auf drei Punkte möchten wir in diesem Zusammenhang allerdings hinweisen:

- *Inhouse-Vergabe, zu § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB-RefE*

Die Neuregelung 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 RefE 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 muss in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass auch etwaige Umsätze, die ein Auftragnehmer mit Privaten erzielt, grundsätzlich nicht Inhouse-schädlich sind, sofern diese Umsätze der Ausführung einer von der Kommune oder ihren eigenen Einrichtungen übertragenen Aufgabe dienen. § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB RefE stellt zudem darauf ab, dass es sich um eine Aufgabe handeln muss, mit welcher der Auftragnehmer vom öffentlichen Auftraggeber „betraut wurde“. Mithin sind nicht nur klassische kommunale Daseins-

vorsorgetätigkeiten, wie etwa die Trinkwasserversorgung oder die Abwasserbeseitigung, umfasst, sondern auch weitere Dienstleistungen im Wirkungskreis des bzw. der betreffenden Auftraggeber. 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 Inhouse-schädlich sein. Hierbei darf nicht unbeachtet bleiben, dass die in diesem Zusammenhang ergangene – vereinzelt – Rechtsprechung (vgl. etwa OLG Hamburg v. 14.12.2010 – 1 Verg 5/10) bislang keinerlei Entsprechung durch den Europäischen Gerichtshof gefunden hat.

Mithin kann es auch nicht darauf ankommen, ob im Einzelfall eine Beauftragung einen liberalisierten Bereich/Markt betrifft. Allein entscheidend ist, wer im Einzelnen Adressat einer Leistung ist. Solange die entsprechenden Umsätze der „Ausführung der jeweiligen Aufgabe“ dienen, sind sie dem Inhouse-Umsatz hinzuzurechnen. Hierfür spricht nicht zuletzt auch die Gesetzesbegründung, welche zu § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB RefE aufführt, 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“.

- *Inhouse-Vergabe, zu § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB-RefE*

Nach Art. 12 Abs. 1 lit. c) der Auftragsvergaberichtlinie 2014/24/EU (bzw. Art. 17 Abs. 1 lit. c) der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU und Art. 28 Abs. 1 lit. c) der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU) setzt eine vergaberechtsfreie Inhouse-Vergabe u.a. voraus, dass an der beauftragten kontrollierten juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, *„mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die in Übereinstimmung mit den Verträgen durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.“*

Während nach den Richtlinien-texten nicht eindeutig ist, ob sich das einschränkende Erfordernis einer *gesetzlich vorgeschriebenen* privaten Kapitalbeteiligung auch auf den ersten Fall der „nicht beherrschenden Formen der privaten Kapitalbeteiligung“ beziehen soll, macht § 108 Abs. 1 GWB-RefE den letzten Halbsatz der zitierten Richtlinienvorschrift(en) zur Voraussetzung für beide Alternativen, indem er ihn voran stellt und sowohl auf nicht beherrschende Formen der privaten Kapitalbeteiligung (§ 108 Abs. 1 Nr. 3a) GWB-RefE) als auch auf Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität (§ 108 Abs. 1 Nr. 3b) GWB-RefE) bezieht.

Für uns lässt sich nach erster Durchsicht nicht ausschließen, dass durch diese abweichende Regelungssystematik ein zusätzliches einschränkendes Erfordernis für Inhouse-Vergaben statuiert wird, das über die Vorgaben des EU-Rechts hinausgeht. Die Gesetzesbegründung enthält keine näheren Angaben, aus welchen Gründen diese gegenüber den Richtlinien-texten abweichende Regelungssystematik gewählt wird. Es muss mithin klargestellt werden, dass sog. stille Gesellschafter, die keinen maßgeblichen unternehmerischen Einfluss auf die Gesellschaft ausüben können, die Inhouse-Fähigkeit grundsätzlich nicht in Frage stellen. Hierfür spricht letztlich auch

der aus den Erwägungsgründen der Vergaberichtlinien übernommene Hinweis in der Gesetzesbegründung, dass „indirekte private Beteiligungen an der kontrollierten juristischen Person unschädlich sind.“

- *Interkommunale Zusammenarbeit nach § 108 Abs. 6 GWB-RefE*

Wir begrüßen seitens der kommunalen Spitzenverbände, dass die Regelungen zur horizontalen bzw. interkommunalen Zusammenarbeit in Wesentlichen wortgleich aus den Richtlinientexten in § 108 Abs. 6 GWB-RefE übernommen wurden.

In der Gesetzesbegründung (S. 97/98) führt der Referentenentwurf unter Bezug auf den Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU aus, 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 müsse nach Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU zwar auf einem „kooperativen Konzept“ beruhen, dies erfordere jedoch nicht, dass alle teilnehmenden Stellen wesentliche vertragliche Pflichten übernehmen müssten, solange sie einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung leisteten.

Seitens der kommunalen Spitzenverbände verstehen wir diese Ausführungen dahingehend, dass – entgegen einer 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 Rechte und Pflichten sollte es dabei – entgegen dem OLG Koblenz – bewusst nicht ankommen. 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 oder wechselseitige Beiträge zur Voraussetzung für die Annahme einer vergabefreien interkommunalen Zusammenarbeit gemacht.

Die Gesetzesbegründung zu § 108 Abs. 6 GWB-RefE spiegelt dieses Verständnis wider.

Die Relevanz dieser Regelung bestätigt ein Blick in die kommunale Praxis: Oft wird zwischen kreisangehörigen Städten und Gemeinden 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. In der Praxis wird beispielsweise vielfach 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. 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 Einkaufsgemeinschaften werden gegründet. Die Zusammenarbeit im Bereich der Abfallentsorgung ist ebenfalls durchaus vorhanden ebenso wie im Tourismusbereich.

Im Rahmen des Vergaberechts selbst kooperieren Zentrale Vergabestellen der größeren Städte und Gemeinden, aber auch der Landkreise gelegentlich mit kreisangehörigen Kommunen. Sie wickeln deren Vergabeverfahren über die E-Vergabe formell bis zum Zuschlag ab. 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.

## **2. Vergabe sozialer und anderer besonderer Dienstleistungen, §130 GWB-RefE (Aufträge) bzw. § 153 GWB-RefE (Konzessionen)**

Kritisch sehen wir seitens der kommunalen Spitzenverbände, dass der GWB-Referentenentwurf hinsichtlich des Sonderregimes für die Vergabe sozialer und anderer besonderer Dienstleistungen die durch das EU-Richtlinienrecht eröffneten Handlungsspielräume für eine flexiblere Verfahrensgestaltung nicht ausschöpft.

Für *Aufträge* über soziale und andere besondere Dienstleistungen, die im Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU aufgeführt sind, sieht die Richtlinie 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 *Konzessionen* sieht Art. 19 der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU Entsprechendes vor.

Insofern stellen wir mit Bedauern fest, dass § 130 GWB-RefE den öffentlichen Auftraggebern bei der Vergabe von *Aufträgen* über soziale und andere besondere Dienstleistungen bislang lediglich die Möglichkeit einräumt, zwischen den einzelnen geregelten Verfahrensarten *frei zu wählen*, dass er sie im Übrigen aber auf diese

Verfahren festlegt; § 130 Satz 2 GWB-RefE bestimmt zudem, dass ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nur möglich ist, soweit dies aufgrund eines Gesetzes gestattet ist. Nur für die Vergabe von *Konzessionen* über soziale und andere besondere Dienstleistungen sieht § 153 Satz 1 GBW-RefE vor, dass – abgesehen von der Pflicht zur Veröffentlichung der Vergabeabsicht in einer Vorinformation gemäß Art. 31 Abs. 3 Satz 2 der Konzessionsrichtlinie – nur die allgemeinen Vergaberechtsgrundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit zu beachten sind.

Die kommunalen Spitzenverbände fordern den Bundesgesetzgeber insoweit dazu auf, nicht nur für die Vergabe von *Konzessionen*, sondern auch für die Vergabe von *Aufträgen* über soziale und andere besondere Dienstleistungen die europarechtlich eröffneten Spielräume sowohl hinsichtlich der Verfahrenswahl als auch hinsichtlich der möglichen Verfahrensgestaltung umfassend zu nutzen und im Sinne einer 1:1-Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien nur das zu regeln, was an Vorgaben unbedingt erforderlich ist. Dem steht nicht entgegen, dass mit einer freieren Verfahrensgestaltung im Einzelfall auch Rechtsunsicherheiten und zusätzlicher Verwaltungsaufwand einhergehen können. Es gilt vielmehr, die durch die EU-Vergaberichtlinien eröffneten Spielräume für eine flexiblere Verfahrensgestaltung im Einzelfall nutzen zu können. Eine freiwillige Orientierung an eingeführten Vergabeverfahrensarten ist davon unbenommen.

Begrüßt wird von kommunaler Seite der Hinweis in der Gesetzesbegründung zu § 105 GWB-RefE (S. 90), dass aus Erwägungsgrund 13 der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU zu schließen ist, dass die Auswahl von Dienstleistungserbringern im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis nicht der Richtlinie 2014/23/EU unterfällt.

### **3. Bereichsausnahme Rettungsdienste, § 107 Nr. 4 GWB-RefE**

Für unzureichend erachten wir seitens der kommunalen Spitzenverbände die Umsetzung der Bereichsausnahme für Rettungsdienste. § 107 Nr. 4 GWB-RefE übernimmt insoweit lediglich wortgleich die in den EU-Vergaberichtlinien vorgesehenen Bereichsausnahmen und lässt damit die substanziellen Handlungsspielräume des nationalen Gesetzgebers für eine *umfassende* Freistellung der Vergabe bestimmter Rettungsdienstleistungen unausgeschöpft, obwohl diese in der Regelungssystematik der Vergaberichtlinien verankert sind und durch die jüngste Rechtsprechung des EuGH eindrucksvoll bestätigt wurden.

Die kommunalen Spitzenverbände fordern den Bundesgesetzgeber auf, die insoweit bestehenden Handlungsspielräume im Interesse eines effizienten, flächendeckenden Rettungs-, Zivil- und Katastrophenschutzes umfassend zu nutzen.

Im Kern geht es um die Frage, ob die in Art. 10 Abs. 8 lit. g) der Auftragsvergaberichtlinie 2014/23/EU bzw. Art. 10 lit. h) der Konzessionsrichtlinie 2014/24/EU und Art. 21 lit. h) der Sektorenauftragsrichtlinie 2014/25/EU enthaltene Bereichsausnahme für die Vergabe bestimmter Rettungsdienstleistungen an *gemeinnützige Hilfsorganisationen* nur von der Anwendung des Vergabesekundärrechts befreit oder darüber hinaus auch von der Beachtung des sog. Vergabeprimärrechts, d.h. von den aus den Grundfreiheiten abgeleiteten allgemeinen Vergabegrundsätzen (Transparenz, Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit und Nachprüfbarkeit).



Bereits die Regelungssystematik der EU-Vergaberichtlinien legt jedoch eine umfassende Freistellung von vergaberechtlichen Vorgaben nahe: So unterfallen die von der Bereichsausnahme *nicht erfassten* reinen Patientenbeförderungen und die von der Bereichsausnahme *nicht erfassten* gewerbsmäßig durchgeführten Rettungsdienste nicht etwa den allgemeinen Regeln der Vergaberichtlinien, sondern dem sog. „vereinfachten Vergaberegime“ der Art. 74 ff. der Richtlinie 2014/24/EU bzw. des Art. 19 der Richtlinie 2014/24/EU, das im Wesentlichen nur die Beachtung der allgemeinen Vergabegrundsätze („Vergaberecht light“) verlangt. Im Umkehrschluss kann dies nur bedeuten, dass für die von der Bereichsausnahme positiv erfassten – und insofern besonders privilegierten – Rettungsdienstleistungen nicht unter Verweis auf die Grundfreiheiten im Ergebnis wieder die gleichen allgemeinen Vergabegrundsätze gelten können wie für die übrigen Rettungsdienstleistungen.

Dazu im Widerspruch steht es, wenn der Referentenentwurf in der Gesetzesbegründung gleichwohl davon ausgeht, dass die Bereichsausnahme die Geltung der allgemeinen Vergaberechtsgrundsätze unberührt lässt und mithin auch insoweit ein „Vergaberecht light“ zu beachten ist (S. 94 des Entwurfs).

Von der Regelungssystematik der EU-Vergaberichtlinien abgesehen, eröffnen die tragenden Gründe der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache „Spezzino“ (Rs. C-113/13) dem nationalen Gesetzgeber substanzielle Handlungsspielräume für eine umfassende Freistellung von vergaberechtlichen Vorgaben, die es im Interesse eines effizienten, flächendeckenden Rettungs-, Zivil- und Katastrophenschutzes zu nutzen gilt: In der Sache verdeutlicht die zitierte EuGH-Entscheidung, dass die aus den Grundfreiheiten abgeleiteten sog. allgemeinen Vergaberechtsgrundsätze auch als „Vergabeprimärrecht“ nur insoweit Geltung beanspruchen, als nicht die Grundfreiheiten durch „zwingende Gründe des Allgemeinwohlinteresse“ ihrerseits Beschränkungen erfahren (vgl. EuGH, Rs. C-113/13, insbesondere Rz. 56 ff.). Neben den in der „Spezzino“-Entscheidung anerkannten Gründen des Gesundheitsversorgung und der Haushaltseffizienz rechtfertigen insoweit auch die besondere Bedeutung der gemeinnützigen Hilfsorganisationen für die Sicherstellung des Zivil- und Katastrophenschutzes eine umfassende Bereichsausnahme, da sie aufgrund ihrer Fähigkeit zur Einbeziehung ehrenamtlich tätiger Personen (Aufwuchsfähigkeit) erst einen flächendeckenden und effizienten Rettungs-, Zivil- und Katastrophenschutz ermöglichen.

Angesichts dessen fordern die kommunalen Spitzenverbände weiterhin nachdrücklich eine gesetzliche Klarstellung im GWB, dass die von der Bereichsausnahme erfassten Rettungsdienstleistungen in Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinien und im Interesse der Sicherstellung eines flächendeckenden und effizienten Rettungs-, Zivil- und Katastrophenschutzes auch ohne Beachtung vergaberechtlicher Grundsätze direkt und ohne Bekanntmachung an gemeinnützige Hilfsorganisationen vergeben werden können.

Auf unser entsprechendes Schreiben vom 27.4.2015, das wir als **Anlage** nochmals beifügen, verweisen wir in diesem Zusammenhang nochmals vollumfänglich.

#### **4. Einführung der eVergabe – Grundsatz der elektronischen Kommunikation, § 97 Abs. 5 GWB-RefE**

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 allerdings 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 dieser Maßgabe begrüßen wir grundsätzlich, dass § 97 Abs. 5 GWB-RefE künftig einen Grundsatz der elektronischen Kommunikation im Vergabeverfahren statuieren soll.

Mit Blick auf die in den EU-Vergaberichtlinien vorgesehenen Übergangsfristen für die Einführung elektronischer Vergabeverfahren halten wir es allerdings für erforderlich, unmittelbar auf Gesetzesebene – z.B. in § 186 GWB-RefE („Übergangsbestimmungen“) – klarzustellen, dass dieser Grundsatz bis zum Ablauf der jeweiligen Umsetzungsfristen (noch) keine Geltung beansprucht: Eine Suspendierung von dem gesetzlich statuierten Grundsatz der elektronischen Kommunikation lediglich auf Ebene der Vergabeverordnungen sehen wir von der Verordnungsermächtigung in § 113 GWB-RefE derzeit nicht hinreichend gedeckt.

#### **5. Berücksichtigung strategischer Ziele, § 97 Abs. 3 GWB-RefE**

Die neuen EU-Vergaberichtlinien stärken die Berücksichtigung sog. strategischer Ziele. Wir begrüßen, dass grundsätzlich 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.

Die Berücksichtigung ökologischer und sozialer Aspekte ist jedoch praxisnah zu gestalten. Die Berücksichtigung und Akzeptanz sozialer und ökologischer Aspekte hängt neben den einzuhaltenden rechtlichen Vorgaben (insbesondere: Auftragsbezug) stark von deren praktischen Handhabbarkeit ab. Diese besteht nur, wenn europaweit gültige und allgemein anerkannte Gütezeichen (Labels) die Überprüfung sozialer und ökologischer Aspekte durch Auftraggeber ermöglichen. Auch die Einbeziehung der Lebenszykluskosten, also etwa des Prozesses der Herstellung oder der Recyclingkosten eines Produkts, ist für die Praxis schwer handhabbar. Hier bedarf es gerade wegen des unbedingt zu wahrenden Auftragsbezugs ergänzender Hilfen für Auftraggeber, etwa in Form verständlicher Leitfäden und Praxisbeispiele.

Vor diesem Hintergrund fordern die kommunalen Spitzenverbände, dass es hinsichtlich der Berücksichtigung strategischer Ziele zwingend bei den derzeit vorgesehenen „Kann-Regelungen“ namentlich in § 127 Abs. 1 GWB-RefE (Zuschlagskriterien) und § 128 Abs. 2 GWB-RefE (sonstige Ausführungsbedingungen) verbleibt. Eine über die EU-Richtlinienvorgaben hinausgehende Verpflichtung zur Berücksichtigung zusätzlicher Kriterien würde die kommunalen Handlungsspielräume unzulässig beschränken und wird daher abgelehnt. Dies geschieht auch mit Blick auf den im Einzelfall unverhältnismäßig hohen Verwaltungsaufwand, 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. Insoweit begrüßen wir in diesem Zusammenhang auch, dass § 97 Abs. 1 GWB-RefE die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit künftig als allgemeine Vergabegrundsätze stärker herausstreichen soll.

Angesichts dessen sehen wir allerdings die in § 97 Abs. 3 GWB-RefE gewählte Formulierung kritisch („Bei der Vergabe werden soziale und umweltbezogene Aspekte sowie Aspekte der Qualität und der Innovation nach Maßgabe diese Teils berücksichtigt“). Ausweislich der Gesetzesbegründung soll die Vorschrift bereits bei den Grundsätzen der Vergabe auf die „Möglichkeit“ der Einbeziehung von strategischen Zielen hinweisen. Die gewählte Formulierung („werden... berücksichtigt“) ist jedoch geeignet, eine höhere Verbindlichkeit zu implizieren, auch wenn sie durch den Zusatz „nach Maßgabe dieses Teils“ ergänzt wird.

Wir würden es daher begrüßen, wenn in § 97 Abs. 3 GWB-RefE der Grundsatz der *fakultativen* Berücksichtigung stärker betont würde (z.B.: *„Bei der Vergabe können soziale und umweltbezogene Aspekte sowie Aspekte der Qualität und der Innovation berücksichtigt werden; sie sind zu berücksichtigen, soweit dies durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes vorgeschrieben ist.“*). Zumindest aber sollte in der Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 3 GWB-RefE der Grundsatz der fakultativen Berücksichtigung strategischer Ziele im Sinne eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses eindeutiger betont werden.

## **6. Statistik-Verpflichtungen, § 114 GWB-RefE**

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 eine erheblichen zusätzlichen Ermittlungs- und Personalaufwand.

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

## **7. Selbstreinigung, § 125 GWB-RefE**

Die Bundesvereinigung begrüßt ausdrücklich die Neuregelung zur Selbstreinigung von Bietern bzw. Unternehmen. Es ist insbesondere sachgerecht, dass dem öffentlichen Auftraggeber die Gelegenheit zur Abwägung eingeräumt wird, ob ein Unternehmen im Einzelfall alles Erforderliche für eine Wiederherstellung der „Bieter-eignung“ getan hat.

Von besonderer Relevanz ist aus kommunaler Sicht zudem die in § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB-RefE benannte Vorgabe, dass ein Unternehmen nachgewiesen haben muss, dass es bei der Tatsachenaufklärung im Zusammenhang mit einer Straftat oder einem Fehlverhalten nicht nur mit den Ermittlungsbehörden, sondern auch mit dem öffentlichen Auftraggeber selbst, aktiv zusammengearbeitet hat. An dieser Vorgabe ist festzuhalten.

Wir bitten um Berücksichtigung unserer Stellungnahme und stehen für ergänzende Erläuterungen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

In Vertretung



Detlef Raphael  
Beigeordneter  
des Deutschen Städtetages



Dr. Kay Ruge  
Beigeordneter  
des Deutschen Landkreistages



Norbert Portz  
Beigeordneter  
des Deutschen Städte- und Gemeindebundes