

Schriftenreihe der Hochschule Speyer

Band 176

Vergaberecht im Wandel

Vorträge

auf dem 4. Speyerer Wirtschaftsforum

vom 29. bis 30. September 2004

an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften
Speyer

Herausgegeben von

Rainer Pitschas und Jan Ziekow



Duncker & Humblot · Berlin

Vergaberecht im Wandel

Schriftenreihe der Hochschule Speyer

Band 176

Vergaberecht im Wandel

Vorträge
auf dem 4. Speyerer Wirtschaftsforum
vom 29. bis 30. September 2004
an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften
Speyer

Herausgegeben von

Rainer Pitschas und Jan Ziekow



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2006 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0561-6271
ISBN 3-428-12103-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Der vorliegende Band faßt die Vorträge zusammen, die auf dem 4. Speyerer Wirtschaftsforum „Vergaberecht im Wandel“ vom 29. bis 30. Sept. 2004 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer gehalten wurden. Für die Unterstützung bei der Vorbereitung und Durchführung der Tagung danken die Herausgeber Frau Ass. iur. *Stefanie Gille* und Frau *Michaela Busche*, Frau Priv.-Doz. Dr. *Annette Guckelberger*, Frau *Erika Kögel*, Frau *Ruth Nothnagel*, Herrn Dr. *Thorsten Siegel* und Dr. *Alexander Windoffer*. Die sachkundige Formatierung des Bandes haben Frau *Erika Kögel* und Frau *Ruth Nothnagel* übernommen; hierfür sei ihnen gedankt.

Speyer, im Oktober 2005

Rainer Pitschas / Jan Ziekow

Inhaltsverzeichnis

Die Vergabekoordinierungsrichtlinie im Überblick	
Von <i>Nico Spiegel</i> , Brüssel	9
Der Stand der Umsetzung in das deutsche Recht und die Verschlinkung des deutschen Vergaberechts	
Von <i>Kirstin Pukall</i> , Berlin	17
Vergaberecht im Wandel: Die Sicht der Wissenschaft	
Von <i>Meinrad Dreher</i> , Mainz	25
Stand und Entwicklung des polnischen Vergaberechts	
Von <i>Marek Brzeski</i> , Warschau/Polen	37
Volksbanken im Wettbewerb und Vergabewesen	
Von <i>Gerhard Braun</i> , Speyer	53
Private Finanzierungsinitiativen und der Anwendungsbereich des konsolidierten Vergaberechts der Europäischen Union	
Von <i>Heike Jochum</i> , Saarbrücken	63
Der Wettbewerbliche Dialog	
Von <i>Martin Meißner</i> , Frankfurt a. M.	83
Abschluss von Rahmenvereinbarungen	
Von <i>Sandra Haak</i> , Düsseldorf	99
Elektronische Auktionen und dynamische Beschaffungssysteme	
Von <i>Martin Müller</i> , Braunschweig/Wolffenbüttel	125
Vergabefremde Kriterien nach der Neufassung der Vergaberichtlinien	
Von <i>Jan Ziekow</i> , Speyer	151

Lockerung des Nachverhandlungsverbots? Von <i>Thorsten Siegel</i> , Speyer	171
Interkommunale Zusammenarbeit im Spannungsfeld zwischen Organisations- hoheit und Vergaberecht Von <i>Lutz Horn</i> , Frankfurt a. M.	193
Verzeichnis der Referenten	205

Die Vergabekoordinierungsrichtlinie im Überblick

Von Nico Spiegel

I. Vorgeschichte

Die jetzt geltende Generation der Richtlinien stammt vom Anfang der 90er Jahre des vergangenen Jahrhunderts und etwa ab der zweiten Hälfte der 90er Jahre machte sich zunehmend das Bedürfnis bemerkbar, diese Rechtsmaterie zu vereinheitlichen und zu modernisieren. Bis jetzt bestanden drei Richtlinien, eine Richtlinie für Bauaufträge, eine Richtlinie für Lieferaufträge und eine Richtlinie für Dienstleistungsaufträge. Es bestehen zum Teil Diskrepanzen zwischen diesen Richtlinien und die Richtlinien sind vor allen Dingen nicht an die Erfordernisse der modernen Zeit, der elektronischen Kommunikation angepasst. Aus diesen Gründen legte die Kommission zunächst ein Grünbuch vor und präsentierte dann im Jahr 2000 einen ersten Vorschlag für die neuen Richtlinien. Über diesen Vorschlag wurde vier Jahre lang verhandelt, in einigen Punkten sehr kontrovers, sehr politisch aufgeheizt. Vor allem das Thema „Vergabefremde Aspekte“ hat zu zahlreichen Kontroversen zwischen der Kommission und – vor allem – dem Parlament geführt. Am 31. März 2004 gelang es dann, diese Richtlinien mit einigen Kompromissen zu verabschieden. Die Veröffentlichung erfolgte erst etwas später im Amtsblatt und daraus ist als Umsetzungsfrist der 31. Januar 2006 geworden.

II. Ziele und Aufbau der Neuregelung

Das erste Ziel der Neuregelung habe ich eben schon angesprochen: Vereinheitlichung und Vereinfachung der bestehenden Richtlinien. Das zweite Ziel war die Modernisierung und Flexibilisierung des Vergaberechts. Hier ging es darum, Dinge wie elektronische Vergabe zu berücksichtigen. Auch in anderen Aspekten wurde der Bedarf nach Flexibilisierung stärker gesehen. Und gewissermaßen logisch geht daraus das dritte Ziel hervor, nämlich sozusagen eine juristische Generalüberholung der Richtlinien. In den letzten Jahren gab es vor allem auf das Betreiben der österreichischen Gerichte hin, die zahlreiche Vor-

abentscheidungsverfahren nach Luxemburg gebracht hatten, eine Vielzahl von Urteilen des Europäischen Gerichtshofes zu einzelnen Fragen des Vergaberechts. Eines der Ziele der Neuregelung musste natürlich darin bestehen, diese Erkenntnisse zu konsolidieren und soweit wie möglich in das System einzubauen. Dabei sind allerdings auch noch zahlreiche Baustellen, Großbaustellen sogar, offen geblieben, weil einfach die Rechtsprechung in einigen Bereichen noch sehr im Fluss ist. Es gibt Dinge, wo wir mit großer Spannung jedes neue Urteil des Gerichtshofs abwarten. Hauptthema ist dabei ein Wort, das nun schon seit einiger Zeit durch jede Diskussion zum Thema Vergabe geistert, nämlich das Wort der In-House-Vergabe. Es gab einen Versuch des Parlaments, hierzu eine Definition einzufügen, dem aber nicht gefolgt wurde, so dass die Frage in den Richtlinien offen geblieben ist. Eine andere große Baustelle ist das ganze Thema *pacta sunt servanda*, also die Pflicht zur Rückabwicklung, Pflicht zur Kündigung etc.

Eine der Vereinfachungen, die angestrebt wurden, betrifft den Aufbau der Richtlinie. Die Richtlinie hat etwas über 80 Artikel – die restlichen Artikel sind Übergangsbestimmungen, Bestimmungen über das Inkrafttreten usw. – und besteht im Prinzip inhaltlich aus vier großen Titeln. Es gibt einen kurzen allgemeinen Teil mit Definitionen und allgemeinen Grundsätzen; das sind die Artikel 1 bis 3. Dann kommt das Herzstück der Richtlinie, die Artikel 4 bis 55, die den nichtssagenden Titel tragen: „Vorschrift für öffentliche Aufträge“. Den Abschluss bilden zwei Titel für Spezialfragen, nämlich einerseits die öffentlichen Baukonzessionen, für die das vereinheitlichte Recht nur in sehr eingeschränktem Maße gilt, und die Wettbewerbe im Dienstleistungsbereich, die aus dem allgemeinen Block herausgenommen werden mussten, weil sie zu viele spezifische Fragen enthalten.

Die Idee im Umgang mit den Artikeln 4 bis 55, die den Titel 2 der Richtlinie bilden, besteht darin, dass der Aufbau mehr oder weniger logisch dem zeitlichen Ablauf eines Vergabeverfahrens folgen sollte. Das heißt, Sie haben zunächst einen recht umfangreichen und auch inhaltlich durchaus komplizierten Block, der den Fragen des Anwendungsbereichs gilt und wo z. B. die Schwellenwerte geregelt sind. Wenn der Anwendungsbereich der Richtlinie feststeht, dann kommt zunächst ein Abschnitt über die Verdingungsunterlagen, also die Gestaltung technischer Spezifikationen usw. Daran schließen sich die Verfahrensarten an, mithin die Regelungen, welche Verfahrensarten unter welchen Voraussetzungen möglich sind. Es folgen die ganz wichtigen Regelungen, die das klassische Herzstück des europäischen Vergaberechts ausmachen, nämlich die Pflicht zur Veröffentlichung von Bekanntmachungen und zur Transparenz. Und schließlich, in den Artikeln 44 bis 55, haben Sie sozusagen im Kleinen den zeitlichen Ablauf des eigentlichen Vergabeverfahrens, also zunächst die Eignungsprüfungen, dann die Zuschlagskriterien und schließlich die Auftragsvergabe. Allerdings werden Sie auch bemerken, dass dieser zeitliche Aufbau seine Grenzen

hat; wenn man sich mit Fragen wie den vergabefremden Aspekten befasst, dann bemerkt man, dass man doch recht wild in diesem Korpus von Normen umherspringt.

III. Allgemeine Grundsätze

Ich möchte kurz auf die allgemeinen Grundsätze in den Art. 1 bis 3 eingehen, weil diese Fragen in den alten Richtlinien zwar erwähnt wurden, aber nicht die Beachtung gefunden hatten, die sie heute haben und die im Wesentlichen auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes der letzten Jahre zurückgeht. Die Kernnorm ist der Art. 2 mit dem Diskriminierungsverbot. Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nicht diskriminierend und gehen in transparenter Weise vor. Ergänzt und erläutert wird das durch die zweite Begründungserwägung in der Präambel, die in einer kondensierten Form diese Grundsätze, wie sie der Europäische Gerichtshof entwickelt hat, noch einmal wiedergibt. Dort wird auch auf den Zusammenhang mit den Grundfreiheiten, nämlich der Niederlassungsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit und der Warenverkehrsfreiheit, hingewiesen, aus dem sich das Verbot der Diskriminierung einzelner Wirtschaftsteilnehmer ergibt.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes folgt aus diesem Diskriminierungsverbot unmittelbar ein Transparenzgebot: Weil ich dafür sorgen muss, dass Wirtschaftsteilnehmer, potentielle Auftragnehmer aus anderen Mitgliedstaaten, nicht benachteiligt werden, muss ich für eine angemessene Öffentlichkeit meiner Vergabevorhaben Sorge tragen. Das gilt unzweifelhaft innerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie, weil die Veröffentlichungspflichten ja in der Richtlinie ganz genau niedergelegt sind. Nichts anderes gilt aber auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie, nämlich unterhalb der Schwellenwerte und zum Beispiel bei Dienstleistungskonzessionen. Diese Verpflichtung zur Transparenz unterhalb der Schwellenwerte klingt kurz an in der zweiten Begründungserwägung und ist auch eine kleine bis mittlere Baustelle, die in der Rechtsprechung noch der Aufarbeitung bedarf. Die Kommission ist grundsätzlich der Auffassung, dass eine Veröffentlichung stattfinden muss, die aber nicht notwendigerweise im Amtsblatt erfolgen muss, aber mindestens in Organen, die in einer hinreichenden Form auch einem ausländischen Unternehmen zugänglich wären. Aber die Einzelheiten sind sehr im Fluss und in den Zeiten des Internets sind es sehr naheliegende Fragen, ob es genügen würde, wenn ich meine Ausschreibung im Internet veröffentliche, und wenn ja in welcher Form das erfolgen müßte.