



DV 11/12 Stabsstelle Internationales
8. Juni 2012

Stellungnahme zu den Vorschlägen der EU-Kommission für Richtlinien zur Modernisierung des europäischen Vergaberechts für öffentliche Aufträge und Dienstleistungskonzessionen¹

Die EU-Kommission unterzieht das europäische Vergaberecht, einen für die Kommunen und freien Träger sehr wichtigen Rechtsbereich, derzeit einer eingehenden Reform. Ziel ist die Anpassung der Vorschriften von 2004 an die Erfordernisse des europäischen Binnenmarktes und die neue Situation in der Schuldenkrise. Nach eingehender Konsultation im Rahmen des Grünbuchs über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens hat die EU-Kommission am 20. Dezember 2011 mehrere Richtlinienvorschläge vorgelegt.

Die Stellungnahme bezieht sich auf die Gesetzesvorschläge, die für die öffentlichen und privaten Träger sozialer Dienste in Deutschland relevant sind. Sie richtet sich an das Europäische Parlament, insbesondere Marc Tarabella, MdEP, der als Berichterstatter zur Modernisierung des EU-Vergaberechts am 3. Mai 2012 seinen Berichtsentwurf² vorgelegt hat und Stellungnahme erbittet. Sie richtet sich gleichzeitig an den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, die Mitglieder der Ratsarbeitsgruppe, die ihre Beratungen noch während der Dänischen EU-Ratspräsidentschaft abschließen will, sowie als Anregung zur Überarbeitung der aktuellen Entwürfe direkt an die EU-Kommission. Gegenstand der Kommentierung sind der Vorschlag für eine neue Richtlinie über die

¹ Verantwortliche Referentin im Deutschen Verein: Cornelia Markowski. Die Stellungnahme wurde auf der Grundlage der Beratungen im Fachausschuss „Internationale Zusammenarbeit und europäische Integration“ am 8. Juni 2012 vom Präsidialausschuss des Deutschen Vereins im Umlaufverfahren verabschiedet.

² Draft report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement (COM(2011)0896-C7-0006/2012-2011/0438(COD) vom 3. Mai 2012.

öffentliche Auftragsvergabe³ und der Vorschlag für eine Richtlinie zu öffentlichen Ausschreibungen von Dienstleistungskonzessionen.⁴

1. Vereinfachung und Flexibilisierung der Verfahren für öffentliche Ausschreibungen

Die in der Binnenmarktakte im Frühjahr 2011 angekündigte Vereinfachung und Flexibilisierung der Vergabeverfahren ist nach Einschätzung des Deutschen Vereins nicht eingetreten. Selbst in dem Bewusstsein, dass der Anspruch, die Effizienz beim Einsatz öffentlicher Mittel – gerade vor dem Hintergrund der aktuellen Schuldenkrise – zu verbessern und gleichzeitig ernsthaft das integrative Ziel der Europa 2020-Strategie zu verfolgen, einen schwer auflösbaren Zielkonflikt trifft, ist das Regelwerk für den sozialen Sektor zu komplex und wenig praxistauglich ausgefallen.

Der Richtlinienentwurf stellt beispielsweise in einem „Numerus clausus“ verschiedene Verfahren wie in einem „Werkzeugkasten“ (Tool-box-approach) zur Wahl, nach denen eine öffentliche Ausschreibung erfolgen kann. Diese Flexibilisierung ist grundsätzlich begrüßenswert. Neue Verfahren, mit Ausnahme der „Innovationspartnerschaft“, die für die Organisation sozialer Dienste eine untergeordnete Rolle spielt, sind aber nicht hinzugekommen. Außerdem besteht für die Verfahren, die dem Auftraggeber und den Bietern ein flexibleres Procedere und damit mehr Handlungsspielraum gestatten, wie das Verhandlungsverfahren und der wettbewerbliche Dialog, eine „Opt-out“-Regelung, Art. 24 RL-E. Das heißt, sie müssen von den EU-Mitgliedstaaten nicht ins nationale Recht übernommen werden. Mit dieser Einschränkung entfaltet die europäische Regelung keine verbindliche Wirkung für die Flexibilisierung und wird daher abgelehnt.

2. Sonderregime für soziale Dienstleistungen

Im Richtlinienentwurf für die Vergabe öffentlicher Aufträge haben die sozialen Dienste nun ausdrücklich Erwähnung gefunden, Art. 74 ff. RL-E. Die daraus geschlussfolgerte Anerkennung der Besonderheiten der sozialen Dienste in Abgrenzung zu anderen

³ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe, KOM(2011) 896/2 vom 20. Dezember 2011.

⁴ Vorschlag für Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe, KOM(2011) 897 endg. vom 20. Dezember 2011.

Dienstleistungen, z.B. durch ihre besondere Personenbezogenheit, begrüßt der Deutsche Verein. Gleichwohl bleibt festzuhalten, dass gerade diese naturgemäße Personenbezogenheit von sozialen Dienstleistungen Rahmenbedingungen erfordert, die das Vergaberecht mit seiner Ausrichtung auf die Bedarfsdeckung des öffentlichen Auftraggebers bei möglichst sparsamer Verwendung von Haushaltsmitteln nicht hinreichend leisten kann.

Art. 76 RL-E gibt dem nationalen Gesetzgeber nun auf, bei der Festlegung der Verfahren ihre Eignung für die Einhaltung der Grundsätze des Vergaberechts einerseits und gleichzeitig die Berücksichtigung der Spezifik der sozialen Dienste sicherzustellen. Die Konkretisierung folgt in Art. 76 Abs. 2 RL-E. Dort heißt es in Satz 1: Der Rechtsrahmen solle ermöglichen, dass der öffentliche Auftraggeber die Erfordernisse an Qualität, Kontinuität, Zugänglichkeit, Verfügbarkeit und Vollständigkeit der sozialen Dienste berücksichtigen kann, ebenso die speziellen Bedürfnisse verschiedener Kategorien von Nutzer und Nutzerinnen, Beteiligung und „Empowerment“ der Nutzer und Nutzerinnen sowie Innovation. Die aufgeführten Kriterien garantieren aus Sicht des Deutschen Vereins, dass die für die personenbezogenen sozialen Dienstleistungen maßgeblichen Qualitätsanforderungen unabhängig von der jeweils einschlägigen Art des Wettbewerbsregimes zum Tragen kommen können. Deshalb erkennt der Deutsche Verein an, dass der europäische Gesetzgeber hiermit ein Signal setzen und erste Voraussetzungen schaffen möchte, um den Charakteristika der sozialen Dienste tatsächlich Rechnung zu tragen, indem er den Gestaltungsspielraum für die Mitgliedstaaten entsprechend offen lässt.

Allerdings sieht der Deutsche Verein die Formulierung in Satz 2 des Art. 76 Abs. 2 RL-E kritisch, da sie wiederum nahe legt, dass der Auftraggeber seine Auswahlentscheidung vorrangig auf der Grundlage des Preises trifft und nur ausnahmsweise auch andere Kriterien heranziehen kann. Hier sollte der Gesetzestext eindeutig sein, um Satz 1 nicht zu konterkarieren. Als Lösung verweist der Deutsche Verein auf das im deutschen Vergaberecht maßgebliche Zuschlagskriterium der „Wirtschaftlichkeit des Angebots“ gemäß § 97 Abs. 5 GWB⁵, das eine Abwägung des Preis-Leistungs-Verhältnisses impliziert. Es stellt die Bedeutung der Kosten an sich und die Entscheidung auf Grundlage

⁵ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114; 2009 I S. 3850), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 62 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044).

der günstigsten Kosten nicht in Frage, sondern erweist sich als differenzierter und beinhaltet dabei auch die Option für den öffentlichen Auftraggeber, unter Umständen eine rein preisorientierte Auswahlentscheidung für die Vergabe einer sozialen Dienstleistung zu treffen, wenn andere Entscheidungskriterien nicht wesentlich sind. Das hat die deutsche Rechtspraxis zu § 97 Abs. 5 GWB gezeigt. Der Mehrwert der europäischen Regelung für eine Festschreibung der Option des „wirtschaftlichsten Angebots“ bestünde in der europaweit und rechtssystematisch einheitlichen Handhabung im Binnenmarkt, selbst wenn die Binnenmarktrelevanz der sozialen Dienste vom Deutschen Verein grundsätzlich als sehr gering erachtet wird.

Konsequenterweise sollte Art. 66 RL-E insoweit modifiziert werden, als dass es bei der Zuschlagsentscheidung im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung von sozialen Diensten auf die wirtschaftlich günstigsten Kosten ankommen kann.

Ungeachtet der Regelung des Verfahrens für die Zuschlagserteilung schreibt Art. 75 Abs. 1 RL-E für soziale Dienstleistungen mit einem Auftragsvolumen über 500.000,- € (ohne Mehrwertsteuer) eine neue Verpflichtung zur europaweiten Auftragsbekanntmachung vor, sobald ein Auftrag zur Erbringung von sozialen Dienstleistungen geplant ist (ex ante). Nach der derzeit geltenden Rechtslage unterfallen die sozialen Dienste im EU-Vergaberecht den sogenannten B-Dienstleistungen mit der Folge, dass für sie laut Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG lediglich eine Pflicht zur Bekanntgabe des Ergebnisses des Vergabeverfahrens besteht (ex post). Der Richtlinienvorschlag würde also eine neue Bekanntmachungspflicht für bestimmte Aufträge einführen, die neuen Verwaltungsaufwand hervorrufen würde, anstatt die angekündigte Vereinfachung zu bringen. Hier regt der Deutsche Verein an, keine neue ex-ante-Bekanntmachungspflicht festzuschreiben. Alternativ sollte zumindest der Schwellenwert für das Sondervergaberegime für soziale Dienste auf 900.000,- € (ohne Mehrwertsteuer) hoch gesetzt werden, um den erhöhten Verwaltungsaufwand auf die Aufträge zu beschränken, die tatsächlich binnenmarktrelevant sind. Wie im Grünbuch zur Modernisierung des öffentlichen Auftragswesens von 2011, Kap. 1.2, bereits von der EU-Kommission festgestellt, tragen diese Dienste kein hohes Potenzial für eine Ausweitung im grenzüberschreitenden Handel. Eine Fragmentierung des Binnenmarktes ist nicht zu befürchten.

Die Definition der Dienstleistungen, die unter den Begriff des Art. 74 RL-E fallen, umfasst Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialwesen, administrative Dienstleistungen im Bildungs-, Gesundheits- und kulturellen Bereich und Dienstleistungen der gesetzlichen Sozialversicherung. Nicht klar erfasst sind derzeit Rettungsdienstleistungen, die mit ihren Auftragsvolumina oft oberhalb des derzeit vorgeschlagenen Schwellenwertes liegen. Wie bereits im Konsultationsbeitrag des Deutschen Vereins zum Grünbuch⁶ ausgeführt, sind sie in der Praxis überwiegend medizinische Leistungen, die in den Bereich der Gesundheitsdienstleistungen fallen, und eine Abgrenzung zu den enthaltenen Krankentransportleistungen gestaltet sich oft schwierig. Ihre Zuordnung in den Anhang XVI des Richtlinienvorschlags würde erheblich zur Rechtssicherheit für die betroffenen öffentlichen Auftraggeber beitragen, die die Rettungsdienste im Submissionsmodell betreiben.

3. Berücksichtigung sozialer Kriterien im öffentlichen Beschaffungswesen

Der Richtlinienentwurf bestätigt in Art. 70 die Möglichkeit, Sozialbelange als Bedingung für die Auftragsausführung festzulegen, sofern sie im Aufruf zum Wettbewerb angegeben sind. Es liegt in der Hand des öffentlichen Auftraggebers, sich für oder gegen die Verwirklichung sozialer Belange zu entscheiden und öffentliche Mittel ggf. im Sinne des sozialen Zusammenhalts oder zum Abbau von Benachteiligungen einzusetzen. Damit wird aus Sicht des Deutschen Vereins ein Schritt in die richtige Richtung getan, um den Einsatz öffentlicher Mittel am integrativen Wachstumsziel der Europa 2020-Strategie auszurichten und gleichwohl die Freiwilligkeit für die Anwendung der vergabefremden, insbesondere sozialen Kriterien zu erhalten. Durch die enge Bindung an die Ausführung des Auftrags bzw. den Auftragsgegenstand wird auch gewährleistet, dass kein Zielkonflikt zu den Grundsätzen des Vergaberechts wie Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Transparenz entsteht.

4. Flexibilisierung von Auswahl- und Zuschlagskriterien

In Art. 54 Nr. 3 RL-E wird vorgeschlagen, die Auswahl- und Zuschlagskriterien bei der Prüfung der Angebote zu flexibilisieren. Diese Veränderung wird sich positiv auf die Vergabepraxis auswirken, denn sie erleichtert es den öffentlichen Auftraggebern,

⁶ Stellungnahme des Deutschen Vereins zum „Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens“, KOM(2011) 15/4 vom 27. Januar 2011, NDV 2011, 261.

sachgerechtere Entscheidungen bezogen auf zu erbringende Leistung zu treffen. Zudem hat sich in der Praxis gezeigt, dass die Abgrenzung zwischen Eignung des Bieters und der Bewertung des Angebotsgegenstands nicht immer klar möglich ist. Erfahrungsgemäß entstehen an dieser Stelle oft Verfahrensfehler, die durch die relativ wenigen Heilungsvorschriften im Vergaberecht auch regelmäßig zum Ende des Vergabeverfahrens führen.

5. Kodifizierung der interkommunalen Zusammenarbeit

Die Kodifizierung der Rechtsgrundsätze zur interkommunalen Zusammenarbeit wird abgelehnt. Bislang folgte die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit der EuGH-Rechtsprechung auf der Grundlage der primärrechtlichen Prinzipien der Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Transparenz. In einem Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen⁷ wurde die Rechtsprechung erst kürzlich im Überblick zusammengestellt. Die Formulierungen in Art. 11 RL-E lassen allerdings erkennen, dass die neuen Regelungen nicht konsistent mit der EuGH-Entscheidung im Fall Stadtreinigung Hamburg sind.

Die vorgeschlagene Regelung in Art. 11 Abs. 5 Satz 2 RL-E legt zudem nahe, dass private Kapitalbeteiligungen einer öffentlich-öffentlichen Partnerschaft vorgezogen werden sollen, da die öffentlich-öffentliche Partnerschaft bei einer Beteiligung eines Privaten im Laufe der Auftragsausführung wenig Schutz erfährt und umgehend ein Kündigungsrecht auslöst.

6. Flächendeckende Einführung der „e-Vergabe“

Langfristig wird die in Art. 33 f. RL-E vorgeschlagene elektronische Auftragsvergabe zur Senkung des Verwaltungsaufwandes führen und insoweit die öffentlichen Auftraggeber entlasten. Allerdings darf der Aufwand für die Umstellung der Systeme aller öffentlichen Auftraggeber und kleinerer und mittlerer Unternehmen nicht unterschätzt werden. In Deutschland z.B. haben die Kommunen die Anforderungen an die „e-Vergabe“ überwiegend noch nicht umgesetzt. Die vorgeschlagene Frist von zwei Jahren sollte unbedingt länger gefasst werden.

⁷ Commission staff working paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities (“public-public cooperation”), SEC(2011) 1169 final vom 4.10.2011

7. Kodifizierung der öffentlichen Ausschreibung von Dienstleistungskonzessionen

Mit dem Vorschlag für eine Richtlinie über die Konzessionsvergabe schafft die EU-Kommission für den Bereich der Dienstleistungskonzessionen erstmals sekundärrechtliche Regelungen. Die auch bei der Vergabe von Konzessionen einzuhaltenden, primärrechtlichen Grundsätze wurden vom EuGH in ständiger Rechtsprechung konkretisiert. Der Deutsche Verein schließt sich den Stellungnahmen anderer Institutionen wie Bundestag, Bundesrat, Europäisches Parlament an und fordert, diesen Bereich nicht zu verrechtlichen, um keine neuen bürokratischen Hürden zu errichten. Im Gegensatz zur Vergabe öffentlicher Aufträge geht es bei Konzessionen zudem um originär hoheitliche Aufgaben, deren Übertragung ein besonderes Vertrauensverhältnis zum Konzessionsnehmer erfordert. Auch ist eine Erfassung der Vielfalt der verschiedenen Vergabekonstellationen schlecht möglich, wenn die Konzessionsvergabe nicht tatsächlich eingeschränkt werden soll.

In diesem Zusammenhang weist der Deutsche Verein darauf hin, dass die Erbringung von sozialen Diensten in Deutschland regelmäßig keinem klassisch bipolaren Auftragsverhältnis zwischen Leistungserbringer und Nutzerin und Nutzer entspricht, sondern einem Dreiecksverhältnis zwischen Kostenträger, Leistungserbringer und Nutzerin und Nutzer. Jeder Anbieter, unabhängig von seiner Rechtsform und Herkunft, der die rechtlichen Anforderungen, insbesondere an die Qualität der Leistung, erfüllt, wird zugelassen. Diese Form der Organisation der sozialen Dienste ist in zahlreichen Vorschriften des deutschen Sozialrechts fixiert. Im Erwägungsgrund Nr. 6 des RL-E ist festgestellt, dass „bestimmte staatliche Handlungen, wie die Erteilung von Genehmigungen oder Lizenzen, in deren Rahmen der Staat oder eine Behörde die Bedingungen für die Ausübung der Wirtschaftstätigkeit bestimmt“, keine Konzessionen sind. Der Deutsche Verein regt mit Blick auf das Dreiecksverhältnis an, den Erwägungsgrund dahingehend zu ergänzen, dass ebenfalls keine Konzession vorliegt, wenn bestimmte Vereinbarungen getroffen werden, die die Ermächtigung zur Erbringung von sozialen Diensten zum Gegenstand haben. Gleiches sollte auch im Richtlinienentwurf klar gestellt werden, sofern er überhaupt Verbindlichkeit erlangt.

8. Fazit

Die Rolle der sozialen Dienste wird nicht allein durch Kosteneffizienz definiert. Kinder- und Jugendhilfe, Eingliederungshilfe, Altenhilfe etc. verfolgen in erster Linie das Ziel der bedarfsgerechten, individuellen Versorgung in einem Fürsorgesystem. Sie dienen der Existenzsicherung des Einzelnen und der Verwirklichung der Menschenwürde. Dieses Ziel ist der Grundstein für die Errichtung und den Erhalt der sozialen Sicherungssysteme und darf nicht in den Hintergrund treten.

Hier hat die Verabschiedung der Europa 2020-Strategie, insbesondere mit ihrem Kernziel zur Bekämpfung von Armut, einen neuen Maßstab gesetzt, dem man nur gerecht werden kann, wenn sämtliche gesellschaftlichen Kräfte gebündelt werden und die rechtlichen Rahmenbedingungen in allen Bereichen, wie im Wirtschafts- und Sozialrecht, neu miteinander verschränkt und vereinheitlicht werden. Mit der Reform des EU-Vergaberechts zum jetzigen Zeitpunkt bietet sich eine hervorragende Gelegenheit, das Vorhaben in Angriff zu nehmen und konkrete Schritte einzuleiten, um dieses Ziel in die Praxis umzusetzen.