

Europäische Kommission
- GD Binnenmarkt –
Herrn Kommissar Joaquín Almunia

Dr. Anselm Brandi-Dohrn, maître en droit
1. Vorsitzender
Rechtsanwalt
Oranienstraße 164, D-10969 Berlin

Telefon: +49-30-61 68 94 09
Telefax: +49-30-61 68 94 56
E-Mail: abrandi-dohrn@boetticher.com

per e-Mail: MARKT-CONSULT-PP-REFORM@ec.europa.eu

Berlin, 14. April 2011

GRÜNBUCH über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (KOM (2011) 15/4)

Hier: Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik e.V. (DGRI)

(Register-Nr. 21625424990-18 des Registers der Interessenvertreter der Europ. Kommission)

Sehr geehrte Herr Kommissar Almunia,
Sehr geehrte Damen und Herren,

in obiger Angelegenheit danken wir für die der **Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik e.V. (DGRI)** eingeräumte Möglichkeit, Stellung zu nehmen zum geplanten Vorhaben einer Überarbeitung der Richtlinien zum öffentlichen Auftragswesen.

Die DGRI ist eine unabhängige wissenschaftliche Vereinigung, die sich mit Fragen im Bereich der Schnittstelle zwischen Informatik- und EDV-Recht einerseits sowie Recht und Wirtschaft andererseits befasst. Sie fördert die Zusammenarbeit von Lehre, Forschung, Gesetzgebung und Praxis in allen Fragen der Informationstechnik. Sie begleitet Gesetzgebungsvorhaben als neutrale Institution und ist nicht den Partikularinteressen einzelner Unternehmen oder Branchen verpflichtet.

Die DGRI begrüßt das Bestreben der Kommission, die Regeln zum öffentlichen Auftragswesen zu überarbeiten, um Effizienz und Wirksamkeit weiter zu erhöhen. Aus Sicht der DGRI sollte bei einer Aktualisierung der Bestimmungen insbesondere die heutige ganz erhebliche Bedeutung der Beschaffung von IKT-Leistungen (Leistungen der Informations- und Kommunikationstechnologie) durch öffentliche Auftraggeber berücksichtigt werden, die bei der Annahme der ersten Richtlinie (Richtlinie

71/305/EWG vom 26. Juli 1971) auch nicht ansatzweise in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung zu erkennen war, die aber im 21. Jahrhundert einen ganz wesentlichen Anteil am Beschaffungsmarkt hat. Die Beschaffung von IKT ist zudem durch Besonderheiten gekennzeichnet, die in keinem anderen wirtschaftlich bedeutenden Zweig der von öffentlichen Auftraggebern nachgefragten Leistungen existieren. Dies ist insbesondere darin begründet, dass beim Erwerb von Software nicht der Erwerb von (Sach-)eigentum im Vordergrund steht, sondern der Erwerb von Nutzungsrechten an Geistigem Eigentum (insbesondere Urheberrechten). Bei solchen immateriellen Wirtschaftsgütern muss die Frage des effizienten Einkaufs in anderer Weise als bei der Herstellung von materiellen Gütern gestellt werden, da die Herstellungskosten immaterieller Wirtschaftsgüter nicht linear zur Zahl der verkauften Stücke steigen.

Vor diesem Hintergrund nimmt die DGRI zu ausgewählten Fragen des Grünbuchs im Folgenden Stellung:

Frage 2: öffentliche Aufträge – Zweckmäßigkeit der derzeitigen Struktur des Anwendungsbereichs der Richtlinien

Die DGRI empfiehlt, nur noch einen einheitlichen Begriff des "öffentlichen Auftrags" zu verwenden und nur dort Sonderbestimmungen in den Richtlinien vorzusehen, wo dies durch die Art des Auftrags zwingend geboten ist. Gerade im Bereich der IKT führt die Unterscheidung zwischen Liefer- und Dienstleistungsauftrag nach der vom EuGH gewählten Formel des "Hauptzwecks des Auftrags" zu erheblicher Rechtsunsicherheit: Schon die Frage, ob die Einräumung von Nutzungsrechten an Software gegen Einmalzahlung ein Liefer- oder ein Dienstleistungsauftrag ist, kann in unterschiedlichen Rechtsordnungen innerhalb der EU unterschiedlich beurteilt werden. Sieht man in einer solchen Einräumung einen Lieferauftrag (wie dies in Deutschland der Fall ist), ist es nur eine Frage des individuellen Standpunktes, ob die Einräumung von Nutzungsrechten an Software gegen Einmalzahlung (= Lieferauftrag) oder der zugleich abgeschlossene Pflegevertrag (=Dienstleistungsauftrag) als Hauptzweck des Auftrags angesehen wird – je nachdem, ob man eher den Erwerb der Software als entscheidend ansieht oder die Möglichkeit, diese Software dauerhaft nutzen zu können. Die Rechtsunsicherheit wird dadurch verstärkt, dass in vielen Verträgen die Gesamtkosten des Pflegevertrages erheblich höher sind als die Kosten des Erwerbs der Software.

Mit einem einheitlichen Begriff des "öffentlichen Auftrags" könnten zugleich Abgrenzungsprobleme zu "Baufträgen" bei Vergabe von IKT-Aufträgen im Zusammenhang mit Bauwerken vermieden werden¹

Frage 6: Anhebung der Schwellenwerte?

Die DGRI empfiehlt, die Schwellenwerte nicht anzuheben. Die von manchen Interessengruppen angenommene Vereinfachung des Regelwerkes wird dadurch nicht erreicht, da die öffentlichen Auftraggeber unterhalb der Schwellenwerte keineswegs frei in der Gestaltung des Verfahrens sind. Schlimmer noch: Da unterhalb der Schwellenwerte das Verfahren nicht von ausformulierten Verfahrensregeln bestimmt wird, sondern von ausfüllungsbedürftigen Generalklauseln wie den Prinzipien der Nichtdiskriminierung und der Transparenz, werden solche Vergabeverfahren künftig

¹ Im Urteil des BGH vom 20.5.2003, Az.: X ZR 57/02 hat der BGH angenommen, dass die Programmierung einer Steuerungssoftware für eine Steuerungsanlage für die Pelletieranlage einer Mühle "Arbeiten an einem Bauwerk" darstellen.

von größerer Rechtsunsicherheit geprägt sein. Darüber hinaus steht für übergangene Bieter nur ein unsicherer und reduzierter Rechtsschutz zur Verfügung.

Spezifisch für den Bereich der IKT weist die DGRI zudem auf eine immer wieder anzutreffende Praxis hin, der – entgegen den Zielsetzungen der Richtlinien – mit einer Anhebung der Schwellenwerte Vorschub geleistet würde: Das geltende Vergaberecht gestattet, bei einer Ausschreibung zu schon erworbenen Produkten gleichartige zuzukaufen (also insbesondere vom gleichen Anbieter), wenn die Verwendung von Produkten anderer Hersteller zu erheblichen technischen Problemen bei Betrieb und/oder Wartung führen würde (Art. 31 Nr. 2 (b) der Richtlinie 2004/18/EG, Art. 40 Nr. 3 (e) der Richtlinie 2004/17/EG). Im Hard- und Softwarebereich werden daher zum Teil lediglich "Pilotaufträge" für einzelne Hard- oder Software ausgeschrieben, die – da unterhalb der Schwellenwerte liegend – nicht europaweit ausgeschrieben werden. Für den anschließenden Großauftrag kann dann, zur Vermeidung von Inkompatibilität mit den schon beschafften Probeexemplaren, nach Art. 31 Nr. 2 (b) ebenfalls eine europaweite Ausschreibung vermieden werden. Je höher der Schwellenwert angesetzt wird, desto mehr wird dieses Vorgehen erleichtert.

Frage 7/8: Überarbeitung oder Abschaffung der Liste der vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgeschlossenen Aufträge

Die DGRI weist darauf hin, dass in der Praxis deutlich erkennbar ist, dass die Transparenz und Effizienz einer Auftragsvergabe eklatant schlechter ist, wenn sie nicht unter die Richtlinien fällt. Vor diesem Hintergrund regt die DGRI an, alle Ausschlüsse daraufhin zu überprüfen, ob sie zwingend notwendig sind; zugleich sollte in der Richtlinie explizit klar gestellt werden, dass es sich um Ausnahmen handelt, die eng auszulegen sind. Ergänzend könnte vorgesehen werden, dass Aufträge, die nur teilweise unter eine Ausschlussregelung fallen, nicht gemeinsam mit an sich nicht ausgeschlossenen Aufträgen ausgeschrieben werden dürfen.

Frage 10/10.1: Ist die Sektorenrichtlinie weiterhin notwendig?

JA, und zwar im bisherigen Umfang. Die Auftragsvergabe nach transparenten und nichtdiskriminierenden allgemein geltenden Regeln dient nicht nur der effizienten Beschaffung sondern auch dem Schutz der Bieter gegen eine Vergabe nach unsachlichen Gesichtspunkten. Gerade im Bereich von IKT gibt es zahlreiche Anbieter von spezifisch auf die Bedürfnisse von Sektorauftraggebern zugeschnittener Software. Solange in einzelnen Sektoren monopolistische Strukturen fortbestehen, wäre ein Schutz ausschließlich nach Maßgabe des Kartellrechts (gegen missbräuchliches Verhalten des Monopolisten) nicht ausreichend. Dazu kommt, dass die Leitungsgremien vieler Sektorauftraggeber eine sehr enge sachliche und personelle Verflechtung mit politischen Entscheidungsträgern aufweisen, sodass sie – ohne die Sektorenrichtlinien – politischer Einflussnahme leichter zugänglich sind.

Die DGRI weist außerdem darauf hin, dass zB in Deutschland aufgrund gesetzlicher Bestimmungen alle Einwohner verpflichtet sind, die Leistungen des jeweiligen Unternehmens der Wasserversorgung in Anspruch zu nehmen (sog. "Anschluß- und Benutzungszwang"). Bei ineffizienter Vergabe (und entsprechend höheren Wasserpreisen) können also die Kunden die Verträge mit dem Versorger nicht beenden, sodass auch von Abnehmerseite kein Druck zu preisgünstiger Vergabe besteht.

Frage 14: Ist das Detailniveau der Vergaberichtlinien zweckmäßig?

Angesichts der großen Bandbreite technischer und formaler Anforderungen an Bieter und Leistungen in den verschiedenen Mitgliedsstaaten sind harmonisierte Regelungen für die Effizienz von Vergabeverfahren – gerade im IKT-Bereich – von großer Bedeutung. Insoweit erscheint das derzeitige Detailniveau der Vergaberichtlinien als zweckmäßig und hinreichend detailliert. Insbesondere sollte vor einer Änderung der Regelungen berücksichtigt werden, dass jede Änderung für die Bieter einen erheblichen Umstellungsaufwand bedeutet (zB wenn neue oder inhaltlich geänderte Bescheinigungen für jedes Mitgliedsland notwendig werden sollten).

Die DGRI stellt allerdings fest, dass das bestehende Detailniveau – gemeinsam mit einem sehr strengen Verständnis des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung - die Gerichte dazu verleitet, bei auch nur kleinsten Abweichungen von den Anforderungen, die der öffentliche Auftraggeber stellt, das Gebot eines Bieters zwingend auszuschließen². Diese zunehmend kleinlichere Rechtsprechung führt zu erheblichen Mehrkosten und ineffizienten Verfahren, da gerade bei umfangreicheren Vergabeverfahren kaum ein Bieter in der Lage ist, unter dem bestehenden enormen Zeitdruck sämtliche geforderten Erklärungen in allen Details abzugeben. Die DGRI empfiehlt daher – in Übereinstimmung mit der ganz überwiegenden früheren Instanzrechtsprechung³ - in den Richtlinien ausdrücklich vorzusehen, dass Mängel des Angebotes eines Bieters, insbesondere das Fehlen geforderter Erklärungen, dann nicht zum Ausschluss des Bieters führen, wenn dies "unter keinem Gesichtspunkt zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung führt", also insbesondere (i) keine Auswirkung auf den Angebotspreis hat und (ii) die Bieterreihenfolge nicht ändert.

Frage 16: Neue, bisher nicht vorgesehene Verfahrenstypen?

Vor dem Hintergrund bestehender Ineffizienzen bei Vergabeverfahren im Bereich von IKT regt die DGRI folgende Anpassungen der Verfahrenstypen an:

(1) "Teststellung": Ohne dass dies eine explizite Stütze in den Richtlinien fände⁴, wird im Bereich der IKT häufig vom Bieter nicht nur die Abgabe eines Angebotes verlangt, sondern eine testweise Installation und Vorführung des zu erwerbenden EDV-Systems. Praktisch bedeutet das, dass alle Bieter schon vor dem Zuschlag die verlangte Leistung beim öffentlichen Auftraggeber installieren müssen; dies verursacht ganz erhebliche Kosten, die die erfolglosen Bieter tragen müssen. Allerdings ist das Interesse des Auftraggebers schutzwürdig, beim Einkauf von IKT sicher zu gehen, dass die gelieferten Produkte kompatibel mit dem vorhandenen EDV-System sind und dies durch einen Testlauf vor der Auftragsvergabe abzusichern. Denn es ist (i) nicht möglich, die Leistungsbeschreibung so zu formulieren, dass der Auftraggeber generell sicher gehen kann, nur Gebote zu erhalten, die mit seinem vorhandenen EDV-System kompatibel sind⁵ und (ii) es ist dem Auftraggeber nicht

² Ständige Rechtsprechung seit BGH, Urteil vom 7. Januar 2003, Az.: X ZR 50/01.

³ Vgl. z.B. OLG Dresden, IBR 2003, 435; OLG Düsseldorf, IBR 2003, 374; Bayerisches ObLG, IBR 2004, 852.

⁴ Art. 48 Nr. 2 (j) (ii) der Richtlinie 2004/18/EG sieht nur vor, dass Proben, Beschreibungen oder Abbildungen der zu liefernden Produkte verlangt werden können.

⁵ Größere EDV-Systeme sind in aller Regel durch Anpassungen von Standardsoftware und zusätzliche individuell entwickelte Software nicht mehr standardisierbar, sodass nur durch einen Probelauf mit Sicherheit festgestellt werden kann, ob eine weitere Systemkomponente zu Inkompatibilitäten mit anderen Systemkomponenten führt.

zumutbar, sich auf seine Gewährleistungsansprüche zu verlassen, wenn sich die gelieferte IKT als inkompatibel mit seinem System erweist⁶.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt die DGRI, Art. 48 durch einen weiteren Punkt zu ergänzen, der dem Auftraggeber ausdrücklich die Möglichkeit einräumt, die "Lieferung der Leistung (oder Teilen hiervon, zB im Rahmen einer Teststellung) auf Probe zu verlangen." Der Auftraggeber hat eine solche Teststellung jedoch angemessen zu vergüten.

(2) "Qualifikationssysteme": Die DGRI empfiehlt, das bisher nur in der Sektorenrichtlinie vorgesehene Qualifikationssystem auch für die Richtlinie 2004/18/EG vorzusehen bzw. mit dem in Art. 52 dieser Richtlinie vorgesehenen Zertifizierungsverfahren abzugleichen. Es ist dabei darauf zu achten, dass für den Bieter hinreichender Rechtsschutz sowohl gegen eine Ablehnung seiner Aufnahme wie gegen diskriminierende Qualifikationskriterien vorgesehen wird.

(3) "De-Minimis-Regelung": Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist der öffentliche Auftraggeber auch unterhalb der Schwellenwerte nicht frei, sein Verfahren zu gestalten – vielmehr hat er Grundprinzipien einzuhalten, wie den Grundsatz der Transparenz und der Nichtdiskriminierung. Bislang besteht keine Untergrenze für Kleinstaufträge, bei denen ein Verstoß gegen diese Grundsätze den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten nicht zu beeinträchtigen geeignet ist. Dies führt zu erheblicher Verunsicherung bei den Auftraggebern und zum Teil zu groteskem Aufwand für die Vergabe von Kleinstaufträgen. In Deutschland wurden daher sukzessive von Bundesland zu Bundesland und von Gemeinde zu Gemeinde unterschiedlich hohe Schwellenwerte etabliert, unter denen generell ein Verhandlungsverfahren möglich sein soll. Dies führt zu erheblicher Rechtszersplitterung; zudem ist keineswegs sicher, dass eine solche pauschale Grenze mit den Vorgaben des EG-Rechts vereinbar ist. Da andererseits ein unabweisbares Bedürfnis besteht, Kleinstaufträge effizient vergeben zu können, empfiehlt die DGRI, die Richtlinie 2004/18/EG dahin zu ergänzen, dass bei Aufträgen unterhalb eines geschätzten Auftragswertes von **30.000 Euro** für Leistungen der Auftraggeber frei in der Gestaltung des Verfahrens ist.

(3) "Nebenangebote": Nach Art. 24 der Richtlinie 2004/18/EG sind Nebenangebote bisher nur gestattet. Nebenangebote sollen die Effizienz der Beschaffung steigern, weil der Bieter in der Regel besser als der Auftraggeber einschätzen kann, ob sein Produkt die Bedürfnisse des Auftraggebers erfüllen kann. Zugleich können dadurch innovative, also zwar neue aber wenig bekannte Verfahren angeboten werden. In der Praxis neigen die Auftraggeber aber zunehmend dazu, Nebenangebote generell auszuschließen, da (i) sie den zusätzlichen Auswertungsaufwand beim Vergleich der Angebote scheuen und (ii) fürchten, dass sie bei der Wertung nicht exakt gleicher Angebote Fehler machen, die zur Aufhebung des Verfahrens führen. Zudem entstand (iii) durch die Rechtsprechung des EuGH, dass Nebenangebote nicht zugelassen werden dürfen, wenn sie die Mindestanforderungen nicht erfüllen, in Deutschland erhebliche Unsicherheit, wie diese Mindestanforderungen zu formulieren sind und (iv) sind die Auftraggeber nach deutscher Rechtsprechung dazu verpflichtet, vor einer Ausschreibung den Markt genau zu erkunden (sodass die Zulassung von Nebenangeboten als Eingeständnis angesehen werden könnte, die auf dem Markt befindlichen Lösungen nicht hinreichend genau evaluiert zu haben). Dieser Zustand wirkt in erheblichem Umfang innovationshemmend und ineffizient.

⁶ Häufig besteht zudem gar kein Gewährleistungsanspruch, da der Hersteller die Kompatibilität mit anderen als Standardhard- und -softwarekomponenten üblicher Weise ausschließt.

Die DGRI empfiehlt daher, Art. 24 der Richtlinie dahingehend zu ändern, dass Nebenangebote immer zuzulassen sind, soweit der Auftraggeber dies nicht im Einzelfall ausschließt. Die Gründe für den Ausschluss hat der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen zu dokumentieren.

Frage 18: Befürworten Sie eine Verlängerung der in 2009 / 2010 eingeführten generellen Fristverkürzung?

Die DGRI spricht sich entschieden dagegen aus, die für Vergaben in 2009 und 2010⁷ von der Kommission beschlossene generelle Fristverkürzung weiter aufrecht zu erhalten. Gerade in den – in der Regel sehr umfangreichen – Verfahren zur Beschaffung von IKT sind Angebote innerhalb der verkürzten Fristen schon für inländische Bieter kaum mit der von der deutschen Rechtsprechung verlangten Sorgfalt (vgl. Antwort oben zu Frage 14) auszuarbeiten. Für ausländische Anbieter hatte die Verkürzung der Fristen praktisch die Wirkung eines Ausschlusses von Vergabeverfahren. Die praktischen Auswirkungen der Fristverkürzung widersprechen damit diametral den allgemeinen Intentionen der Richtlinie.

Frage 19 / 21: Befürworten Sie einen größeren Anwendungsbereich für Verhandlungsverfahren?

Die DGRI warnt vor einer Ausdehnung des Bereichs der Verhandlungsverfahren. Die bisherige Praxis zeigt, dass dort, wo Verhandlungsverfahren zum Einsatz kommen – oder wo Vergaben generell dem Anwendungsbereich der Richtlinien entzogen sind -, die Ineffizienz der Vergabeverfahren deutlich steigt.

Frage 22: Halten Sie es für angemessen, vereinfachte Verfahren für die Beschaffung von gewerblichen Gütern und Dienstleistungen einzuführen?

Auch im Bereich der IKT bestehen in großem Umfang standardisierte Produkte (sowohl Hard- wie Software) – sie dürften bei der Beschaffung durch öffentliche Auftraggeber den weitaus größten Teil des Auftragsvolumens ausmachen. Die DGRI hält allerdings die in der Richtlinie schon angelegten Möglichkeiten der Gestaltung von Vergabeverfahren für solche Güter für ausreichend – die dynamischen Beschaffungssysteme und elektronischen Auktionen. In beiden Fällen ist den Mitgliedsstaaten freigestellt, ob sie diese besonderen Möglichkeiten nutzen; die DGRI empfiehlt, zunächst noch weiter abzuwarten, welche Erfahrungen die Mitgliedsstaaten mit diesen Instrumenten sammeln, bevor weitere Verfahren eingeführt werden.

Frage 25: Sollte die Richtlinie ausdrücklich die Berücksichtigung früherer Erfahrungen mit einem Bieter gestatten?

Die DGRI weist darauf hin, dass im Bereich von IKT die Berücksichtigung früherer Erfahrungen mit Bietern keine große Rolle spielt – vielmehr nutzen die Auftraggeber den ihnen durch Art. 31 Nr. 2 (b) der Richtlinie 2004/18/EG bzw. Art. 40 Nr. 3 (e) der Richtlinie 2004/17/EG gegebenen Spielraum, über den "Umweg" technischer Spezifikationen (vgl. Antwort oben zu Frage 6) den Bieter zu bevorzugen, mit dessen Produkten oder Dienstleistungen sie in der Vergangenheit gute Erfahrungen gemacht haben. Die DGRI regt an, bei einer etwaigen Anpassung der Richtlinien, damit frühere Erfahrungen mit einem Bieter besser berücksichtigt werden können, darauf zu achten, dass etwa vorgesehene

⁷

Und nach einer kürzlichen Äußerung der EU-Kommission auch für das Jahr 2011.

Schutzmaßnahmen mit Art. 31 Nr. 2 (b) der Richtlinie 2004/18/EG, Art. 40 Nr. 3 (e) der Richtlinie 2004/17/EG abgeglichen werden, um die volle Wirksamkeit solcher Schutzmaßnahmen sicher zu stellen.

Die DGRI weist außerdem darauf hin, dass nach deutscher Rechtsprechung der Auftraggeber schon nach geltendem Recht berechtigt ist, frühere Erfahrungen mit einem Bieter zu berücksichtigen⁸.

Frage 27/28: Ist das Regelwerk im Hinblick auf kleinere öffentliche Auftraggeber insgesamt geeignet?

Die DGRI hält das Regelwerk – gerade im Hinblick auf den Bereich der IKT – für insgesamt geeignet. Die öffentlichen Auftraggeber haben sich auf die besonderen Anforderungen eingestellt, den dieser Bereich insbesondere im Bereich der Leistungsbeschreibung an die Auftraggeber stellt, indem sie ihre Nachfrage durch spezialisierte Stellen⁹ gebündelt bearbeiten lassen. Die DGRI hält die Bedenken der Kommission für gerechtfertigt, dass eine Lockerung der Anforderungen für kleinere öffentliche Auftraggeber die Effizienz von Vergaben verringert und das Risiko von Diskriminierungen unangemessen erhöht. Dabei ist insbesondere im Auge zu behalten, dass die unangemessene Bevorzugung von Bietern auf lokaler Ebene von den Bürgern am deutlichsten wahrgenommen wird und daher die Akzeptanz von Vergabeentscheidungen am stärksten beeinträchtigt.

Die DGRI regt jedoch an, eine feste Untergrenze ("De-minimis-Regel", vgl. oben Antwort zu Frage 16, unter (3)) in die Richtlinie aufzunehmen, unterhalb derer der öffentliche Auftraggeber frei ist, das Vergabeverfahren zu bestimmen.

Frage 32: Würden Sie für verschiedene Formen der Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber spezifische Bestimmungen im Sinne des EuGH-Fallrechts bevorzugen (zB "In-house" und "horizontale Zusammenarbeit")?

Die DGRI regt an, jedenfalls den Bereich "horizontale Zusammenarbeit" nicht ausschließlich durch die Rechtsprechung – also einzelfallbezogen – bestimmen zu lassen, sondern gesetzgeberisch tätig zu werden. Gerade im Bereich der IKT bestehen im Bereich der horizontalen Zusammenarbeit verschiedenste Modelle, bei denen die Kommission eine Entscheidung treffen sollte, welche sie als mit den Zielen der "Strategie Europa 2020" vereinbar hält und welche nicht. Die Varianten mag folgendes praktisches Beispiel erläutern:

- (Variante 1): Mehrere Gemeinden entwickeln selbst eine Software, die bestimmte Verwaltungsabläufe automatisiert, anstatt eine auf dem Markt vorhandene Software zu erwerben.
- (Variante 2): Da sich die Software für die Verwaltung als hilfreich erweist, stellen die Gemeinden diese Software später anderen Gemeinden kostenlos zur Verfügung.
- (Variante 3): Da sich die Software für die Verwaltung als hilfreich erweist, vertreiben die Gemeinden die Software an andere öffentliche Auftraggeber, um ihre Entwicklungskosten zu amortisieren.

Während Variante 1 vergaberechtlich unbedenklich sein dürfte, sind bei Varianten 2 und 3 Marktverzerrungen denkbar, weil die Gemeinden ihre Preise anders kalkulieren können als kommerzielle

⁸ Kammergericht Berlin, Beschluß vom 27.11.2008, Az. 2 Verg 4/08: Der öffentliche Auftraggeber ist nicht verpflichtet, "sehenden Auges" einem Bieter den Zuschlag zu erteilen, mit dem in der Vergangenheit rechtlich relevante Auseinandersetzungen wegen erheblicher Schlechtleistungen geführt wurden.

⁹ Vgl. in Deutschland z.B. *IT-Dienstleistungszentren des Bundes, Bundesamt für Informationsmanagement und Informationstechnik der Bundeswehr*

Anbieter. Auch für die Einordnung der Variante 1 hilft jedoch das vom EuGH entwickelte Kriterium der "geringen Marktorientierung" nicht weiter, da sich die Gemeinden häufig erst nach der gemeinsamen Entwicklung der Software dazu entscheiden, selbst als Akteure im Markt aufzutreten. Zum Zeitpunkt der Entscheidung, die Software in horizontaler Zusammenarbeit zu entwickeln, liegt also häufig tatsächlich noch keine "Marktorientierung" vor; dieser Entschluss wird dann später gefasst. Da von außen selten festzustellen sein wird, ob die Gemeinden nicht in Wahrheit von vornherein eine Kommerzialisierung ihrer Software beabsichtigt hatten, wäre zu überlegen, den Anwendungsbereich der Richtlinien generell auf jede horizontale Zusammenarbeit zu erstrecken, die sich auf Leistungen bezieht, die schon auf dem Markt angeboten werden.

Frage 34: Befürworten Sie eine stärkere Zusammenführung der Nachfrage?

Die DGRI weist daraufhin, dass eine Bündelung der Nachfrage im Bereich der IKT in vielen Mitgliedsstaaten schon die Regel ist; der Vorteil liegt in der Lösung des Problems der "zu kleinen öffentlichen Auftraggeber" und der Bündelung des für den Einkauf derartiger Leistungen notwendigen technischen Sachverständs. Angesichts der in Teilen des IKT-Marktes zu beobachtenden Oligopolisierung stärken die öffentlichen Auftraggeber damit zugleich ihre Verhandlungsposition.

Frage 35: Bestehen Hindernisse für eine wirksame Zusammenführung der Nachfrage? Wie sollten die bestehenden Instrumente geändert werden?

Die DGRI weist darauf hin, dass die in Art. 32 der Richtlinie 2004/18/EG eingeführten Bestimmungen zur Vergabe von Rahmenverträgen einer Ergänzung bedürfen, um eine unangemessene Benachteiligung der Bieter zu verhindern: Während der Bieter bei konkreten Aufträgen den Umfang des Auftrages kennt und daher sein Angebot seriös kalkulieren kann, besteht diese Möglichkeit bei der Ausschreibung von Rahmenverträgen naturgemäß nicht, da der Umfang der künftigen Aufträge nicht feststeht. Der Bieter ist also gezwungen, ein Angebot abzugeben – und insbesondere Rabatte einzuräumen –, obwohl er nicht kalkulieren kann, ob dieser Rabatt sich durch den Umfang der ihm unter der Rahmenvereinbarung erteilten Aufträge amortisiert. Streng genommen müssten solche Gebote sogar nach Art. 55 ausgeschlossen werden, da der Bieter nicht schlüssig nachweisen kann, dass der gebotene Rabatt wirtschaftlich auskömmlich ist.

Die DGRI empfiehlt, Art. 32 dahin zu ergänzen, dass der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist, den zu erwartenden Umfang der Leistungen auf der Basis nachprüfbarer Daten (z.B. bisheriger Bedarf, bereinigt um zu erwartende Bedarfsänderungen während der Laufzeit des Rahmenvertrages) in der Bekanntmachung bekannt zu geben. Ist dem Auftraggeber eine solche Prognose nicht möglich, ist die Ausschreibung eines Rahmenvertrages unzulässig.

Frage 37: Ist die gemeinsame Auftragsvergabe für bestimmte Produktbereiche besser geeignet als für andere?

JA, die Vergabe von IKT-Leistungen ist für die gemeinsame Auftragsvergabe besonders gut geeignet aus den zu Frage 34 genannten Gründen.

Frage 38: Halten Sie die grenzüberschreitende gemeinsame Auftragsvergabe für problematisch?

JA, da nicht klar ist, welches materielle Recht letztlich anzuwenden wäre. Schreiben z. B. ein deutscher und ein französischer Auftraggeber gemeinsam eine Leistung aus und verstößt der

deutsche Auftraggeber dabei gegen eine Bestimmung des französischen Vergaberechts, so (i) ist schon nicht klar, nach welcher Vorschrift der deutsche Auftraggeber der französischen Bestimmung überhaupt unterworfen sein soll; zudem (ii) wäre höchst zweifelhaft, ob der deutsche Auftraggeber (der nur Leistungen für seine ausschließlich auf Deutschland bezogene Tätigkeit beschafft), verfassungsrechtlich Bestimmungen einer fremden Rechtsordnung unterworfen sein kann. Denn nach Art. 20 Abs. 3 der deutschen Verfassung ("Grundgesetz", GG) ist die Verwaltung an "Gesetz und Recht" gebunden. Die Verfassung setzt dabei voraus, dass dieses "Gesetz und Recht" ausschließlich deutsches Recht ist, da nach Art. 20 Abs. 2 GG alle Staatsgewalt vom (deutschen) Volk ausgeht, mithin auch jede Rechtsnorm, der die Verwaltung unterworfen ist, vom deutschen Souverän direkt oder durch seine gewählten Vertreter erlassen wird.

Frage 41: Haben EU-Vorschriften zu Änderungen im Zusammenhang mit der Vertragsausführung einen Mehrwert?

Die DGRI weist darauf hin, dass nach deutschem Rechtsverständnis die Durchführung eines Vertrages nach Erteilung des Zuschlages sich ausschließlich nach zivilrechtlichen Grundsätzen bestimmt. Soweit für den Erlass von besonderen zivilrechtlichen Vorschriften überhaupt eine unionsrechtliche Zuständigkeit besteht, wäre insoweit besondere Vorsicht geboten, damit derartige Bestimmungen nicht ungewollt zu erheblichen Konflikten mit dem allgemeinen Zivilrecht führen.

Für die in Fn. 61 des Grünbuches beschriebene Konstellation – wegen Kündigung oder sonstiger Beendigung des mit dem Erstbieter abgeschlossenen Vertrages will der Auftraggeber ohne erneutes Vergabeverfahren den Vertrag mit dem Zweitbieter abschließen – dürfte allerdings sowohl die Kompetenz der EU wie auch ein Bedürfnis nach Klarstellung bestehen. Insoweit befürwortet die DGRI, in der Richtlinie klarzustellen, dass bei Beendigung des Vertrages mit dem Erstbieter der Vertrag mit dem Zweitbieter abgeschlossen werden kann, ohne ein erneutes Vergabeverfahren einzuleiten, soweit (i) der Zweitbieter bereit ist, den Vertrag zu den von ihm angebotenen Konditionen abzuschließen und (ii) die Umstände sich nicht so geändert haben, dass ein Zuschlag den lautereren Wettbewerb verzerren würde.

Frage 42: Soll die Richtlinie vorschreiben, dass unter Verstoß gegen Vergaberecht zustande gekommene Verträge zu beenden sind?

Es ist offensichtlich, dass eine Vorschrift, die für den Fall eines Verstoßes keine wirksame Sanktion vorsieht, wenig effektiv ist, soweit es keine anderen Anreize für die Beteiligten gibt, die Norm einzuhalten. Insoweit wäre – über die Fragestellung der Kommission hinaus – zu fragen, ob eine Richtlinie die Beendigung von vergaberechtswidrig zustande gekommenen Verträgen nicht sogar verpflichtend vorschreiben müsste.

In diesem Zusammenhang regt die DGRI dringend an, zumindest die Aufhebung solcher Verträge zwingend vorzuschreiben, die unter gänzlicher Umgehung der Vorschriften des Vergaberechts abgeschlossen werden (sog. "de-facto-Vergabe"). Nach bisheriger deutscher Rechtsprechung ist ein solcher Vertrag nicht schon deshalb nichtig, weil den übrigen Bietern vor Abschluss des Vertrages die Absicht des Vertragsschlusses nicht mitgeteilt wurde (Art. 1 Nr. 5 Satz der Richtlinie 89/665/EWG, Rechtsmittelrichtlinie, erfasst diese Fälle bislang nicht)¹⁰. Die fehlende Erfassung dieses besonders

¹⁰ Denn bei der de-facto-Vergabe gibt es in der Regel keine anderen Interessenten, die von der beabsichtigten Vergabe vor dem Zuschlag erfahren

groben Verstoßes durch die Rechtsmittelrichtlinie hat der deutsche Gesetzgeber nun zum Anlass genommen, in § 101b GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) vorzusehen, dass eine de-facto-Vergabe innerhalb von 30 Tagen nach Kenntnis vom übergangenen Mitbewerber gerichtlich angegriffen werden muss, jedenfalls aber innerhalb von 6 Monaten. Diese Privilegierung gerade des denkbar schwersten Verstoßes gegen Vergaberecht – nämlich die völlige Umgehung aller vergaberechtlichen Bestimmungen – erscheint kaum sachgerecht.

Frage 44: Soll der öffentliche Auftraggeber mehr Möglichkeiten erhalten, die Vergabe von Unteraufträgen durch den erfolgreichen Bieter zu beeinflussen?

(1) Die DGRI hält die bisherige Rechtsprechung des EuGH für gerechtfertigt – und aufgrund der Eigenheiten des IKT-Marktes sogar für zwingend –, dem Bieter generell den Rückgriff auf Unterauftragnehmer zu gestatten. Jedenfalls im IKT-Markt würde eine Einschränkung der Gestattung, Unterauftragnehmer einzuschalten, wirksamen Wettbewerb zwischen den Bietern erheblich einschränken: Im IKT-Bereich erwirbt der öffentliche Auftraggeber in der Regel Hard- und Software zusammen mit einem (meist mehrjährigen) Vertrag zur Pflege dieser Leistungen. Meist wird zwar die Hard- und Software nicht nur vom Hersteller angeboten, sondern auch von (Groß-)händlern – die Pflegeleistungen werden jedoch häufig nur vom Hersteller selbst erbracht, jedenfalls soweit technologisch "sensible" (sog. "cutting edge"-Technologien) Hard- und Softwarebestandteile betroffen sind. Um wirksamen Wettbewerb zwischen Hersteller und Großhändlern zu ermöglichen, muss der Großhändler daher in der Lage sein, die Pflegeleistung durch den Hersteller als Unterauftragnehmer erbringen zu lassen.

(2) In diesem Kontext empfiehlt die DGRI dringend, den Begriff des "Unterauftragnehmers" – der bislang weder in der Richtlinie noch durch die Rechtsprechung definiert worden ist – eindeutig zu definieren und insbesondere von bloßen "Hilfsleistungen" abzugrenzen. Gerade im IKT-Bereich herrscht erhebliche Unsicherheit, wann ein Unterauftragnehmerverhältnis vorliegt; dies ist deshalb bedeutsam, weil die Bieter meist angeben müssen, wen sie als Unterauftragnehmer einsetzen, und ergänzende Erklärungen des Lieferanten (insbesondere zu seiner Lieferbereitschaft) beibringen müssen:

- (Variante 1): Der Vertrag sieht den Sitz des Auftraggebers als Erfüllungsort vor; die Hard- und Software ist also dorthin zu liefern. Formal gesehen ist dann die Einschaltung der Post oder eines Spediteurs, um die Waren an den Erfüllungsort zu liefern, ein Unterauftragsverhältnis – obwohl die Richtlinie solche Nebenleistungen wohl kaum regeln wollte¹¹;
- (Variante 2): Um den Vertrag zu erfüllen, muss der erfolgreiche Bieter die zu liefernde Leistung erst selbst erwerben. Das führt formal nicht dazu, dass der Lieferant Unterauftragnehmer wird. Hat der Auftraggeber aber die Lieferung von Software ausgeschrieben, erwirbt er vom Hersteller der Software rechtlich nur ein Nutzungsrecht. Ist der Hersteller nicht zugleich der Bieter, entsteht also ein Nutzungsrechtsverhältnis mit dem Bieter, das aber von dem Hersteller abgeleitet ist. Da der Bieter letztlich nur die Nutzungsrechte des Herstellers weiter vermittelt (Unterlizenz), liegt es nahe, den Hersteller als Unterauftragnehmer des Bieters anzusehen.

¹¹ zum Teil wird in der deutschen Rechtsprechung vorgeschlagen, die Abgrenzung danach vorzunehmen, ob die vom dritten Unternehmen ausgeführte Position als eigenständige Position im Leistungsverzeichnis aufgeführt ist (vgl. VK Sachsen-Anhalt, Beschluss v. 23.07.2008, Az. 2 LVwA LSA-07/08). Dieses Kriterium erscheint allerdings zu formalistisch, da in vielen Fällen Positionen nach der Art "herstellen, liefern und einbauen von ..." formuliert sind. Die Untervergabe des Einbaus wäre dann kein Fall einer Nachunternehmerleistung, obwohl sie aus Sicht des Auftraggebers eine solche darstellt.

Frage 49: Erleichterungen bei der Beibringung von Eignungsnachweisen

Die DGRI befürwortet sehr eine Lösung, bei der nur der erfolgreiche Bewerber Eignungsnachweise vorlegen muss. Da die meisten Auftraggeber verlangen, dass die Nachweise ein bestimmtes Alter nicht überschreiten, bedeutet es gerade für KMU eine erhebliche Belastung, die jeweils geforderten Nachweise immer wieder erneut anzufordern und einzureichen. Soweit die Eignungsnachweise von dritten Stellen erteilt werden müssen, kommt es bei den sehr kurzen Fristen zur Einreichung von Angeboten häufig dazu, dass ein Bieter ohne eigenes Verschulden daran gehindert ist, ein vollständiges Angebot einzureichen. Um diesem Zustand abzuwehren, gestattet § 19 EG Abs. 2 der deutschen VOL/A seit 2009 dem Auftraggeber ausdrücklich, bei nicht mit dem Angebot eingereichten Nachweisen den Bieter nicht sofort auszuschließen, sondern ihm zunächst eine Nachfrist zu setzen.

Frage 50: Sind Eigenerklärungen ausreichend?

JA, und zwar für alle Eignungsvoraussetzungen - vorausgesetzt, dem Auftraggeber bleibt in jedem Fall die Möglichkeit, weitere Nachweise und Bescheinigungen zu verlangen, um bei Zweifeln an der Korrektheit der Eigenerklärung eine Überprüfung vornehmen zu können.

Frage 51: Stellen übertrieben strenge Anforderungen an den Umsatz als Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit ein Problem für KMU dar? Sollen Höchstquoten festgelegt werden?

Gerade im Software-Bereich erarbeiten innovative Unternehmen mit erheblichem Aufwand eine neuartige Softwarelösung; da dies im wesentlichen Arbeitskraft, aber nur geringen Kapitaleinsatz erfordert, sind bei derartigen Unternehmen sowohl die Bilanzsumme wie der Umsatz anfänglich häufig gering. Sollen diesen Unternehmen die öffentlichen Märkte ernsthaft erschlossen werden, stellen strenge Anforderungen sowohl an Umsatz wie an die Bilanzsumme eine unüberwindliche Hürde dar.

Die DGRI befürwortet daher ausdrücklich, Höchstquoten festzulegen, um die Verhältnismäßigkeit der Auswahlkriterien sicher zu stellen. Umsatzzahlen sollen dem Auftraggeber ein Bild davon vermitteln, welchen Anteil sein Auftrag am Gesamtumsatz des Unternehmens hat; der Auftraggeber soll erkennen können, ob der Auftrag voraussichtlich die Leistungsfähigkeit des Bieters übersteigt. Beim Umsatz auf ein Vielfaches des Auftragsvolumens abzustellen, ist daher im Allgemeinen sachgerecht. Die DGRI weist insoweit allerdings auf die Besonderheiten beim Erwerb von Rechten des Geistigen Eigentums hin, der kennzeichnend für den IKT-Bereich ist: Beim Erwerb von Nutzungsrechten an Software ist die Lieferung weiterer Softwareexemplare (=Nutzungsrechten) ohne nennenswerten Einsatz von Sachmitteln oder Personal nahezu beliebig potentiell. Der Umfang eines öffentlichen Auftrages zur Lieferung von Software hat daher nur geringe Auswirkungen auf die Leistungsfähigkeit des Bieters; es wäre daher nicht sachgerecht, diesen Anteil des Auftragsvolumens zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit heranzuziehen. Die DGRI empfiehlt daher, Zahlungen, die für den Erwerb Geistigen Eigentums vom Auftraggeber geleistet werden (d.h. Lizenzgebühren) vom Auftragsvolumen abzuziehen, wenn für den Umsatz auf ein Vielfaches des Auftragsvolumens abgestellt werden soll.

Frage 55: Sind spezifische Instrumente nötig, um Bieter aus anderen Mitgliedsstaaten zur Teilnahme an Ausschreibungen zu ermutigen?

In der Praxis verschaffen sich Auftraggeber primär einen Überblick über die im Inland vorhandenen Lösungen und gestalten ihre Leistungsbeschreibung in Anlehnung hieran; ein etwa abweichendes

Leistungsprofil ausländischer Bieter ist dann von vornherein chancenlos. Die DGRI empfiehlt daher, Nebenangebote nicht nur zuzulassen, sondern zur Regel zu machen und den Ausschluss zur begründungsbedürftigen Ausnahme (siehe Antwort zu Frage 16, unter (3)), um ausländischen Bietern zu ermöglichen, ihre Produkte ebenfalls anzubieten.

Frage 57: Was schlagen Sie vor, um Sprachbarrieren zu überwinden?

Im IKT-Bereich haben Großunternehmen in der Regel ein nationales Tochterunternehmen, das sich an den inländischen Ausschreibungen beteiligt; für diese Unternehmen sind Sprachbarrieren selten ein gravierendes Problem. Für KMU könnte die Übersetzung von Leistungsbeschreibungen in zumindest eine der fünf Haupt-Amtssprachen der EU hilfreich sein. Wird diese Regelung auf Aufträge mit hohem Vertragswert beschränkt, dürfte der finanzielle Aufwand für den öffentlichen Auftraggeber hinnehmbar sein; andererseits ist eine solche Beschränkung für KMU nur wenig hilfreich, da KMU für große Aufträge häufig nicht qualifiziert sind (vgl. Frage 51).

Jedenfalls muss es dem Auftraggeber frei stehen, die Erbringung der Leistung in seiner Heimatsprache zu verlangen. Denn in vielen Fällen wird bei der Durchführung von Softwareprojekten eine regelmäßige Kommunikation zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer erforderlich sein, z.B. bei der genauen Spezifikation von Anforderungen, notwendigen *Change Requests*, der Schulung der Anwender oder des Hotline-Services im Pflegevertrag. Diese Kommunikation setzt eine gemeinsame Sprache zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer voraus.

Frage 58: Welche Instrumente der Beschaffungspolitik könnten das Phänomen beherrschender Lieferanten vermeiden helfen?

Müssen Nebenangebote im Regelfall zugelassen werden (siehe Antwort zu Frage 16, unter (3)), steigt die Wahrscheinlichkeit, dass dem Auftraggeber zusätzliche Lösungen neben denen des beherrschenden Lieferanten angeboten werden, die seine Bedürfnisse ebenso gut abdecken.

Frage 59: Sollen die Richtlinien stärkere Sicherheitsvorkehrungen gegen wettbewerbswidriges Verhalten in Ausschreibungsverfahren enthalten?

(1) In Deutschland verpflichtet § 97 Abs. 1 GWB die Auftraggeber, Aufträge "im Wettbewerb" zu vergeben. Nach einhelliger Auffassung verbietet diese Bestimmung, Aufträge an Bieter zu vergeben, die sich wettbewerbswidrig verhalten¹². Nach § 97 Abs. 7 GWB können übergangene Bieter vor Gerichten die Einhaltung dieser Vorgaben verlangen. Damit wären eigentlich zusätzliche Bestimmungen in den Richtlinien zum Schutz vor wettbewerbswidrigem Verhalten unnötig.

In der Praxis hat sich die Bestimmung jedoch als weitgehend wirkungslos erwiesen, da nach der Rechtsprechung ein Bieter nur dann von der Vergabe ausgeschlossen werden darf, wenn der Auftraggeber ihm den Wettbewerbsverstoß positiv nachweist (z.B. eine verbotene Absprache mit anderen Bietern)¹³; zudem nehmen die Gerichte an, im Rahmen von Vergabenachprüfungsverfahren Vorwürfen zu Wettbewerbsverstößen nur in eingeschränktem Umfang nachgehen zu müssen¹⁴.

¹² Vgl. nur *Otting* in Bechtold, GWB, 6. Aufl., § 97 Rn. 7

¹³ diese Rechtsprechung wird offenbar auch vom EuGH gestützt, vgl. EuGH, Urteil v. 19.5.2009, Rs. C-538/07 – *Assitur*.

¹⁴ vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4.5.2009, Az. VII-Verg 68/08: Kartellverstoß auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers kann nicht im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht werden; ebenso LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.1.2009, Az. L 11 WB 5971/08. LSG Berlin-Brandenburg,

Aus diesem Grund empfiehlt die DGRI, in der Rechtsmittelrichtlinie klarzustellen, dass im Vergabenaachprüfungsverfahren generell auch Verstöße gegen nationale und europäische kartellrechtliche Bestimmungen geprüft werden müssen. Zusätzlich empfiehlt die DGRI zu prüfen, ob ein Ausschluss von Bietern schon dann in Betracht kommen sollte, wenn der Wettbewerbsverstoß zwar nicht nachgewiesen werden kann, aber schwerwiegende Verdachtsmomente bestehen, die sich auf objektive Tatsachen stützen (sog. "Verdachtskündigung") (vgl. hierzu im Einzelnen Antwort zu Frage 107, insbesondere Fußnote 21).

(2) Hingegen hat die DGRI erhebliche Bedenken bezüglich des von der Kommission angedachten Verbots, Unteraufträge an Dritte zu vergeben, die zugleich Mitbieter um den Auftrag sind: Zum einen weiß der Bieter bei der Abgabe seines Angebotes in der Regel nicht, wer sich neben ihm um den Auftrag mit bewirbt. Häufig verlangen die Auftraggeber aber das Offenlegen geplanter Unterauftragnehmer mit der Einreichung des Angebots. Zum anderen wäre eine solche Vorschrift jedenfalls im Bereich der IKT kontraproduktiv. Dort bieten Hersteller und Großhändler zugleich um Aufträge für die Lieferung von EDV-Systemen, jedoch kann oft ausschließlich der Hersteller die vom Auftraggeber gewünschte Pflege der erworbenen IT-Systeme anbieten (vgl. auch Antwort zu Frage 44, unter (1)). In solchen Fällen muss der Großhändler also bzgl. der nachgefragten Pflegeleistungen den Hersteller als Unterauftragnehmer mit einbinden, obwohl dieser regelmäßig mitbietet.

Frage 60: Kann die Erteilung von Ausschließlichkeitsrechten den freien Wettbewerb auf den Beschaffungsmärkten in Gefahr bringen?

Aus den Erläuterungen der Kommission zu dieser Frage ergibt sich, dass die Kommission annimmt, das Thema der Ausschließlichkeitsrechte beziehe sich ausschließlich auf die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit (soweit dort nämlich einem anderen öffentlichen Auftraggeber ein ausschließliches Recht eingeräumt worden ist) und nimmt daher an, die Bestimmung über Ausschließlichkeitsrechte in Art. 31 Nr. 1 (b) der Richtlinie könne künftig entfallen.

Die DGRI weist darauf hin, dass Art. 31 Nr. 1 (b) eine ganz andere und erhebliche praktische Bedeutung besitzt und spricht sich strikt gegen seine Abschaffung aus. Art. 31 Nr. 1 (b) betrifft nicht primär einem öffentlichen Auftraggeber eingeräumte Ausschließlichkeitsrechte, sondern einem Bieter eingeräumte Ausschließlichkeitsrechte, insbesondere Gewerbliche Schutzrechte und Urheberrechte. In diesen Fällen entspricht es dem Grundsatz der effizienten Vergabe, den Auftrag ohne ein förmliches Vergabeverfahren dem Inhaber des jeweiligen Rechts zu erteilen, da er sowieso allein zur Lieferung der nachgefragten Leistung in der Lage ist. Hierin liegt auch kein Verstoß gegen den fairen Wettbewerb – vielmehr hat der Gesetzgeber die Zuerkennung von Schutzrechten für besondere geistige Leistungen ausdrücklich vorgesehen, sodass das damit zwangsläufig verbundene Monopol auch vergaberechtlich hinzunehmen ist.

Frage 63: Wird es den strategischen Bedürfnissen des Auftraggebers besser gerecht, wenn er Spezifikationen nur in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen festlegen muss?

Die DGRI weist daraufhin, dass jedenfalls im Bereich der IKT ein erhebliches Risiko besteht, dass der Auftraggeber nicht die Leistung erhält, die er eigentlich wünscht, wenn er die Anforderungen an z.B. Hardware nur in Form allgemeiner Funktionsanforderungen beschreibt. In technischen Bereichen wie der IKT dürfte es unerlässlich sein, dass sich der Auftraggeber das nötige Fachwissen über die

Eigenschaften der am Markt befindlichen Produkte beschafft, um dann entscheiden zu können, welche Kriterien für ihn tatsächlich wichtig sind.

Allgemeine Leistungsanforderungen dürften allerdings dort sinnvoll sein, wo es nicht um den konkreten Leistungsumfang des Produktes geht, sondern um messbare Nebeneigenschaften, z. B. den Energieverbrauch eines Produktes.

Frage 67: Kann eine Beschränkung auf lokale Lieferanten durch legitime und objektive Gründe gerechtfertigt werden?

Generell können alle Leistungen, bei denen die Zeitdauer von der Anforderung bis zur Erbringung einer Leistung von entscheidender Bedeutung ist, die Vergabe an einen ortsnahen Anbieter rechtfertigen. Im IKT-Bereich wäre beispielsweise an die Vergabe von Pflegeverträgen für die Vor-Ort-Wartung von EDV-Systemen zu denken, die kritisch sind, also nicht ausfallen dürfen. Hier kommt es darauf an, dass der Leistungserbringer sein Wartungspersonal in räumlicher Nähe zum EDV-System hat.

Frage 68: Können im Verhandlungsverfahren politikrelevante Überlegungen besser berücksichtigt werden? Besteht das Risiko der Diskriminierung?

Die DGRI warnt entschieden davor, das Verhandlungsverfahren als Standardverfahren zu etablieren, um umwelt-, sozial- und innovationspolitische Aspekte besser berücksichtigen zu können. Gerade die "politikrelevanten Aspekte" zeichnen sich dadurch aus, dass (i) ihre Erfüllung durch einen Bieter häufig schlecht objektiv feststellbar ist und (ii) in diesen Bereichen der öffentliche Auftraggeber in der Regel auch vergabefremdem Einfluss ausgesetzt ist. Diskriminierung und Wettbewerbsbeschränkung wären die sichere Folge.

Die DGRI empfiehlt im Gegenteil, das offene Verfahren als Regelfall vorzuschreiben und alle anderen Verfahren nur in enumerierten Fällen für anwendbar zu erklären.

Frage 70.1.1.: Sollte das Kriterium des ausschließlich niedrigsten Preises abgeschafft werden?

NEIN. Es steht dem Auftraggeber frei, zwischen dem niedrigsten Preis und dem wirtschaftlich günstigsten Angebot als Auswahlkriterium zu wählen. Es besteht kein Anlass, diese Wahlmöglichkeit einzuschränken.

Frage 70.1.2: soll das Gewicht des Preiskriteriums beschränkt werden?

Die DGRI weist daraufhin, dass nach deutscher Rechtsprechung auch bei einer Vergabe nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots der Preis immer ein maßgebliches Kriterium bleiben muss – nur so kann das Grundziel des Vergaberechts erreicht werden, eine effiziente Beschaffung sicherzustellen, statt die Vergabe zu einem Spielball politischer Interessen zu machen. Für die Gewichtung des Preises hat die Rechtsprechung als idealtypisch einen Wert von 50% und als untere Grenze eine Gewichtung von 30% angenommen¹⁵. Die DGRI regt an, das Kriterium des wirtschaftlich

¹⁵ Vergabekammer des Landes Hessen, Beschluss v. 26.4.2007, Az. 69d – VK – 08/2007: Bei funktionalen Ausschreibungen wäre idealtypisch eine gleiche Gewichtung des Preises und der von den Bietern erarbeiteten Konzepte im Hinblick auf die zu erwartende Effizienz und Qualität der Leistungserbringung angemessen. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 29.12.2001, Az. Verg 22/01: Preis und Leistung müssen in ein "angemessenes Verhältnis" gesetzt werden; OLG Dresden, Beschluss v. 5.1.2001, Az. Verg 11/00: Preis muss mit mindestens 30% gewichtet werden.

günstigsten Angebots um eine entsprechende Mindestgewichtung für das Kriterium des Preises zu ergänzen, um zu verhindern, dass die Effizienz des Vergabeverfahrens zu Gunsten schwer nachprüfbarer oder politischer Auswahlkriterien leidet.

Frage 71:

Wir verweisen auf die Antwort zu Frage 70.1.2 – es sollte klargestellt werden, dass der Preis immer ein gewisses Mindestgewicht bei der Auswahlentscheidung haben sollte; weitere Kriterien mag der öffentliche Auftraggeber dann nach seinen Bedürfnissen gewichten.

Frage 73: Sollte verbindlich vorgeschrieben werden, bei der Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots die Lebenszykluskosten zu berücksichtigen?

Im IKT-Bereich sind die Lebenszykluskosten häufig von entscheidender wirtschaftlicher Bedeutung und werden daher schon heute von Auftraggebern als Auswahlkriterium mit herangezogen. Allerdings stellt die Angabe der Lebenszykluskosten letztlich eine Zukunftsbetrachtung dar, die mit Unsicherheiten behaftet ist, sodass die Auswahlentscheidung des Auftraggebers unter Umständen auf (bewusst oder unbewusst) falschen Angaben des Bieters beruhen kann.

In der Praxis sichern sich Auftraggeber zum Teil durch entsprechende vertragliche Gestaltungen dagegen ab, dass sich die angegebenen Lebenszykluskosten im Nachhinein als falsch herausstellen. Schreibt die Richtlinie die Berücksichtigung von Lebenszykluskosten verbindlich vor, so müsste der Auftraggeber zugleich auf eine angemessene Vertragsgestaltung achten. Die DGRI empfiehlt daher, das Kriterium der Lebenszykluskosten nicht verbindlich vorzuschreiben, aber als Anregung für die Auftraggeber in den Kriterienkatalog des Art. 53 Abs. 1 (a) der Richtlinie aufzunehmen.

Frage 75: Welche Klauseln für die Auftragsausführung sind besonders gut geeignet, um umweltbezogenen Aspekten und Überlegungen zur Energieeffizienz Rechnung zu tragen?

Im IKT-Bereich sind Überlegungen zur Energieeffizienz – wegen der hohen laufenden Betriebskosten – schon heute ein maßgebliches Kriterium bei der Auswahl (Stichwort: "Green IT"). Die Erfahrung zeigt aber, dass (i) angesichts der Vielgestaltigkeit der nachgefragten Leistungen und (ii) den Schwierigkeiten, die Umweltfreundlichkeit einer Leistung insgesamt präzise zu werten, von der Festlegung genereller Kriterien für Energieeffizienz oder Umweltfreundlichkeit Abstand genommen werden sollte. Es besteht ein erhebliches Risiko, dass Bieter ihre Produkte exakt auf die geforderten Kriterien hin abstimmen, ohne dass – bezöge man alle relevanten Kriterien bei der Betrachtung mit ein -, tatsächlich ein umweltfreundlicheres Produkt vorliegen würde.

Die DGRI rät davon ab, bei der Beschaffung langlebiger Güter – z.B. bei der Anschaffung von EDV-Systemen – Verpflichtungen zur Weiterentwicklung im Hinblick auf die Energieeffizienz vorzusehen. Unerwünschter Nebeneffekt einer solchen Regelung ist nämlich, dass der Markt für Mitbewerber auf Dauer blockiert wird: Der ausgewählte Bieter wird nämlich neuere, effizientere Produkte während der Laufzeit des Vertrages liefern (müssen), sodass für den Auftraggeber kein auszuschreibender neuer Bedarf entsteht. Konsequenz kann dann sein, dass der Auftraggeber letztlich gar nicht das energieeffizienteste Produkt hat, weil er vertraglich an seinen Bieter gebunden ist, der lediglich sein effizientestes Modell liefern muss – während die gesamte Konkurrenz längst deutlich energieeffizientere Modelle anbietet.

Frage 79: Soll die obligatorische Verknüpfung der Anforderungen an den Auftragsgegenstand abgeschwächt oder abgeschafft werden?

Die DGRI teilt die Bedenken der Kommission, dass eine Lockerung der Verknüpfung überwiegend negative Folgen hat. Soweit vergabefremde politische Zwecke verfolgt werden, gibt es transparentere und demokratischere Mittel, um diese Ziele durchzusetzen (wie z.B. den Erlass entsprechender allgemeiner Gesetze auf der Basis einer parlamentarischen Beratung und Diskussion), als die Verknüpfung mit der Beschaffung von Leistungen. Anders ausgedrückt: Allgemeine, nicht mit einer konkreten Beschaffung zusammenhängende Ziele werden besser durch die allgemeinen Gesetze verfolgt.

Frage 83 / 84: Sind EU-weit geltende Verpflichtungen hinsichtlich des Beschaffungsgegenstandes ein guter Weg, um andere politische Ziele zu erreichen?

In allen innovationsstarken Bereichen – unter denen der IKT-Bereich für die öffentlichen Auftraggeber sicherlich die größte Bedeutung hat – besteht das Risiko, dass derartige Verpflichtungen ganz neue Lösungen und technische Entwicklungen hemmen, weil die Bieter (für die umgekehrt der Markt der öffentlichen Aufträge ebenfalls von größter wirtschaftlicher Bedeutung ist und an dessen Bedürfnissen sie sich daher ausrichten) ihr Leistungsangebot nur noch in die Richtung der "gewünschten Kriterien" ausrichten werden. Nach einhelliger Auffassung in der deutschen Rechtsprechung und Literatur ist zudem die Wahl des Beschaffungsgegenstandes allein Sache des Auftraggebers – dieser weiß am besten, welche Bedürfnisse er hat.

Sollten dennoch Verpflichtungen zum Beschaffungsgegenstand in Rechtsvorschriften aufgenommen werden, sollte dies in den Vergaberichtlinien erfolgen, soweit es sich um vergabespezifische Vorgaben handelt (also nicht z.B. allgemeine technische Regelungen zur Energieeffizienz von Produkten).

Frage 85: Wie kann dem Risiko einer Fragmentierung des Binnenmarktes entgegen gewirkt werden, wenn solche Verpflichtungen auf nationaler Ebene festgelegt werden?

Das Risiko einer Fragmentierung dürfte je nach Art der Verpflichtungen unterschiedlich hoch sein¹⁶. Um diesem Risiko entgegen zu wirken, dürfte es jedoch ausreichend sein, eine allgemeine Regelung vorzusehen, wonach diese Kriterien nicht diskriminierend eingesetzt werden dürfen. Es darf erwartet werden, dass auf der Basis einer solchen Regelung unzulässigen Fragmentierungen des Binnenmarktes durch die Gerichte entgegen gewirkt werden kann.

Frage 87: Wie kann der technologischen Entwicklung am besten Rechnung getragen werden?

Die DGRI empfiehlt nachdrücklich, die Zulassung von Nebenangeboten als Regelfall auszugestalten und deren Ausschluss als – begründungsbedürftige – Ausnahme. In diesem Fall kann davon ausgegangen werden, dass die Bieter schon von sich aus technologisch bessere Alternativen vorschlagen werden.

¹⁶

Eine Verpflichtung zur Energieeffizienz dürfte z.B. eine geringere Gefahr einer Fragmentierung bieten, als allgemeine Umweltauflagen, bei denen viele Verpflichtungen ausländische Bieter faktisch benachteiligen können.

Frage 92: Schafft der wettbewerbliche Dialog einen ausreichenden Schutz für Rechte des Geistigen Eigentums?

Grundsätzlich JA. Denn der Bieter kann in aller Regel vor Eintritt in den wettbewerblichen Dialog seine Position durch Anmeldung von Schutzrechten absichern. Soweit das Rechtssystem für seine Leistung kein Schutzrecht bereit stellt, sollte diese gesetzgeberische Entscheidung nicht dadurch unterlaufen werden, dass für öffentliche Beschaffungen ein besonderer zusätzlicher Schutz geschaffen wird. Dieser Schutz würde dem Bieter am freien Markt ja ebenfalls nicht gewährt.

Frage 94: Kann die vorkommerzielle Auftragsvergabe als innovationsfördernd angesehen werden?

Nach aller praktischen Erfahrung ist die vorkommerzielle Auftragsvergabe die absolute Ausnahme. Die geringe Bedeutung dieser Alternative beruht zum einen darauf, dass sie in Deutschland in den allermeisten Fällen dem Grundsatz der sparsamen Haushaltsführung widerspricht (die den Auftraggeber auf die Deckung des aktuellen Bedarfs beschränkt). Zudem deckt das Verfahren eben nicht den aktuellen Bedarf des Auftraggebers – dieser will sofort ein fertiges Produkt und nicht eine jahrelange und mit Unsicherheiten behaftete Entwicklung. Insofern liegt in der Praxis das Hemmnis primär auf Seiten der Auftraggeber, nicht der Bieter.

Frage 98: Befürworten Sie die Einführung einer EU-Definition des "Interessenkonflikts" im Beschaffungswesen?

Die DGRI verweist darauf, dass im Bereich des deutschen Vergaberechts eine solche Regelung schon seit langer Zeit besteht¹⁷ und – soweit ersichtlich – keine unangemessenen Kosten oder Ineffizienzen geschaffen hat.

Frage 102: Welche Vorkehrungen sollten ergänzend gegen Korruption und Günstlingswirtschaft in den Richtlinien getroffen werden?

Die DGRI empfiehlt, in der Richtlinie den Auftraggeber ergänzend zu verpflichten, die Vergabeakten "zeitnah zu führen" und "sämtliche Seiten fortlaufend zu paginieren". Beide Maßnahmen erschweren die nachträgliche Manipulation der Unterlagen zu Gunsten einzelner Bieter erheblich.

¹⁷

§ 16 der Vergabeverordnung lautet:

(1) Als Organmitglied oder Mitarbeiter eines Auftraggebers oder als Beauftragter oder als Mitarbeiter eines Beauftragten eines Auftraggebers dürfen bei Entscheidungen in einem Vergabeverfahren für einen Auftraggeber als voreingenommen geltende natürliche Personen nicht mitwirken, soweit sie in diesem Verfahren

1. Bieter oder Bewerber sind,
2. einen Bieter oder Bewerber beraten oder sonst unterstützen oder als gesetzliche Vertreter oder nur in dem Vergabeverfahren vertreten,
3.
 - a) bei einem Bieter oder Bewerber gegen Entgelt beschäftigt oder bei ihm als Mitglied des Vorstandes, Aufsichtsrates oder gleichartigen Organs tätig sind oder
 - b) für ein in das Vergabeverfahren eingeschaltetes Unternehmen tätig sind, wenn dieses Unternehmen zugleich geschäftliche Beziehungen zum Auftraggeber und zum Bieter oder Bewerber hat,

es sei denn, dass dadurch für die Personen kein Interessenkonflikt besteht oder sich die Tätigkeiten nicht auf die Entscheidungen in dem Vergabeverfahren auswirken.

(2) Als voreingenommen gelten auch die Personen, deren Angehörige die Voraussetzungen nach Absatz 1 Nr. 1 bis 3 erfüllen. Angehörige sind der Verlobte, der Ehegatte, Lebenspartner, Verwandte und Verschwägerter gerader Linie, Geschwister, Kinder der Geschwister, Ehegatten und Lebenspartner der Geschwister und Geschwister der Ehegatten und Lebenspartner, Geschwister der Eltern sowie Pflegeeltern und Pflegekinder.

Zudem sollte – wie dies schon derzeit in Großbritannien der Fall ist – nicht nur die Tatsache einer Auftragsvergabe zeitnah veröffentlicht werden, sondern es sollte zumindest nach einem bestimmten Zeitraum (z.B. nach 2-3 Jahren, dann besteht in aller Regel kein schützenswertes Interesse des Bieters mehr an der Geheimhaltung seiner damaligen Konditionen) die Aufträge insgesamt offen zugänglich gemacht werden, um damit in krassen Fällen über den Druck der öffentlichen Meinung eine Korrektur zu erreichen¹⁸.

Frage 107: Sollte eine Entscheidung zur Ablehnung eines Angebotes wegen unseriöser Geschäftspraktiken begründet werden?

Die DGRI weist darauf hin, dass in der bisherigen Praxis der Ausschluss eines Bieters wegen wettbewerbswidriger Praktiken die absolute Ausnahme darstellt, sogar bei schwerwiegenden Verdachtsmomenten: Die bisherige deutsche Rechtsprechung – die des EuGH geht mit der Betonung der Unschuldsvermutung zu Gunsten des Bieters in eine ähnliche Richtung¹⁹ – verlangt nämlich vom Auftraggeber den positiven Nachweis der Wettbewerbswidrigkeit²⁰. Diesen Nachweis zu erbringen ist für den Auftraggeber – in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit (Nachprüfungsverfahren sind Eilverfahren) und mit den beschränkten Mitteln des Auftraggebers (dem nicht die Kapazitäten z.B. einer Kartellbehörde zur Verfügung stehen) – unmöglich.

Dies führt zu der für den Auftraggeber untragbaren Situation, dass er mit einem Bieter zusammen arbeiten muss, den er in dem – durch Indizien erhärteten – Verdacht hat, den Auftrag durch rechtsmissbräuchliches Verhalten erschlichen zu haben; dies wird eine gedeihliche Zusammenarbeit erheblich erschweren. Es wäre daher daran zu denken, für derartige Fälle eine Regelung einzuführen, wonach der Auftraggeber schon bei einem begründeten Verdacht einen Ausschluss aussprechen kann²¹

¹⁸ Derzeit bestehen in vielen Mitgliedsländern zwar gesetzliche Bestimmungen über das Recht des Bürgers, Einsicht in alle Akten der öffentlichen Auftraggeber zu nehmen, ähnlich der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 v. 30.5.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlamentes, des Rates und der Kommission. Die praktische Bedeutung dieser Regelungen ist jedoch gering geblieben, weil in der Regel die Einsicht pauschal mit Hinweis auf "Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse" der Mitbieter verweigert wird und die Einsicht auch in eine um solche angeblichen Geheimnisse bereinigte Version der Vergabeakten wegen des "großen Aufwandes" abgelehnt wird. Gerade bei kollusivem Zusammenwirken zwischen Auftraggeber und Bieter erweist sich ein Vorgehen nach diesem Regelwerk als praktisch nahezu aussichtslos. Unzweideutige Bestimmungen, ab wann Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren ist, wären daher notwendig, um die Akteneinsicht zu einem effektiven Instrument zu machen.

¹⁹ EuGH, Urteil v. 23.12.2009, Rs. C-376/08 - *Serrantoni*

²⁰ Vgl. z.B. OLG Frankfurt/M., Beschluss v. 27.6.2003, Az. 11 Verg 2/03, NZBau 2004/60;

²¹ Für die Ausgestaltung dieser Regelung könnte auf die Kriterien zurückgegriffen werden, die die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der sog. "Verdachtskündigung eines Arbeitnehmers" in Jahrzehnten herausgearbeitet hat: Denn ähnlich einem Auftragsverhältnis mit einem öffentlichen Auftraggeber ist anerkannt, dass nicht nur eine erwiesene Rechtsverletzung, sondern bereits der schwerwiegende Verdacht einer solchen Verletzung einen wichtigen Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses darstellen kann – denn eine Zusammenarbeit setzt ein Mindestmaß an gegenseitigem Vertrauen voraus, dessen Verlust schon einen wichtigen Grund zur Vertragsbeendigung darstellen kann (Bundesarbeitsgericht (**BAG**) v. 5.4.2001, Az. 2 AZR 217/00; BAG v. 10.2.2005, Az. 2 AZR 189/04). Zum Schutz des Betroffenen ist allerdings Voraussetzung, dass

- Es starke Verdachtsmomente gibt, die sich auf objektiven Tatsachen gründen,
- Diese Verdachtsmomente geeignet sind, das für das Vertragsverhältnis notwendige Vertrauen des Auftraggebers zu zerstören, und
- Der Auftraggeber die zumutbaren Maßnahmen zur Sachverhaltsaufklärung ergriffen hat, insbesondere den Bieter vor dem Ausschluss Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. (vgl. zu diesen Kriterien BAG v. 6.9.2007, Az. 2 AZR 264/06; die Anhörung des Bieters vor

Frage 109: Sollte es spezifische Bestimmungen für den Umgang mit vorbefassten Bietern geben?

Die DGRI regt an, in der Richtlinie die rechtzeitige Offenlegung aller Informationen vorzuschreiben, die dem vorbefassten Bieter offen gelegt wurden und die für den öffentlichen Auftrag von Bedeutung sind, am besten mit einem Mindestzeitraum. In der Praxis werden die Informationen zwar formal offen gelegt, jedoch erst zu einem Zeitpunkt, der eine hinreichende Prüfung und Berücksichtigung für die Mitbieter nicht ermöglicht.

Frage 113: Gibt es weitere wichtige Themen?

Die DGRI regt nachdrücklich an, in die Richtlinie eine allgemeine Bestimmung dahingehend aufzunehmen, dass der "*öffentliche Auftraggeber bei der Beschreibung der Leistung den Bietern keine ungewöhnlichen Wagnisse auferlegen*" soll. Diese – über Jahrzehnte im deutschen Recht enthaltene²² – Bestimmung ist für Bieter häufig der einzige Schutz gegen Missbrauch von Nachfragemacht und der Einforderung von völlig unüblichen und Risiken einseitig den Bietern aufbürdenden Vertragsbestimmungen, gegen die sich der Bieter nicht zur Wehr setzen kann, weil er auf die Geschäfte mit der öffentlichen Hand angewiesen ist.

Für Rückfragen und Ergänzungen steht Ihnen die DGRI gerne zur Verfügung.

Dr. Anselm Brandi-Dohrn
Vorsitzender der DGRI e.V.

einem Ausschluss entspricht auch den Anforderungen des EuGH, Urteil v. 23.12.2009, Rs. C-376/08 - *Serranton*)

²² BGH, Urteil v. 1.8.2006, Az. X ZR 115/04: "Angebote, die eine für die Bieter unzumutbare Vorgabe nicht erfüllen, dürfen nicht ausgeschlossen werden. Ein Ausschluss kommt danach nicht in Betracht, soweit die Ausschreibungsbedingungen eine technisch unmögliche Leistung verlangen".