



*Bund **sozialdemokratischer** Akademiker/innen,
Intellektueller & Künstler/innen*

Ein soziales, ökologisches und effizientes Vergaberecht in der EU

Stand: 26.6.2012

EU Arbeitsgruppe Vergaberecht

Impressum: BSA EU Gruppe, Rückfragen an europa@bsa.at

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung - Antrag an den Landesparteitag	3
Einleitung	6
Soziale und umweltbezogene Aspekte	7
MANAGEMENT SUMMARY	7
DERZEITIGER STAND	7
LÖSUNG	8
RICHTLINIE	10
Insolvenz des Zuschlagsempfängers oder der Zuschlagsempfängerin – Subunternehmer und Subunternehmerinnen.....	11
MANAGEMENT SUMMARY	11
DERZEITIGER STAND	11
RICHTLINIE	12
Subunternehmer: „Beschränkung der Weitergabe an Dritte“	14
MANAGEMENT SUMMARY	14
DERZEITIGER STAND	14
LÖSUNG	14
RICHTLINIE	15
Zwingende Teilnahme als ARGE aus sachlichen Gründen.....	16
MANAGEMENT SUMMARY	16
DERZEITIGER STAND	16
LÖSUNG	17
RICHTLINIE	17
„Einstufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung“	18
MANAGEMENT SUMMARY	18
DERZEITIGER STAND	18
LÖSUNG	18
RICHTLINIE	19
Verhandlungsverfahren – Nachnominierung von Bewerbern und Bewerberinnen bzw. zusätzlichen Unternehmen.....	21
MANAGEMENT SUMMARY	21
DERZEITIGER STAND	21
LÖSUNG	21
RICHTLINIE	22
Eignung bzw. Schaffung eines neuen (Eigen-)Kontrollsystems	23
MANAGEMENT SUMMARY	23
ZURÜCKGEZOGEN	23
Öffentlich-private Partnerschaft/ÖPP (public private partnership/PPP):.....	24
MANAGEMENT SUMMARY	24
1. PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP (PPP) BZW. ÖFFENTLICH-PRIVATE PARTNERSCHAFT (ÖPP)	24
2. RECHTLICHE ERFASSUNG	25
3. FORDERUNGEN	26
Dienstleistungskonzessionen.....	28
MANAGEMENT SUMMARY	28
BEGRÜNDUNG	28

Zusammenfassung - Antrag an den Landesparteitag

Folgender Antrag wurde von der BSA EU Gruppe formuliert und vom BSA Bundesvorstand beim Landesparteitag am 28. April 2012 eingebracht.

Antrag an den SPÖ Landesparteitag

Bund Sozialdemokratischer AkademikerInnen

Betreff: Ein soziales, ökologisches und effizientes Vergaberecht

Öffentliche Aufträge spielen mit 17% des BIP der EU eine wesentliche Rolle und bieten daher gute Steuerungsmöglichkeiten, Einsparungspotentiale und Qualitätsverbesserungen. Mit folgenden Forderungen soll das öffentliche Vergabewesen sozialer, ökologischer und effizienter werden und verstärkt kleinen und mittleren Unternehmen Chancen eröffnen.

Der Wiener Landesparteitag fordert daher

die Bezirksorganisationen, die Landesparteiorganisation Wien und deren Vertreter und Vertreterinnen in den einzelnen europäischen Ausschüssen und in weiterer Folge die Mitglieder der Bundesregierung auf, alles zu unterstützen und zu unternehmen, damit eine rasche Umsetzung der folgende Punkte erfolgen kann:

Verpflichtende europaweite soziale und ökologische Kriterien

Es ist zwar jetzt schon (mit Einschränkungen) möglich, soziale und ökologische Kriterien in einem öffentlichen Vergabeverfahren aufzunehmen, jedoch erfolgt dies in der Praxis selten. Deshalb sollen diese Kriterien für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bestbieterverfahren europaweit verpflichtend sein. Kriterien können insbesondere sein: Frauenquoten oder Nachweise von Frauenförderungsprogrammen, Maßnahmen zur Förderung der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen und von am Arbeitsmarkt schwer vermittelbaren Personen sowie von älteren ArbeitnehmerInnen, Maßnahmen zur Förderung von Diversität, Beschäftigung von Lehrlingen/bzw. allgemein jungen Menschen in Ausbildung, Beschäftigung von Behinderten und Sicherstellung der ökologischen Nachhaltigkeit. Durch den Auftraggeber wähl- und gestaltbare soziale oder ökologische Kriterien sollen mit mindestens 5% in die Bewertung des Bestbieters eingehen müssen, sofern nicht sachliche Gründe dagegen bestehen.

Auf diese Weise soll auch verhindert werden, dass öffentliche Aufträge durch Sozialdumping und umweltschädigendes Handeln gewonnen werden.

Public Private Partnerships: Bessere Kontrolle und keine Privatisierung durch die Hintertür

Partnerschaften zwischen der öffentlichen Hand und privaten Unternehmen (public private partnership – PPP) können eine echte Alternative zur reinen Privatisierung sein, weil so die Verantwortung über die Aufgabenerfüllung bei der öffentlichen Hand verbleibt. Doch PPPs sind nur EINE Option der öffentlichen Aufgabenerfüllung. Oft wird aber PPP als Deckmantel für eine schleichende Privatisierung genützt. Eine Entscheidung für oder gegen PPP sowie auch deren Abwicklung erfordern daher aus Gründen der Transparenz, der sozialen Nachhaltigkeit und der Wirtschaftlichkeit besondere Vorkehrungen. Damit PPP nur dann zum Einsatz kommen, wenn sie tatsächlich geeignet sind und dem Allgemeininteresse dienen, sollen im Vorhinein eine verpflichtende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung (um Sinn und Zweck im Vergleich zur öffentlichen Eigenerfüllung sowie das Effizienz- und Einsparungspotenzial des Projekts darzulegen und eine Folgenabschätzung anzustellen) und im Nachhinein eine Abschluss-Erfolgskontrolle (z.B. durch den Rechnungshof) durchgeführt werden. Auch sollen die Ansätze der Corporate Social Responsibility (CSR) verpflichtend bei der Auftragsvergabe berücksichtigt werden.

Dies soll einerseits gewährleisten, dass PPPs nur dann stattfinden, wenn eine öffentliche Eigenerfüllung nicht möglich oder nicht rentabel ist, und andererseits verhindern, dass mit PPP Privatisierungen durch die Hintertür betrieben werden.

Vereinfachung der Verfahren spart Aufwand und gibt Kleinunternehmen mehr Chancen

Folgende Vereinfachungen, die nicht auf die Qualität der Leistungen gehen, werden gefordert¹:

Ausweitung und Vereinfachung des Verhandlungsverfahrens: Im Verhandlungsverfahren werden auch die Inhalte der Leistung verhandelt, was oft zu besser passenden und günstigeren Leistungen führt. Dieses Verfahren soll daher verstärkt angewendet werden dürfen und auch von zwei- auf einstufig vereinfacht werden können. Falls BewerberInnen ausscheiden, sollen zusätzliche AnbieterInnen ins Verfahren aufgenommen werden können, ohne dass ein aufwendiges „Zurück zum Start“ notwendig ist.

Eine Einschränkung der Zahl an SubunternehmerInnen soll bei sensiblen Aufträgen mit Betriebsgeheimnissen möglich sein.

Verbesserungen bei Insolvenz von AnbieterInnen: Die öffentliche Hand soll vorschreiben können, dass bei bestimmten Aufträgen als ARGE (Arbeitsgemeinschaft) angeboten werden

¹ In der Originalversion des Antrags war zusätzlich noch ein Absatz zu Neuerungen im Kontrollsystem der Eignungsprüfung enthalten, der jedoch nach intensiver Diskussion in der BSA EU Arbeitsgruppe zurückgezogen wurde. Details siehe Kapitel Eignung bzw. Schaffung eines neuen (Eigen-)Kontrollsystems auf Seite 23
europa@bsa.at

Ein soziales, ökologisches und effizientes Vergaberecht in der EU



muss, weil dann auch bei Insolvenz eines Anbieters oder einer Anbieterin der Auftrag durchgeführt wird. Außerdem sollen sich öffentliche AuftraggeberInnen bei Insolvenz von AnbieterInnen direkt an die SubauftragnehmerInnen wenden und mit diesen Verträge abschließen können.

Einleitung

Europa 2020 – Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum umreißt die Vision einer sozialen wettbewerbsfähigen Marktwirtschaft für Europa im Jahr 2020, die auf drei miteinander verknüpften und sich gegenseitig verstärkenden Prioritäten basiert: Entwicklung einer auf Wissen, Forschung und Innovation gestützten Wirtschaft, Förderung einer emissionsarmen und wettbewerbsfähigen Wirtschaft sowie Förderung der Beschäftigung und Bekämpfung der Armut, Dabei spielt das öffentliche Auftragswesen (öffentliche Aufträge, Konzessionen, öffentlich-private Partnerschaften – ÖPP) mit 17% des Bruttoinlandsproduktes der Europäischen Union bei der Verwirklichung der Strategie Europa 2020 eine wesentliche Rolle: Es soll bessere Rahmenbedingungen schaffen, um das unternehmerische Innovationspotenzial zu entfalten und den Übergang zu einer ressourcenschonenden, emissionsarmen und „sozial“ orientierten Wirtschaft unterstützen, z.B. durch die Förderung eines umweltfreundlichen und „sozial“ gerechten öffentlichen Auftragswesens.

Die EU 2020-Strategie legt dar, dass die Politik auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens die wirtschaftlichste Nutzung öffentlicher Gelder gewährleisten muss. Gleichzeitig soll eine Erleichterung beim Zugang zu den europäischen Beschaffungsmärkten erfolgen. Vor dem Hintergrund strenger Haushaltszwänge und wirtschaftlicher Schwierigkeiten in vielen Mitgliedstaaten sowie im Hinblick auf die – auf Grund der globalisierten Gesellschaft – gestiegenen Herausforderungen an die öffentliche Hand ist ein gut funktionierender und effizienter europäischer Markt für öffentliche Aufträge dringend notwendig.

Derzeit wird das System für die Vergabe öffentlicher Aufträge auf EU-Ebene zwecks Effizienzsteigerung, Modernisierung und rechtlicher Vereinfachung evaluiert und anhand von Richtlinienvorschlägen der Europäischen Kommission diskutiert. Denn die oftmals komplexen und aufwendigen Vorgaben führen in vielen Fällen zu starken Rechtsunsicherheiten im Bereich des Beschaffungswesens. Betroffen sind sowohl die öffentliche Hand auf Auftraggeber- und Auftraggeberinnenseite als auch Industrie, Gewerbe und Handwerk auf Auftragnehmer- und Auftragnehmerinnenseite.

Mit diesem Positionspapier zeigt der BSA auf, welche inhaltlichen sozialdemokratischen Vorgaben und Erwartungen an die Politik bei der Überarbeitung der Vergaberichtlinien zu stellen sind, damit das Vergaberecht einerseits den Anforderungen der Praxis sowohl für Auftraggeber und Auftraggeberinnen als auch für Unternehmer und Unternehmerinnen besser entspricht und andererseits sozialdemokratischen Werten gerecht wird.

Soziale und umweltbezogene Aspekte

Management Summary

Durch die Berücksichtigung von sozialen Aspekten und Umweltaspekten im Vergabeverfahren soll ein deutliches Signal an Unternehmen und Gesellschaft gesetzt werden. Die öffentliche Hand übernimmt auch im Vergabewesen Verantwortung für soziale Aspekte und Nachhaltigkeit und geht mit gutem Beispiel voran. Im Bestbieterverfahren sollen in Zukunft 5% der Bewertung auf soziale und/oder umweltbezogene Kriterien fallen. Die bloße Berücksichtigung solcher Kriterien auch mit einer relativ geringfügigen Bepunktung bewirkt, dass sich Unternehmen mit diesen Kriterien auseinandersetzen.

Derzeitiger Stand

Soziale und umweltbezogene Aspekte

Soziale sowie umweltbezogene Aspekte im Vergabeverfahren werden unter dem Begriff „vergabefremde“ Kriterien bzw. Sekundärzwecke zusammengefasst. Sekundärzwecke werden dem primären Ziel des unionsrechtlichen Vergaberechts, der Öffnung der nationalen Beschaffungsmärkte durch zunehmenden Wettbewerb, gegenübergestellt. Dieser Gegensatz suggeriert aber, dass soziale Kriterien nicht mit dem Wettbewerbsgedanken vereinbar sind. Dabei wird übersehen, dass im Rahmen einer sozialen Marktwirtschaft die Sozialpolitik durchaus neben der Wettbewerbspolitik bestehen kann und ein essentielles Korrektiv zum Ausgleich von benachteiligten Bevölkerungsgruppen darstellt.

Gegenwärtig können Sekundärzwecke gem. Artikel 26 der Richtlinie 2004/18/EG (und Artikel 38 der Richtlinie 2004/17/EG) in Form insbesondere von **Ausführungsbestimmungen** festgelegt werden, sofern sie mit dem Unionsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. Sie müssen überdies im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen, dürfen dem öffentlichen AG keine unbeschränkte Wahlfreiheit einräumen, und haben dem Grundsatz des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit sowie den davon abgeleiteten Grundsätzen, wie z.B. dem Grundsatz der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der gegenseitigen Anerkennung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz, zu entsprechen (1. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18/EG).

Die in Vorbereitung befindlichen neuen Vergaberichtlinien legen einen solchen Zusammenhang von vergabefremden Kriterien mit dem Auftragsgegenstand ausdrücklich fest. Damit wird das bestehende Hindernis, vergabefremde Kriterien berücksichtigen zu können, sogar in den Richtlinien verankert.

Beispiel: Für den Bezug von Strom ist es ein zulässiges Umweltkriterium, dass der Strom aus erneuerbaren Energieträgern gewonnen wird. Die Gewinnung aus erneuerbaren Energieträgern darf aber nur bis zu maximal der Kapazität berücksichtigt werden, die der Auftraggeber beziehen will. Gewinnt ein Energieunternehmen mehr Energie aus

erneuerbaren Energieträgern, so darf das – trotz der positiven Auswirkungen auf die Umwelt – nicht berücksichtigt werden²

Dass soziale und umweltbezogene Aspekte beim Bestbieterprinzip unter bestimmten Umständen, jedoch sehr eingeschränkt, auch als Eignungs-, Auswahl- und vor allem **Zuschlagskriterien** vorgesehen werden können, ergibt sich aus der Rsp. des EuGH (EuGH, Rs.C-31/87, *Beentjes*; EuGH, Rs. C-225/98, *Kommission/Frankreich*; EuGH, Rs. C-513/99, *Concordia Bus Finnland*; EuGH, Rs. C-448/01 *EVN/Wien Strom*; EuGH, Rs. C-346/06 *Rüffert*, C-20/01 und C-28/01 *Abfallentsorgung Braunschweig*). Umweltbezogene Zuschlagskriterien müssen einen Vergleich und eine objektive Bewertung der Angebote ermöglichen und den öffentlichen AG in die Lage versetzen, auf Bedürfnisse der betroffenen Allgemeinheit, so wie es in den Leistungsbeschreibungen festgelegt ist, einzugehen. Kriterien zur Erfüllung sozialer Anforderungen haben außerdem den in den vertraglichen Spezifikationen festgelegten Bedürfnissen besonders benachteiligter Bevölkerungsgruppen zu entsprechen, denen die Nutznießer/Nutzer der Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen angehören (46. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18/EG). Soziale und umweltbezogene Kriterien müssen als Zuschlagskriterien aber mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen.

Beispiel: Die Gewinnung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern wird über das Volumen des zu beziehenden Stroms hinaus berücksichtigt. Die Berücksichtigung der Stromproduktion, welche die zu beziehende Menge übersteigt, ist – da der übersteigende Teil ja nicht beschafft werden soll – bieterbezogen. Eine Berücksichtigung soll aber trotzdem zulässig sein. Und zwar nach Wahl des Auftraggebers als Eignungskriterium, als Auswahlkriterium oder als Zuschlagskriterium.

Der **Vorschlag** zur Änderung der Richtlinie 2004/18/EG lässt umweltbezogene, soziale oder sonstige Merkmale ausdrücklich als **technische Spezifikationen** u.a. in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen, einschließlich Umweltmerkmale, zu, sofern die Parameter hinreichend genau sind, um den Bietern ein klares Bild vom Auftragsgegenstand zu vermitteln und dem öffentlichen AG die Erteilung des Zuschlags zu ermöglichen (Artikel 40 Absatz 3 lit a des Änderungsvorschlages). **Gütezeichen** müssen gem. Artikel 41 Absatz 1 des Änderungsvorschlages bestimmten Anforderungen entsprechen.

Schließlich können die Mitgliedstaaten gem. Artikel 28 der Richtlinie 2004/17/EG (Artikel 19 der Richtlinie 2004/18/EG, §§ 21, 189 BVergG 2006) im Rahmen von Programmen für **geschützte Beschäftigungsverhältnisse** vorsehen, dass nur geschützte Werkstätten an den Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge teilnehmen oder solche Aufträge ausführen dürfen, sofern die Mehrheit der Arbeitnehmer/innen Behinderte sind, die aufgrund der Art oder der Schwere ihrer Behinderung keine Berufstätigkeit unter normalen Bedingungen ausüben können. Diese Bestimmung wird in der Bekanntmachung angegeben.

Lösung

Dass nach der derzeitigen Rechtslage „vergabefremde“ Kriterien mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen müssen, schränkt den Spielraum für ihre Anwendung erheblich ein, da beispielsweise die Frauenquote eines Unternehmens als

² EuGH C-448/01 Wienstrom.
europa@bsa.at

unternehmensbezogenen Merkmal in der Regel nicht in Form eines Zuschlagskriteriums vorgesehen werden kann. Es sollte daher möglich sein, soziale Kriterien, wie z.B. für Unternehmen verbindliche Frauenquoten oder Maßnahmen zur Förderung der Beschäftigung von Personen mit Migrationshintergrund, in Bereichen, in denen sie unterrepräsentiert sind, auch unabhängig vom Auftragsgegenstand in Vergabeverfahren anzuwenden.

Es sollte bei Beschaffungen angestrebt werden, grundsätzlich zumindest folgende Aspekte zu fördern:

1. Die Gleichberechtigung der Geschlechter. Dies wird in der Regel die Erstellung und nachweisbare Umsetzung von Frauenförderungsplänen erfordern.
2. Die Beschäftigung von Lehrlingen bzw. von jungen Menschen in Ausbildung.
3. Die Förderung von Diversität.
4. Die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen sowie von älteren oder sonst schwer vermittelbaren Arbeitslosen sowie das Setzen von Maßnahmen für ältere Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen.
5. Die Beschäftigung von Behinderten.
6. Fair Trade.
7. Die nachhaltige Umweltgerechtigkeit.

Wird die Erfüllung dieser Kriterien nicht überhaupt verbindlich festgelegt (als Eignungskriterium oder als Ausführungsbestimmung), sondern fließt lediglich als qualitatives Bewertungskriterium (als Auswahlkriterium oder als Zuschlagskriterium) in die Bewertung ein, so soll dies mit zumindest 5% von insgesamt 100% berücksichtigt werden. Welche der oben angeführten Kriterien im Bestbieterverfahren aufgenommen werden, kann der jeweilige Auftraggeber entscheiden.

Eine Wertung mit 5% ist ein Kompromiss zwischen einerseits wesentlich weitergehenden Forderungen und andererseits der Nichtberücksichtigung von sozialen Aspekten und Umweltkriterien. Obwohl nur ein Kompromiss, würde er doch ein deutliches Signal an die Unternehmen darstellen, sich mit diesen Kriterien zu befassen, und über das Bewusstsein in den Unternehmen entsprechende Ergebnisse ermöglichen. Die Bandbreite der Möglichkeiten wäre so weit gesteckt, dass jedes Unternehmen, ein entsprechendes Bemühen vorausgesetzt, genügend Möglichkeiten zur Umsetzung finden würde.

Eine Wertung mit mehr als 5% wird vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH (z.B. Concordia Bus Finnland, EuGH Rs. C-513/99, Wienstrom, EuGH Rs. C-448/01) nur mit Einschränkungen möglich sein. Dies gilt auch für eine Ausweitung der Liste der möglichen Kriterien. Die Auftraggeber werden dabei insbes. an die durch die primärrechtlich festgelegten Schranken der Nichtdiskriminierung und Transparenz gebunden sein. Eine strikte Limitierung der Berücksichtigung vergabefremder Kriterien mit 5% sowie eine taxative Auflistung der zulässigen Kriterien wird jedoch nicht angestrebt, zumal bereits jetzt unter bestimmten Voraussetzungen mehr als 5% und andere als die aufgezählten Kriterien zulässig sind und die im AEUV festgelegten Schranken ausreichen sollten, einen etwaigen Missbrauch zu verhindern.

Richtlinie

In die neuen Vergaberichtlinien soll folgender Text aufgenommen werden:

„Umweltkriterien und soziale Kriterien sind zulässig. Sie können bieterbezogen oder auftragsbezogen sein. Als bieterbezogene Kriterien können sie Eignungskriterien, Auswahlkriterien oder Zuschlagskriterien sein. Sie können auch in Form von Ausführungsbestimmungen festgelegt werden. Insbesondere sollen die Kriterien der Gleichberechtigung der Geschlechter (Frauenförderung), der Beschäftigung von jungen Menschen in Ausbildung (z.B. Lehrlinge), der Förderung von Diversität, der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen, älteren oder sonst schwer vermittelbaren Arbeitslosen und das Setzen von Maßnahmen für ältere Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, der Beschäftigung von Menschen mit Behinderung, Fair Trade sowie der nachhaltige Umweltschutz entweder festgelegt werden (Eignungskriterium oder Ausführungsbestimmung) oder doch mit zumindest 5% in die Bewertung (Auswahl- oder Zuschlagskriterium) einfließen. Ausnahmen sind aus gewichtigen sachlichen Gründen zulässig.“

Insolvenz des Zuschlagsempfängers oder der Zuschlagsempfängerin – Subunternehmer und Subunternehmerinnen

Management Summary

In der Vergabepaxis entsteht vielfach für alle Beteiligten massiver Schaden, wenn der Auftragnehmer oder die Auftragnehmerin insolvent wird und das Vorhaben dadurch „steht“. Dies betrifft vor allem Bauvorhaben, wo eine solche Insolvenz zu einem zumindest mehrmonatigen Baustopp führt.

Der auf europäischer Ebene diskutierte Lösungsansatz, für „Rechtsnachfolger“ einen Eintritt in bestehende Verträge zu ermöglichen, reicht nicht aus, weil die damit angedachten Subunternehmen keine „Rechtsnachfolger“ sind und ein Vertragseintritt rein rechtstechnisch meist nicht möglich ist.

Es soll daher für solche Fälle die Möglichkeit geschaffen werden, dass der öffentliche Auftraggeber oder die öffentliche Auftraggeberin mit den bestellten Subunternehmen Verträge abschließt, ohne dafür ein Vergabeverfahren durchführen zu müssen.

Derzeitiger Stand

Wird der Zuschlagsempfänger während der Durchführung eines Auftrages zahlungsunfähig und sind an der Durchführung des Auftrages auch Subunternehmer beteiligt, so stellen in der Regel auch diese ihre Tätigkeit ein. Im Regelfall endigen auch die Verträge zwischen Zuschlagsempfänger und Subunternehmer (Z.B. wird in Österreich der Insolvenzverwalter die vom Zuschlagsempfänger geschlossenen Verträge gem. § 21 IO kündigen bzw. der Sanierungsverwalter die Kündigung gem. § 171 IO genehmigen.)

Will der Auftraggeber einen Subunternehmer weiter beschäftigen, muss er neuerlich ein Vergabeverfahren durchführen. Eine Direktvergabe an den Subunternehmer ist nicht zulässig. Die Durchführung des Auftrages kommt für längere Zeit zum Stillstand, dem Auftraggeber entsteht massiver wirtschaftlicher Schaden.

Die Europäische Kommission greift diese Problematik in ihrem Richtlinienvorschlag zwar auf: Art 72 Abs 3 des Vorschlags legt fest, dass eine Ersetzung des Vertragspartners dann nicht die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens erfordert, wenn *„ein anderer Wirtschaftsteilnehmer, der die ursprünglich festgelegten qualitativen Auswahlkriterien erfüllt, im Zuge einer [...] Insolvenz ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt, sofern dies keine weiteren wesentlichen Änderungen des Auftrags zur Folge hat und nicht dazu dient, diese Richtlinie zu umgehen“*.

Der Ansatz der Kommission geht jedoch nicht weit genug, um das Problem zu lösen: Die englische („universal or partial succession“) und die französische („succession universelle ou partielle“) Fassung des Vorschlages zeigen, dass die Ersetzung des Vertragspartners *nur* zulässig sein soll, wenn der Wirtschaftsteilnehmer *Rechtsnachfolger* des Zuschlagsempfängers wird. Auf Verträge mit Subunternehmern findet die Bestimmung außerdem deshalb keine Anwendung, da Subunternehmer die qualitativen Auswahlkriterien für den Zuschlagsempfänger häufig nicht erfüllen werden.

Beispiel: Eine Gemeinde vergibt einen Bauauftrag. Der Auftragnehmer beschäftigt Subunternehmer und wird insolvent. Auch die Subunternehmer stellen mit der Insolvenz des Auftragnehmers ihre Arbeit ein. Ein Vertrag zwischen der Gemeinde und den Subunternehmern erfordert die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens, was zu einem mehrmonatigen Stillstand auf der Baustelle und erheblichen wirtschaftlichen Schäden für die Gemeinde führt.

Lösung

Dem Auftraggeber bei Konkurs des Zuschlagsempfängers den Abschluss von Verträgen mit Subunternehmen des Zuschlagsempfängers erlauben, ohne dass ein neues Vergabeverfahren durchgeführt werden muss! Bei allem Verständnis für das Ziel der Kommission, jeglichen Missbrauch zu verhindern: Art 72 Abs 3 des Vorschlags schnürt das Korsett zu eng – die Beschränkung des Eintritts auf Rechtsnachfolger ist nicht erforderlich.

Die Subunternehmer stehen zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung ja bereits fest; das Risiko einer Manipulation ist daher gering.

Beispiel: Im oben vorgestellten Fall kann die Gemeinde nach der Insolvenz des Auftragnehmers neue Verträge unmittelbar mit den Subunternehmern abschließen. Die Subunternehmer führen den Auftrag weiter durch, es kommt zu keinem Stillstand auf der Baustelle.

Richtlinie

Art 72 des Entwurfs der Vergaberichtlinie ist wie folgt zu ändern (**Änderungen fett**):

Artikel 72

Auftragsänderungen während der Laufzeit

1. Eine wesentliche Änderung der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags während seiner Laufzeit gilt für die Zwecke dieser Richtlinie als Neuvergabe und erfordert die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens im Einklang mit dieser Richtlinie.

[...]

3. Eine Ersetzung des Vertragspartners ist als wesentliche Änderung im Sinne von Absatz 1 zu betrachten.

*Unterabsatz 1 gilt jedoch nicht für den Fall, dass ein anderer Wirtschaftsteilnehmer **oder eine andere Wirtschaftsteilnehmerin**, der **oder die** die ursprünglich festgelegten qualitativen Auswahlkriterien erfüllt **oder Subauftragnehmer bzw. Subauftragnehmerin ist**, im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung oder einer Insolvenz ganz oder teilweise*

Ein soziales, ökologisches und effizientes Vergaberecht in der EU



*an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers **oder der ursprünglichen Auftragnehmerin** tritt, sofern dies keine weiteren wesentlichen Änderungen des Auftrags zur Folge hat und nicht dazu dient, die Anwendung dieser Richtlinie zu umgehen.*

Subunternehmer: „Beschränkung der Weitergabe an Dritte“

Management Summary

Es soll in der Vergaberichtlinie ausdrücklich die Möglichkeit verankert werden, aus sachlichem Grund die Zahl der Subunternehmen zu beschränken oder auch Subunternehmen ganz auszuschließen.

Derzeitiger Stand

Die aktuell gültige Richtlinie (2004/18/EG) regelt nicht, ob es zulässig ist, dass Ausschreibungsunterlagen die Zahl der Subunternehmer oder die Inanspruchnahme von Subunternehmern überhaupt ausschließen.

Der EuGH hat in der Rs. *Siemens und ARGE Telekom* (EuGH 18.03.2004, C-314/01) jedoch festgestellt, dass die im BVergG 2002 enthaltene generelle Selbstaussführungspflicht für wesentliche Teile eines Auftrages dem Gemeinschaftsrecht widersprochen hat: *„Derjenige, der auf die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit Dritter verweist, auf die er zurückgreifen möchte, wenn ihm der Auftrag erteilt wird, kann nämlich nur ausgeschlossen werden, wenn er nicht den Nachweis erbringen kann, dass er tatsächlich über diese Leistungsfähigkeit verfügt“*. Hinter dieser Rechtsprechungslinie steht die Überlegung, insb. bei größeren und technisch komplizierten Aufträgen eine zu starke Einschränkung des Bewerberkreises und versteckte Ausländerdiskriminierung zu vermeiden (*Zellhofer/Schramm*, in: *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Rz 16 zu § 83).

Ob und in welchem Ausmaß die Beschränkung des Heranziehens von Subunternehmern aus anderen Gründen als aus Gründen der Leistungsfähigkeit zulässig ist, mangels ausdrücklicher Regelung zweifelhaft. Die Europäische Kommission hat im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur VergabeRL 2004 die Ansicht geäußert, dass „der Auftraggeber [...] die Möglichkeit hat, die Weitervergabe an Dritte zu verbieten, sofern er dies wünscht; er kann dazu entsprechende Bedingungen an die Ausführung des Auftrags knüpfen, und zwar an Aufträge aller Art“ (*Zellhofer/Schramm*, aaO, Rz 18 zu § 83 mwN).

Es wäre wünschenswert, für Auftraggeber, die aus nicht in der Leistungsfähigkeit liegenden Gründen die Zahl der Subunternehmer beschränken oder die Zulässigkeit von Subunternehmerleistungen überhaupt ausschließen wollen (etwa um Betriebsgeheimnisse zu schützen, ein auf Grund der Art des Auftrages erforderliches besonderes Vertrauensverhältnis zum Auftraggeber zu wahren) Rechtssicherheit zu schaffen.

Lösung

Die von der Europäischen Kommission im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur VergabeRL 2004 geäußerte Ansicht, dass Auftraggeber die Möglichkeit haben, die „Weitervergabe“ von Aufträgen an Subunternehmer zu verbieten oder zu beschränken, in den Text des Entwurfs der Kommission aufnehmen!

Richtlinie

Artikel 71 des Entwurfes ist daher wie folgt zu ergänzen (**Änderungen fett**):

Vergabe von Unteraufträgen

1. In den Auftragsunterlagen kann der öffentliche Auftraggeber **oder die öffentliche Auftraggeberin** den Bieter **oder die Bieterin** auffordern oder von einem Mitgliedstaat verpflichtet werden, den Bieter **oder die Bieterin** aufzufordern, in seinem **oder ihrem** Angebot den Teil des Auftrags, den er **oder sie** gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenkt, sowie die gegebenenfalls vorgeschlagenen Unterauftragnehmer oder Unterauftragnehmerinnen anzugeben. **Der öffentliche Auftraggeber oder die öffentliche Auftraggeberin darf die Vergabe von Unteraufträgen aus objektiven Gründen beschränken oder ausschließen. Solche Beschränkungen haben die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Nichtdiskriminierung zu wahren und dürfen nicht dazu dienen, die Anwendung dieser Richtlinie zu umgehen.**
2. Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass der öffentliche Auftraggeber **oder die öffentliche Auftraggeberin** auf Wunsch des Unterauftragnehmers **oder der Unterauftragnehmerin** und sofern die Art des Auftrags es erlaubt, fällige Zahlungen im Zusammenhang mit den für den Hauptauftraggeber **oder die Hauptauftraggeberin** erbrachten Dienstleistungen, Lieferungen oder Bauleistungen direkt an den Unterauftragnehmer **oder die Unterauftragnehmerin** leistet. In diesem Fall führen die Mitgliedstaaten geeignete Mechanismen ein, die es dem Hauptauftragnehmer **oder der Hauptauftragnehmerin** ermöglichen, Einwände gegen ungerechtfertigte Zahlungen zu erheben. Die Modalitäten dieser Zahlungsregelung werden in den Auftragsunterlagen dargelegt.
3. Die Frage der Haftung des hauptverantwortlichen Wirtschaftsteilnehmers **oder der hauptverantwortlichen Wirtschaftsteilnehmerin** bleibt von den Absätzen 1 und 2 unberührt.

Zwingende Teilnahme als ARGE aus sachlichen Gründen

Management Summary

Es soll die Möglichkeit eröffnet werden, aus sachlichen Gründen von Bietern und Bieterinnen zwingend die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) verlangen zu können. Ein solcher sachlicher Grund kann insbesondere eine gegebenenfalls zusätzlich erforderliche Absicherung gegen Insolvenz sein.

Derzeitiger Stand

Die aktuell gültige Richtlinie (2004/18/EG) regelt nicht ausdrücklich, ob ein Auftraggeber in Ausschreibungsunterlagen vorschreiben darf, dass Bieter in einer ARGE/BIEGE anbieten muss.

Es kann für Auftraggeber zweckmäßig sein, Bietern das Anbieten in einer ARGE/BIEGE vorzuschreiben. Der Auftraggeber kann damit das Risiko vermindern, dass der Auftrag nicht ausgeführt wird, da ein Auftragnehmer etwa in Folge einer Insolvenz nicht mehr leistet.

Art 4 Abs 2 der RL 2004/18 enthält derzeit folgende Regelung:

„Angebote oder Anträge auf Teilnahme können auch von Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern eingereicht werden. Die öffentlichen Auftraggeber können nicht verlangen, dass nur Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern, die eine bestimmte Rechtsform haben, ein Angebot oder einen Antrag auf Teilnahme einreichen können; allerdings kann von der ausgewählten Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern verlangt werden, dass sie eine bestimmte Rechtsform annimmt, wenn ihr der Zuschlag erteilt worden ist, sofern dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrags erforderlich ist.“

Art 16 Z 2 des Entwurfs der Kommission enthält derzeit folgenden Wortlaut:

*„Angebote oder Teilnahmeanträge können auch von Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern eingereicht werden. **Öffentliche Auftraggeber legen keine spezifischen Bedingungen für die Teilnahme solcher Gruppen an Vergabeverfahren fest, die einzelnen Kandidaten nicht vorgeschrieben sind.** Die öffentlichen Auftraggeber können nicht verlangen, dass nur Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern, die eine bestimmte Rechtsform haben, ein Angebot oder einen Antrag auf Teilnahme einreichen.“*

*Die öffentlichen Auftraggeber können besondere Bedingungen **für die Ausführung** eines Auftrags seitens einer Gruppe festlegen, sofern diese Bedingungen durch objektive Gründe gerechtfertigt werden und angemessen sind. Insbesondere kann von einer Gruppe verlangt werden, dass sie eine bestimmte Rechtsform annimmt, wenn ihr der Zuschlag erteilt worden ist, sofern dies für die zufriedenstellende Durchführung des Auftrags erforderlich ist.“*

Der zweite Satz des vorgeschlagenen Art 16 Z 2 schafft erhebliche Unsicherheiten in Bezug auf die Möglichkeit des Auftraggebers, die Beteiligung von ARGE n/BIEGE n vorzuschreiben. Die Reichweite und Bedeutung der vorgeschlagenen Formulierung sind unklar. Bemerkenswert ist, dass der Vorschlag der Kommission so verstanden werden kann, dass er ein ausnahmsloses Verbot spezifischer Bedingungen über die Teilnahme von ARGE n/BIEGE n normiert. Dies ist überschießend, da es legitime Gründe für Auftraggeber gibt, die Teilnahme von ARGE n/BIEGE n zu regeln.

Lösung

Die Regelung über die besonderen Bedingungen bei der Ausführung eines Auftrags muss auch für die Teilnahme gelten! Es muss verhindert werden, dass ARGE n/BIEGE n diskriminiert oder von der Teilnahme an Ausschreibungen ausgeschlossen werden, zugleich muss es dem Auftraggeber aber möglich sein, seine legitimen Interessen durch Regelungen über die Teilnahme zu sichern. Eine Zusammenarbeit in Form einer Bietergemeinschaft und nach Auftragserteilung einer Arbeitsgemeinschaft ist insbesondere mit der Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMUs) kompatibel, werden doch gerade die Chancen und Möglichkeiten von KMUs durch solche Formen der Zusammenarbeit nachhaltig erhöht.

Richtlinie

Artikel 16 Z 2 des Entwurfes ist daher wie folgt zu ändern (**Änderungen fett**):

„Angebote oder Teilnahmeanträge können auch von Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern **oder Wirtschaftsteilnehmerinnen** eingereicht werden. **Spezifische Bedingungen für die Teilnahme solcher Gruppen an Vergabeverfahren müssen durch objektive Gründe gerechtfertigt und angemessen sein.** Die öffentlichen Auftraggeber **oder öffentlichen Auftraggeberinnen** können nicht verlangen, dass nur Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern **oder Wirtschaftsteilnehmerinnen**, die eine bestimmte Rechtsform haben, ein Angebot oder einen Antrag auf Teilnahme einreichen.

Die öffentlichen Auftraggeber **oder öffentlichen Auftraggeberinnen** können besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags seitens einer Gruppe festlegen, sofern diese Bedingungen durch objektive Gründe gerechtfertigt werden und angemessen sind. Insbesondere kann von einer Gruppe verlangt werden, dass sie eine bestimmte Rechtsform annimmt, wenn ihr der Zuschlag erteilt worden ist, sofern dies für die zufriedenstellende Durchführung des Auftrags erforderlich ist.“

„Einstufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung“

Management Summary

Das offene Verfahren ist rascher und einfacher als das Verhandlungsverfahren. Dies liegt wesentlich daran, dass das offene Verfahren einstufig ist, das Verhandlungsverfahren hingegen in der Regel zweistufig. Das muss nicht so sein. Es soll daher ein „einstufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung“ geschaffen werden, das wie das offene Verfahren einstufig ist.

Derzeitiger Stand

Für „nicht beschreibbare“ Leistungen stehen derzeit zwei Verfahrensarten zur Verfügung (Verhandlungsverfahren mit/ohne Bekanntmachung), welche in zwei Stufen durchgeführt werden.

Diese Verfahren sind für den Auftraggeber einerseits mit einem hohen zeitlichen Aufwand (Durchführung einer gesonderten Bewerbersuche, die unter zwei Monaten idR nicht zu bewältigen ist) und andererseits auch mit einem hohen Arbeitsaufwand (Erstellung sowohl von Teilnahme- als auch Ausschreibungsunterlagen, welche nach Durchführung der Verhandlung(en) idR einer Überarbeitung bedürfen; Festlegung von Auswahlkriterien, idR kommissionelle Bewertung, nachvollziehbare Kommunikation der Entscheidung) verbunden.

Lösung

Die Idee ist, die Einstufigkeit des offenen Verfahrens für „nicht beschreibbare“ Leistungen nachzubilden.

Das offene Verfahren zeigt, dass die Prüfung der Eignung und der Angebote nicht notwendigerweise in formal getrennten Phasen durchgeführt werden muss. Daher erscheint es denkbar, auch in einem einstufigen Verhandlungsverfahren durch eine Bekanntmachung einen unbegrenzten Unternehmerkreis öffentlich zur Legung von Angeboten oder verbindlichen Erklärungen zur Leistungserbringung aufzufordern und analog der Einstufigkeit des offenen Verfahrens die Prüfung der Erstangebote und der Eignung in einer Stufe zusammenzuziehen.

Prinzipiell wird bei solchen Verfahren eine stufenweise Reduktion der Teilnehmeranzahl erfolgen und mit den bestgereihten und geeigneten Bieterinnen und Bieter über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt.

Ein solches Verfahren könnte als „**einstufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung**“ tituliert werden, wobei die bestehenden Typen von Verhandlungsverfahren (mit / ohne Bekanntmachung) bestehen bleiben. Ein möglicher Anwendungsbereich wären Leistungen, für die grundsätzlich ein Wettbewerbsverfahren

denkbar wäre, die Aufgabenstellung aber so komplex ist, dass die (zwingende) Anonymität der Wettbewerbe hinderlich ist.

Vorteile ergeben sich nicht nur bei der Zeitkomponente (Wegfall der Bewerbersuche), sondern es kann auch der Aufwand auf Auftraggeber- und Auftragnehmerseite optimiert werden (Wegfall des Auswahlprozedere, Beschränkung der Eignungsprüfung beispielsweise auf jene bspw. drei Unternehmen, die für eine letzte Phase vorgesehen sind).

Die Erfahrung zeigt, dass die vereinbarten Vertragsinhalte bei Möglichkeit zur Führung von Verhandlungen "besser" sind. Nach der derzeitigen Rechtslage schrecken viele AuftraggeberInnen auf Grund der Kosten und des Zeitverlustes vor einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung und Bewerberauswahl zurück. Die auf diese Weise zu erzielende Vereinfachung und Verfahrensbeschleunigung soll vor allem auch kleinen und mittleren Unternehmen (KMUs) zu Gute kommen.

Richtlinie

In die Vergaberichtlinien sollte für das offene Verhandlungsverfahren folgender Text – in Anlehnung an den Entwurf des Verhandlungsverfahren betreffend – aufgenommen werden:

Einstufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung

- 1. Beim einstufigen Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung können alle interessierten Wirtschaftsteilnehmer auf einen Aufruf zum Wettbewerb hin ein Angebot abgeben, welches die Grundlage für die späteren Verhandlungen darstellt.**

In der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung beschreiben die öffentlichen Auftraggeber die Auftragsvergabe sowie die einzuhaltenden Mindestanforderungen und spezifizieren die Zuschlagskriterien, um die Wirtschaftsteilnehmer in die Lage zu versetzen, Art und Umfang der Auftragsvergabe in Erfahrung zu bringen und darüber zu befinden, ob sie eine Teilnahme an den Verhandlungen beantragen werden. In den technischen Spezifikationen erläutern die öffentlichen Auftraggeber, welche Teile davon die Mindestanforderungen festlegen.

Die Frist für den Eingang der Angebote beträgt mindestens 40 Tage, gerechnet ab dem Tag der Absendung der Bekanntmachung.

Dem Angebot beizufügen sind die geforderten Informationen für eine qualitative Auswahl.

- 2. Die öffentlichen Auftraggeber verhandeln mit den Bietern über die von diesen unterbreiteten Angebote, um den Inhalt der Angebote zu verbessern, so dass sie den in Absatz 1 Unterabsatz 2 genannten Zuschlagskriterien und Mindestanforderungen besser entsprechen.*

Folgende Elemente dürfen im Laufe der Verhandlungen nicht geändert werden:

(a) die Beschreibung der Auftragsvergabe;

- (b) der Teil der technischen Spezifikationen, der die Mindestanforderungen festlegt;*
- (c) die Zuschlagskriterien.*

3. *Der öffentliche Auftraggeber trägt dafür Sorge, dass alle Bieter bei den Verhandlungen gleich behandelt werden. Insbesondere enthalten sie sich jeder diskriminierenden Weitergabe von Informationen, durch die bestimmte Bieter gegenüber anderen begünstigt werden könnten. Insbesondere sorgen sie dafür, dass alle Bieter, deren Angebote gemäß Absatz 5 nicht eliminiert wurden, schriftlich und rechtzeitig über etwaige Änderungen der technischen Spezifikationen unterrichtet werden, die nicht die Festlegung der Mindestanforderungen betreffen, so dass derlei Angebote geändert und infolge dieser Änderungen modifizierte Angebote gegebenenfalls erneut eingereicht werden können.*

Die öffentlichen Auftraggeber dürfen Lösungsvorschläge oder vertrauliche Informationen eines an den Verhandlungen teilnehmenden Bewerbers nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Teilnehmer weitergeben. Eine solche Zustimmung hat keine allgemeine Gültigkeit, sondern wird nur in Bezug auf die beabsichtigte Mitteilung bestimmter Lösungen oder anderer vertraulicher Informationen erteilt.

4. *Verhandlungsverfahren können in verschiedene aufeinander folgende Phasen unterteilt werden, um die Zahl der Angebote, über die verhandelt wird, anhand der in der Auftragsbekanntmachung, der Aufforderung zur Interessensbestätigung oder in den Auftragsunterlagen angegebenen Zuschlagskriterien zu verringern. In der Bekanntmachung, der Aufforderung zur Interessensbestätigung oder in den Auftragsunterlagen kann der öffentliche Auftraggeber angeben, ob er von dieser Option Gebrauch machen wird.*
5. *Beabsichtigt der öffentliche Auftraggeber einen Abschluss der Verhandlungen, unterrichtet er die übrigen Bieter und legt eine gemeinsame Frist für die Einreichung neuer oder überarbeiteter Angebote fest. Die öffentlichen Auftraggeber beurteilen die eingereichten Angebote anhand der ursprünglich festgelegten Zuschlagskriterien und erteilen den Zuschlag gemäß den Artikeln 66 bis 69.*

Verhandlungsverfahren – Nachnominierung von Bewerbern und Bewerberinnen bzw. zusätzlichen Unternehmen

Management Summary

Wenn sich an einem Verhandlungsverfahren zu wenige Unternehmen beteiligen oder im Laufe des Verhandlungsverfahrens zu viele Unternehmen ausfallen, sind ein ausreichender Wettbewerb nicht mehr gegeben und die Intentionen des Vergabeverfahrens nicht erfüllt. Die derzeitige Rechtslage verlangt in solchen Fällen unter bestimmten Umständen sogar den Widerruf des Vergabeverfahrens. Es sollen daher alle Möglichkeiten genutzt werden, um in solchen Fällen Unternehmen nachträglich zu nominieren. Dafür wäre Art. 64 des Entwurfes der Vergaberichtlinie wie folgt zu fassen:

Derzeitiger Stand

In jenen Fällen, in denen die Zahl an Teilnahmeanträge von geeigneten Unternehmen unter der vom Auftraggeber festgelegten Mindestanzahl an Bietern für die zweite Stufe liegt, kann der öffentliche Auftraggeber nach dem derzeitigen Entwurf der Kommission das Verfahren fortführen, indem Bewerber einlädt, die über die geforderte Leistungsfähigkeit verfügen. Unternehmen, die sich nicht um eine Teilnahme am Verfahren beworben haben, oder die Bewerber, die nicht über die geforderte Leistungsfähigkeit verfügen, kann er hingegen nicht zulassen. Je nach Anzahl der verbliebenen Bieter ist der AG möglicherweise gezwungen, das Verfahren zu widerrufen. Derzeit nicht geregelt ist der Fall, dass in der zweiten Stufe des Verfahrens ein Bieter auf die weitere Teilnahme verzichtet oder aus sonstigen Gründen ausfällt. Es ist daher unklar, ob der öffentliche Auftraggeber in solchen Fällen nachgereichte Bewerber oder zusätzliche (geeignete) Unternehmer in das Vergabeverfahren einbeziehen kann, oder ob er – je nach Anzahl der verbliebenen Bieter - gezwungen wird, das Verfahren zu widerrufen.

Lösung

Der AG sollte – für den Fall, dass zu wenige Teilnahmeanträge von geeigneten Bewerbern einlangen – zusätzliche Unternehmen (auch solche die sich nicht um eine Teilnahme beworben haben) in das Vergabeverfahren einbeziehen können.

Weiters sollte der Fall des Wegfalles eines Bieters in der zweiten Stufe des Verfahrens geregelt werden und der AG jedenfalls die bzw. den nächstgereichten Bewerber zur Angebotsabgabe einladen dürfen.

Beispiel: Es langten 5 Teilnahmeanträge ein und die besten 3 Bewerber werden zur Angebotsabgabe aufgefordert. Einer der drei Bestgereichten verzichtet im Laufe der

Angebotsphase auf die weitere Teilnahme. Anstatt das Vergabeverfahren aufgrund fehlenden Wettbewerbs zu widerrufen, kann der AG den viertgereihten Bewerber zur Angebotsabgabe auffordern und in die zweite Stufe zulassen.

Richtlinie

Hinsichtlich der Frage der Nachnominierung von Bewerbern bzw. zusätzlichen Unternehmen sollte Art. 64 des Entwurfs der Vergaberichtlinie wie folgt abgeändert werden (**Änderungen fett**):

Artikel 64

*Reduzierung der Zahl geeigneter Bewerber **und Bewerberinnen**, die zur Teilnahme aufgefordert werden sollen*

1. [...]

2. [...]

*Die öffentlichen Auftraggeber **und öffentlichen Auftraggeberinnen** laden eine Anzahl von Bewerbern **und Bewerberinnen** ein, die zumindest der bestimmten Mindestzahl an Bewerbern **und Bewerberinnen** entspricht. Sofern die Zahl von Bewerbern **und Bewerberinnen**, die die Auswahlkriterien und Mindestanforderungen gemäß Artikel 56 Absatz 5 erfüllen, unter der Mindestzahl liegt, kann der öffentliche Auftraggeber **oder die öffentliche Auftraggeberin** das Verfahren fortführen, indem er **oder sie** den **Bewerber** oder die **Bewerberin** **oder andere Wirtschaftsteilnehmer bzw. andere Wirtschaftsteilnehmerinnen, die sich nicht um eine Teilnahme beworben haben**, einlädt, die über die geforderte Leistungsfähigkeit verfügen. Der öffentliche Auftraggeber **oder die öffentliche Auftraggeberin** lässt Bewerber oder Bewerberinnen, die nicht über die geforderte Leistungsfähigkeit verfügen, nicht zu demselben Verfahren zu.*

Im Fall des Verzichts oder bei sonstigem Ausfall von – zur Teilnahme am Verfahren – Berechtigten kann der öffentliche Auftraggeber oder die öffentliche Auftraggeberin das Verfahren fortführen, indem er oder sie die bzw. den Nächstgereihten, der oder die über die geforderte Leistungsfähigkeit verfügt, zur Teilnahme einlädt.

Eignung bzw. Schaffung eines neuen (Eigen-)Kontrollsystems

Management Summary

Die Unternehmen sollen künftig im Sinne von mehr Eigenverantwortung grundsätzlich Eigenkontrollen durchführen. Die ordnungsgemäße Eigenkontrolle soll von unabhängigen Kontrollstellen überwacht werden. Entsprechende Modelle bestehen bereits in anderen Vollzugsbereichen, z.B. im Lebensmittelbereich und in der biologischen Landwirtschaft.

Zurückgezogen

Der Punkt wird zurückgezogen. Das EU-Vergaberecht ermöglicht bereits jetzt Alternativen wie insbesondere Eigenerklärungen und allgemein zugängliche Verzeichnisse von Auftragnehmern und Auftragnehmerinnen, weshalb ein überzeugender Vorteil eines solchen zusätzlichen Ansatzes in der abschließenden Diskussion nicht gesehen wurde.

Der ursprüngliche, jetzt zurückgezogene Text im Antrag an den Landesparteitag lautete folgendermaßen:

Zentrale und einfache Eignungskontrolle: Derzeit muss für jeden einzelnen öffentlichen Auftrag und für jeden Bieter die Kontrolle, ob das Unternehmen geeignet ist, mit vielen Unterlagen und Formularen geprüft werden. Dies verursacht hohen Aufwand bei der öffentlichen Hand und die Formularflut schreckt viele kleine Unternehmen ab. Deshalb soll in Zukunft die Eignung unter Aufsicht durch zertifizierte Kontrollstellen von den Unternehmen selbst geprüft werden und in einem Register allen zur Verfügung gestellt werden, damit eine sorgfältig überwachte Eigenkontrolle eingeführt wird und für alle Beteiligten der Ablauf einfacher wird.

Öffentlich-private Partnerschaft/ÖPP (public private partnership/PPP):

Management Summary

Partnerschaften zwischen der öffentlichen Hand und privaten Unternehmen (public private partnership – PPP) können eine echte Alternative zur reinen Privatisierung sein, weil so die Verantwortung über die Aufgabenerfüllung bei der öffentlichen Hand verbleibt. Doch PPPs sind nur EINE Option der öffentlichen Aufgabenerfüllung. Oft wird jedoch PPP als Deckmantel für eine schleichende Privatisierung genützt. Eine Entscheidung für oder gegen PPP sowie auch deren Abwicklung erfordern daher aus Gründen der Transparenz, der sozialen Nachhaltigkeit und der Wirtschaftlichkeit besondere Vorkehrungen. Damit PPP nur dann zum Einsatz kommen, wenn sie tatsächlich geeignet sind und dem Allgemeininteresse dienen, sollen im Vorhinein – jedenfalls bei komplexen und finanzstarken Projekten – eine verpflichtende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung (um Sinn und Zweck im Vergleich zur öffentlichen Eigenerfüllung sowie das Effizienz- und Einsparungspotenzial des Projekts darzulegen und eine Folgenabschätzung anzustellen) und im Nachhinein eine Abschluss-Erfolgskontrolle (z.B. durch den Rechnungshof) durchgeführt werden. Auch sollen die Ansätze der Corporate Social Responsibility (CSR) verpflichtend bei komplexen Auftragsvergaben berücksichtigt werden.

Dies soll einerseits gewährleisten, dass PPPs nur dann stattfinden, wenn eine öffentliche Eigenerfüllung nicht möglich oder nicht rentabel ist, und andererseits verhindern, dass mit PPP unerwünschte Privatisierungen durch die Hintertür betrieben werden.

1. Public Private Partnership (PPP) bzw. öffentlich-private Partnerschaft (ÖPP)

Die EU hat eine Reihe von Maßnahmen (*European PPP Expertise Centre – EPEC*) und Publikationen (ÖPP-Grünbuch, PPP-Guidelines, KOM-Mitteilungen) gestartet um PPPs bzw. ÖPPs im EU-Kontext zu erfassen und zu finanzieren. So sind 30% der Finanzierung der Europäischen Investitionsbank im Verkehrssektor PPP-gebunden, auch die EU-Finanzierungsfonds enthalten explizite PPP-Förderungen. PPPs spielen mit ca 15 – 20 % der Finanzierung der *Transeuropäischen Netze* (TEN), was bei der Verwirklichung des Binnenmarkts und des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts dienenden *Transeuropäischen Verkehrsnetzen* (TEN-V), eine wichtige Rolle. So sollen PPPs das fehlende Link zwischen dem traditionellen EU-Wettbewerbsverständnis als Binnenmarkt und der wirtschaftlichen und sozialen Kohäsionsproblematik sowie die Brücke zwischen dem Wettbewerbs- und Deregulierungsprimat und der Idee einer sozialen Union bilden.

PPPs haben viele Erscheinungsformen und ebenso viele Anwendungsbereiche im Rahmen der öffentlichen Leistungserbringung (Verkehrsinfrastruktur/ TEN-V, kommunale Ver-/Entsorgung, öffentlicher Hochbau, Bildung, Kultur, Telekommunikation etc.), was deren Erfassung und Abgrenzung in Recht und Praxis erschwert. Es gibt für PPP weder eine universelle Begriffsdefinition noch eine Legaldefinition. Daher wird auf ein funktionales PPP-

Verständnis zurückgegriffen. PPP ist demnach eine langfristige, vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft zur wirtschaftlichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben über den gesamten Lebenszyklus eines Projektes, bei der die für die Aufgabenerfüllung erforderlichen Ressourcen (Know-how, Betriebsmittel, Kapital, Personal etc.) von den Partnern zum gegenseitigen Nutzen in einen gemeinsamen Organisationszusammenhang eingestellt und vorhandene Projektrisiken sachgerecht entsprechend der Risiko-Managementkompetenz der Projektpartner optimal verteilt werden.

PPPs können zur Modernisierung und sinnvollen Ökonomisierung des Staats und zur Realisierung von Qualitäts- und Effizienzpotenzialen (*Value for Money*, Beschleunigungs-, Einsparungspotenzialen) beitragen, die sich aus den optimierten Verfahrensabläufen und dem Schnittstellenmanagement ergeben. Dennoch sind diverse strategische und operative Problemfelder (Demokratieverlust, Interessenskonflikte, Finanzierungsrechenspiele etc) nicht außer Acht zu lassen.

Beispiel: Es ergeben sich aufgrund des Lebenszyklus- und Nachhaltigkeitsgedankens beim Privaten Optimierungsspielräume. So wird ein privater Betreiber nachhaltig und qualitativ planen und bauen, um die Wartungskosten effizient und niedrig zu halten, damit die Gewinnspanne höher ist. Dies gilt nicht für alle Fälle – so zB wird der Staat bzw die Nutzerin bei mautpflichtigen Strecken ohne Ausweichoption unabhängig von Bauweise und Instandhaltungskosten zahlen (müssen).

2. Rechtliche Erfassung

PPP sind vergaberechtlich nicht normiert, werden daher unter den vergaberechtlichen Instituten (Auftrag, Konzession, Verfahren) subsumiert und mit den vergaberechtlichen Instrumenten umgesetzt. Die aktuelle VergabeRL 2004/18/EG sieht PPP als eigenes Rechtsinstitut nicht vor; auch nicht die neuen Vorschläge der Kommission zur Modernisierung der europäischen Regeln für die öffentliche Auftragsvergabe. Neu im Vorschlag für die Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe ist jedoch, dass erstmals der Lebenszyklus (Art 2) definiert und als Kostenrechnungsmethode genannt wird.

Die Kommission unterscheidet grundsätzlich zwischen einer PPP auf Vertragsbasis (Vertrag-PPP, auch Konzessionen) und einer institutionalisierten PPP (Organisations-PPP), bei der die öffentlich-private Kooperation innerhalb eines eigenständigen Rechtssubjekts erfolgt. Die Vergabe von Vertrag-PPPs erfolgt in der Regel im Rahmen des Vergaberegimes, weil Dienstleistungskonzessionen grundsätzlich die Erbringung einer Dienstleistung ohne Bauleistungen vorsehen und daher eine Qualifikation als PPP mangels lebenszyklischen Einschlags auszuschließen ist.

Die Kommission nennt als PPP-taugliches Verfahren den wettbewerblichen Dialog (Art 29 RL 2004/18/EG), der aber bei besonders komplexen Aufträgen und erst dann zum Einsatz kommt, wenn nach Ansicht des AG die Vergabe im Wege eines offenen oder nicht offenen Verfahrens nicht möglich ist. Der Tatbestand der Komplexität ist erfüllt, wenn es dem AG objektiv unmöglich ist, die technischen Spezifikationen oder die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Projekts anzugeben. So soll ein unstrukturiertes Problem des öffentlichen AG über den wechselseitigen Dialog mit potenziellen Auftragsinteressenten zu einer strukturierten Vergabesituation führen. Die Nachrangigkeit dieses Verfahrens sowie die Fragen zur Behandlung vertraulicher Information, zum Schutz des geistigen Eigentums und zur Refundierung bzw. Begrenzung des von den Bietern im Verfahren getätigten Aufwands

erschweren seinen Einsatz in der Praxis. Im neuen Richtlinienvorschlag wird zwar sein Anwendungsberiech erweitert, die Nachrangigkeit aber beibehalten (Art 24 und 28).

Im Rahmen der Organisations-PPP stellt sich die Frage der doppelten Ausschreibungspflicht (zuerst Auswahl des PPP-Partners, dann Vergabe des PPP-Gegenstands) derzeit nicht, es muss ein einheitliches Vergabeverfahren durchgeführt werden, dessen Gegenstand sowohl die Auswahl des privaten PPP-Partners als auch die Übertragung des Auftrags bzw. der Konzession umfasst. Zu beachten ist auch, dass bestehende PPPs bei der Vergabe öffentlicher Aufträge mangels Erfüllung der Inhouse-Kriterien des EuGH nicht bevorzugt werden dürfen. Ausschreibungspflichtig sind nachträgliche Vertragsverlängerungen mit bestehenden PPPs, da einem Neuvertrag entsprechen.

Bei einem gemischten PPP-Auftrag, der einen grundsätzlich vergaberechtsneutralen Anteilsverkauf (soweit die Kapitalübertragung nicht der Umgehung vergaberechtspflichtiger Vorgänge dient) und die Erbringung vergaberechtspflichtiger Dienstleistungen und Bauleistungen umfasst, kommt es auf den Hauptleistungsgegenstand an (vgl. zB EuGH 06.05.2010, Rs C-145/08).

Grundsätzlich ist der Vorschlag für eine Richtlinie über Konzessionsvergabe im Ansatz zu begrüßen, weil dadurch Abgrenzungs- und Auslegungsschwierigkeiten in der Praxis begegnet werden sollen.

3. Forderungen

Auch wenn diese komplexe Erscheinungsform der Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und erwerbsorientierten Privaten modern ist, stellt sie – neben der öffentlichen Eigenerfüllung, klassischen Beschaffung, Ausgliederung und Privatisierung – nur eine der Optionen öffentlicher Aufgabenerfüllung dar. PPPs werden jedoch im Lichte von Privatisierungsdebatten als eine echte Alternative zur Privatisierung zunehmend wichtiger, weil die öffentliche Hand im Rahmen von PPPs die Gewährleistungsverantwortung über die Aufgabenerfüllung beibehalten kann (soll). Eine allfällige Entscheidung zu Gunsten einer solchen Zusammenarbeit sowie auch dessen Abwicklung erfordern insbesondere aus Gründen der Transparenz, der sozialen Nachhaltigkeit und der Wirtschaftlichkeit aber auch der öffentlichen Kontrolle besondere Vorkehrungen. Eine solche stellt das PPP-Instrument der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung dar und dieses auf die allgemeine öffentliche Entscheidungsfindung zu übertragen und rechtlich zu verankern. Im Ergebnis wird die öffentliche Vorgehensweise strukturiert. Abgesehen von sachlich begründeten Ausnahmefällen sollten daher für PPP europarechtlich folgende Anforderungen festgelegt werden.

1. Ein eigenes PPP-Sonderrechtsrahmen mit eigenen Rechtsinstituten erscheint angesichts voranschreitender rechtlicher Zersplitterung unzweckmäßig. Dies unter der Annahme, dass PPPs einerseits mit den vergaberechtlichen Instrumenten (öffentlicher Auftrag, Konzession, Vergabeverfahren) rechtlich zu erfassen und handzuhaben ist und andererseits PPP auch als ein zivilrechtliches Verhältnis, das eine Vielzahl zivilrechtlicher Prinzipien sowie Institute und Kategorien voraussetzt. Allenfalls erscheint – als nationale Legislativmaßnahme – die Schaffung von Sonderbestimmungen im Rahmen des Zivilrechts, wo das PPP-Phänomen einen Sondersachverhalt schafft, der in den zivilrechtlichen Prinzipien keine Deckung findet.

2. Die rein statische Betrachtung von PPPs ermöglicht die Strukturierung des jeweiligen Projekts. Wenn aber PPP als Prozess begriffen wird, lässt er die öffentliche Beschaffung

strukturieren und kann zu einem administrativen und privaten Umdenken und Umstrukturieren führen. Im Kontext des Vergabewesen der Union würde dies die Verankerung der verpflichtenden Durchführung einer *Wirtschaftlichkeitsuntersuchung* bei zumindest komplexen und finanzstarken PPP-Projekten bedeuten, um Sinn und Zweck sowie das Effizienz- und Einsparungspotenzial des Projekts darzulegen. Es handelt sich um eine zukünftige, begleitende und nachträgliche Folgenabschätzung mit Instrumenten wie ex-ante Machbarkeitsstudien mit PPP-Eignungstests, technisch-funktionalen Anforderungs- und Risikokatalogen, mit begleitendem Monitoring und mit ex-post Erfolgs- und Effizienzkontrolle (zB durch den Rechnungshof).

Eine ähnliche Herangehensweise liegt dem § 7 der deutschen Bundeshaushaltsordnung zugrunde. Dieser sieht aufgrund der Maßgeblichkeit der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit eine Verpflichtung zur Prüfung der Varianten öffentlicher Aufgabenerfüllung durch Eigenerfüllung, PPP, Ausgliederung, Entstaatlichung oder Privatisierung vor. Dabei sind für finanzwirksame Maßnahmen angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen unter Berücksichtigung der mit den Maßnahmen verbundenen Risikoverteilung durchzuführen und eine Kosten- und Leistungsrechnung einzuführen.

In diesem Kontext ist auch das angelsächsische *3-E-Konzept* erwähnenswert, das die Wirtschaftlichkeit der administrativen Leistung anhand der Kriterien *effectiveness* (Wirkung), *efficiency* (Wirtschaftlichkeit mit Berücksichtigung der außerökonomischen Effekte) und *economy* (Sparsamkeit) bewertet, sowie das *4-E-Konzept* mit dem Zusatzkriterium *equity* (Gerechtigkeit).

3. Eine PPP-Zukunftsperspektive anstatt der rein ökonomischen Betrachtung liegt in der Rückkopplung zur ursprünglichen Funktion und Entstehung von PPP als Konzept zur Mobilisierung von Ressourcen und Potenzialen zur Verbesserung von Infrastruktur, Wachstum, Kultur, Bildung und Lebensqualität. Eine verpflichtende Verbindung der ökonomischen Aspekte der PPP mit den Ansätzen der *Corporate Social Responsibility (CSR)* ist daher bei der Umsetzung von zumindest komplexen und finanzstarken PPP-Projekten notwendig, um im Sinne der Strategie EU 2020 eine soziale Ausgewogenheit zu gewährleisten.

4. Im Zuge der immer wiederkehrenden Privatisierungsdebatte, sollten meritorische Güter wie Bildung, Gesundheit etc als nicht privatisierungsfähige öffentliche Aufgaben festgelegt werden. Dies soll zumindest für die Erbringung der *Kernleistung* („eigentliche“ Leistung als Summe jener Aktivitäten, die den primär angestrebten Output herbeiführen sollen) gelten. Die *Infrastrukturleistung* (die Kern- komplementäre, ermöglichende Vorleistungen) soll zumindest PPP-fähig sein.

5. In der Praxis stoßen KMUs auf Grund der Beschaffenheit von PPPs (Größe, Funktionalausschreibung, Finanzierung etc) auf Schwierigkeiten bei der Teilnahme daran und bei ihrer Umsetzung. Die Teilnahme von KMUs (auch als Subunternehmer) an PPP-Projekten kann und sollte durch Standardisierung von Verfahrensabläufen und Verträgen, durch Erleichterung kooperativer Zusammenschlüsse unter den KMUs und durch gezielte Förderungsmaßnahmen unterstützt werden. Auch sind KMUs als Subunternehmer denkbar.

Dienstleistungskonzessionen

Management Summary

Dienstleistungskonzessionen unterliegen großteils nicht den Vergaberichtlinien. Dies hat gute Gründe, kommt doch bei Dienstleistungskonzessionen das Entgelt nicht aus öffentlichen Mitteln, sondern von – meist privaten – Dritten.

Die EU plant jedoch, die Dienstleistungskonzessionen in das Vergaberecht einzubeziehen. Dies ist entschieden abzulehnen, da dadurch einige derzeit positive Aspekte verloren gehen würden. Die Situation soll so bleiben wie sie derzeit ist.

Begründung

Von öffentlichen Aufträgen strikt zu unterscheiden sind die so genannten Konzessionsverträge. Der Unterschied besteht darin, dass der Auftragnehmer auch das Verwertungsrisiko seiner Leistung trägt. Erhält er – wie in den meisten Fällen – eine seine Kosten deckende Zahlung, liegt ein normaler Auftrag vor. Erhält er dagegen das Recht, seine Leistung selbst zu verwerten und von den Leistungsbeziehern dadurch Einnahmen zu erzielen, spricht man von einer Konzession.³ Das Vergaberecht unterscheidet Dienstleistungskonzessionen und Baukonzessionen: Während bei Dienstleistungskonzessionen um die wirtschaftliche Nutzung einer Dienstleistung wesentlich ist, zeichnet sich eine Baukonzession durch die Nutzung eines Bauwerks durch den Konzessionär aus. Dienstleistungskonzessionen finden sich häufig im Zusammenhang mit Infrastrukturprojekten (z. B. Autobahnen), öffentlichen Verkehrsleistungen, sozialen Diensten (z.B. Essen auf Rädern, Kindergarten, Nachmittagsbetreuung, Pflegeleistungen) und Veranstaltungen. Vorteile einer Konzession sind flexiblere Vergaberegeln und – aus haushaltsrechtlicher Sicht – dass nicht der Auftraggeber (in der Regel die Gemeinde) das Risiko der Deckung eines allfälligen Betriebsabgangs zu tragen hat.

Der Abschluss von Dienstleistungskonzessionsaufträgen unterliegt derzeit großteils nicht den Vergaberichtlinien und sind insofern lediglich die Grundprinzipien des Vergaberechts auf die Erteilung einer Dienstleistungskonzession anzuwenden. Mehrfach hat der EuGH in seinen Entscheidungen (u.a. "Krankentransport Stadler"; EuGH 10.3.2011, C-274/09, sowie „WAVZ Gotha“, EuGH [10. 9. 2009 - C-206/08](#)) für ausreichende Klarstellung dahingehend gesorgt, wann eine Dienstleistungskonzession vorliegt. Mit den aktuellen Vorschlägen über die Modernisierung des öffentlichen Beschaffungswesens hat die Kommission auch einen Vorstoß in Richtung Reglementierung von Dienstleistungskonzessionsverträgen gemacht, welcher vom BSA entschieden abgelehnt wird. Dies nicht zuletzt, da der betreffende

³ Casati/Holoubek (2006), Bundesvergabegesetz 2006 – Anregungen für die Praxis (= Schriftenreihe des Österreichischen Städtebundes, 3.2006), S. 27
europa@bsa.at

Richtlinienvorschlag in hohem Ausmaß eine Angleichung von Dienstleistungskonzessionen an Baukonzessionen mit sich bringt, welcher in keiner Weise nachvollziehbar ist. Im Bereich von Dienstleistungskonzessionen ist das Bewirtschaftungsrisiko oft höher, da die Abhängigkeit von externen Faktoren wie der stark schwankenden Inanspruchnahme der Dienstleistungen durch Dritte und sich stetig wandelnden Lohn- und Gehaltskosten abhängig ist.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Diskussionen um Dienstleistungskonzessionen, wie schon an den obigen Beispielen zu sehen ist, auch stets im Zusammenhang mit der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge zu sehen sind. Der Vertrag von Lissabon (vgl. dazu etwa die Protokolle 26 und 27) hebt die Erbringung dieser – im europäischen Kontext als „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ bezeichneten Dienste besonders hervor. Neue Regelungen in diesem Bereich sind daher kritisch zu betrachten. So weist auch Mario Monti in seinem Bericht an den Präsidenten der Kommission „*A New Strategy for the Single Market*“ vom 9. Mai 2010 darauf hin, dass die Vergaberegulungen der Union angepasst und insbesondere im sozialen Bereich flexibler gestaltet werden sollten. Die in Aussicht genommene Richtlinie steht dazu jedoch im klaren Gegensatz (vgl. die Key recommendation: „*Re-Think public procurement policy to make it simpler, more effective and less onerous for national and local authorities.*“).⁴ Durch die Schaffung eines Rechtsaktes für Dienstleistungskonzessionen würden deren derzeitigen positiven Aspekte, nämlich die geringe Streit anfälligkeit, die derzeitige Rechtssicherheit und die rasche Umsetzbarkeit im Sinne einer nachhaltigen Versorgung, in Mitleidenschaft gezogen. Dementsprechend sieht auch der Vertrag von Lissabon eine Verantwortung der Mitgliedstaaten vor, für das Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse Sorge zu tragen (Art. 14 AEUV). Gleichzeitig betont der Vertrag das Prinzip der kommunalen und lokalen Selbstverwaltung und anerkennt dieses als Bestandteil der nationalen Identität (Protokoll Nr. 9 zum AEUV). Nicht zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass beim Abschluss eines Dienstleistungskonzessionsvertrags keine oder nur teilweise öffentliche Gelder verwendet werden, da die Gegenleistung nicht oder nur teilweise durch den Auftraggeber, sondern – wie eingangs erwähnt – von den Leistungsbeziehern selbst erfolgt. Vor diesem Hintergrund besteht kein Erfordernis für neue Regelungen.

⁴ http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf, zugegriffen am 8.2.2012
europa@bsa.at