

Europabüro der bayerischen Kommunen
Europabüro der baden-württembergischen Kommunen
Europabüro der sächsischen Kommunen

Auszug aus Brüssel Aktuell 31/2006

der Woche vom 24.11. bis 01.12.2006

Workshop der Bürogemeinschaft: Intensive Diskussion zu „Vergaben unterhalb der Schwellenwerte“

Die Bürogemeinschaft der bayerischen, baden-württembergischen und sächsischen kommunalen Europabüros veranstaltete am 28. November in Brüssel gemeinsam mit der Landesvertretung Baden-Württemberg einen inhalts- und diskussionsreichen Nachmittagsworkshop. Auslöser war die im Sommer dieses Jahres von der Kommission verabschiedete Mitteilung zur Vergabe im Unterschwellenbereich (s. *Brüssel Aktuell* 19/2006). Den Kommunen lag vor allem daran, der Kommission zu verdeutlichen, dass auch unterhalb der EU-Schwellenwerte „nicht jeder machen kann, was er will“, sondern bereits nationale und landesrechtliche Vorgaben für rechtskonforme Verhältnisse sorgen.

Der **Leiter der Landesvertretung Baden-Württemberg, Richard Arnold**, machte zu Recht in seiner Begrüßung darauf aufmerksam, dass für die Beurteilung europäischer Vergaberegeln auch das kommunale Selbstverwaltungsrecht als Maßstab heranzuziehen ist. **Kerstin Stuber und David Linse von den Europabüros der bayerischen und der baden-württembergischen Kommunen** präsentierten zur Einführung in die Thematik ein wenig Zahlenmaterial: Die für ein europäisches Eingreifen notwendige Binnenmarktrelevanz lässt sich nach ihrer Meinung bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte nicht mit statistischem Material belegen - im Gegenteil. So hat eine Erfassung des Baureferats der Landeshauptstadt München aus dem Jahr 2002 ergeben, dass dort in den vorangegangenen 5 Jahren 820 *europaweite* Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen durchgeführt wurden, bei denen 13.954 Vergabeunterlagen ausgegeben wurden und 6.099 Angebote eingingen. Von Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten wurden 21 Angebote abgegeben, auf zwei (2!) wurde der Zuschlag erteilt. Auch die statistischen Meldungen auf der Homepage des Bundeswirtschaftsministeriums über die Vergabenachprüfungsverfahren bei den Vergabekammern sprechen Bände: Im Berichtsjahr 2004 wurden 1.401 nationale Antragsteller registriert, aus der EU nur vier (4!), im Berichtsjahr 2005 stellt sich das Verhältnis als 1.286 zu 8 dar. Wissenswert für die Diskussion ist des Weiteren, dass die Schwellenwerte auf dem internationalen Beschaffungsübereinkommen (GPA) beruhen, was die Kommission gegenüber den Bestrebungen des Parlaments stets ins Feld geführt hat, wenn es um eine *Erhöhung* der Schwellenwerte ging, nach dem Motto: wir würden ja gerne, aber uns sind auf Grund internationaler Abkommen die Hände gebunden.

Den Reigen der Experten eröffnete **Dr. Fridhelm Marx vom Bundeswirtschaftsministerium**, welcher auch für die Vergaberechtsreform in Deutschland zuständig ist. Er erklärte anschaulich, warum die Bundesregierung gegen die Mitteilung der Kommission am 14. September Klage vor dem Europäischen Gericht Erster Instanz erhoben hat (s. *Brüssel Aktuell* 22/2006). Zwischen der Bundesregierung und der Kommission bestehen weit reichende grundsätzliche Divergenzen. Während Dr. Marx darauf aufmerksam machte, dass das Vergaberecht nach deutschem Verständnis in erster Linie Etatrecht sei, welches zunächst der

Effektivität der Beschaffung und sozusagen nur als Nebenprodukt der Gleichbehandlung der Bieter dienen sollte, möchte die Kommission es zur Verwirklichung von Freiheitsrechten und zur Marktöffnung einsetzen. Da Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte 80 bis 90 % der Gesamtaufträge ausmachten, betrafen die in der Kommissionsmitteilung statuierte ex-ante Bekanntmachung der Auftragsvergabe und die sich anschließenden Verfahrensregeln wesentlich die Funktionsfähigkeit des deutschen Staates. Auch für die Bundesregierung sei der Binnenmarkt von größter Bedeutung, aber es gebe eben noch andere Prinzipien, die hiermit abzuwägen seien. Dr. Marx verdeutlichte unter Verweis auf das aktuelle Urteil des BVerfG zum Rechtsschutz, dass Auftragsvergabe ein Massenphänomen sei, bei dem es auf Funktionsfähigkeit und Effizienz ankomme. Die europäischen Vergaberichtlinien würden diese Abwägung auch vornehmen, indem sie mit den Schwellenwerten eine Vermutung zugunsten eines Binnenmarktes vornehmen. Im Unterschwellenbereich gelte daher umgekehrt eine Vermutung dagegen.

Die Vergabeexpertin des **Bayerischen Gemeindetags, Barbara Gradl**, stellte kurz und prägnant die bayerische Neuregelung zu den Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte vor. In einer beispielhaften Gemeinschaftsaktion war es in Bayern gelungen, die unterschiedlichsten Akteure in dieser Frage zusammen zu bringen: die kommunalen Spitzenverbände, den Verband der Bayerischen Wirtschaft, die Bauindustrie, die Baugewerbeverbände, die Vertreter des Handwerks, die IHK, das Wirtschafts-, Innen- und Finanzministerium sowie den Rechnungshof und den Bayerischen Kommunalen Prüfungsverband. Sie alle einigten sich auf die Einführung folgender Wertgrenzen: Eine Beschränkte Ausschreibung ist zulässig (Bruttobeträge) bis zu 300.000 € im Tiefbau, 150.000 € Rohbau im Hochbau, 75.000 € Ausbaugewerke und sonstige Gewerke im Hochbau sowie für Pflanzungen und Straßenausstattung. Für die Anwendung der Wertgrenzen ist aus Transparenzgründen jedoch eine Information der Fachöffentlichkeit erforderlich, Aufforderung von mindestens 3 bis 8 Bewerbern, ausreichende Streuung und Vermeidung von Manipulation und Korruption. Auch bei der Wertgrenzenregelung zur Freihändigen Vergabe, nämlich 30.000 € brutto, besteht die grundsätzliche Verpflichtung, mindestens 3 Angebote einzuholen. Die entsprechende Ministerialmitteilung enthält im Übrigen einen ausdrücklichen Hinweis auf die Geltung des europäischen Primärrechts.

Eindrucksvoll schilderte der Vergabeexperte des **baden-württembergischen Gemeindetags, Dietmar Ruf**, die Vielzahl an Vergabevorschriften auch unterhalb der EU-Schwellenwerte. Er hob insbesondere hervor, welche „Sicherungen“ bereits eingebaut wurden, um für Transparenz und Nichtdiskriminierung zu sorgen. Beispielsweise untersagen die Verwaltungsvorschriften ausdrücklich eine Bevorzugung ortsansässiger Bieter, nur Besonderheiten des Einzelfalls können dies rechtfertigen. Die Vergabeentscheidung hat in öffentlicher Sitzung des Gemeinderats zu erfolgen, auch bei beschränkter Ausschreibung sollen die Unternehmen, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, gewechselt werden. Konkrete Wertgrenzen finden sich in baden-württembergischen Vorschriften seltener als in Bayern, aber die Praxis, so Ruf, zeige hierfür ein großes Bedürfnis.

Nico Spiegel aus der **Generaldirektion Binnenmarkt der EU-Kommission**, der zu Recht als Spiritus Rector der Europäischen Kommission für das Thema bezeichnet wurde, nahm die Gelegenheit wahr, um sich ausführlich zur Mitteilung zur Klage der Bundesregierung und zur rechtlichen Situation in Bayern und Baden-Württemberg zu äußern. Zunächst zeigte er sich etwas verärgert über einzelne Pressemitteilungen deutscher Kommunalverbände, in denen die Kommissionsmitteilung unter anderem als „Bürokratiemonster“ bezeichnet wurde. Auch sei es nicht richtig, wenn der Deutsche Städte- und Gemeindebund behauptete, durch die Mitteilung würden Kommunen im Unterschwellenbereich zur europaweiten Ausschreibung gezwungen werden.

Spiegel äußerte sich ebenfalls zur Frage, weshalb die Europäische Kommission die Mitteilung zur Vergabe im Unterschwellenbereich überhaupt vorgelegt habe. Auslöser sei zum einen die Tatsache gewesen, dass die Kommission aus verschiedenen Mitgliedstaaten aufgefordert worden sei, eine Auslegung der einschlägigen EuGH-Urteile vorzunehmen und zum anderen der Umstand, dass bei der Kommission eine Vielzahl an Beschwerden eingegangen seien, welche die Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich betreffen. Mit Blick auf die vorangegangenen Vorträge stellte Spiegel aber auch klar, dass Bayern und Baden-Württemberg geradezu als „Musterschüler“ bezeichnet werden könnten. Im Übrigen sei es mitnichten die Absicht der Kommission, die Mitgliedstaaten nach der Veröffentlichung der Mitteilung mit einer Vielzahl an Vertragsverletzungsverfahren zu überziehen. Das Gegenteil sei der Fall, man wolle sich nur auf wirklich gravierende Fälle konzentrieren.

Besonders interessant waren die Ausführungen Spiegels zur Frage des Transparenzgebots. Anders als Dr. Marx ging der Kommissionsbeamte davon aus, dass das Telaustria-Urteil, in dem der EuGH das Transparenzfordernis aus dem Primärrecht ableitet, von so grundlegender Bedeutung sei, dass es auf den gesamten Bereich der Unterschwellenvergabe ausgedehnt werden könne, obgleich es im Zusammenhang mit der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ergangen ist. Somit obliegt es letztlich wieder dem EuGH, die Reichweite seiner Urteile zu interpretieren. Auch die Aussagen Spiegels zur Frage der Binnenmarktrelevanz öffentlicher Aufträge stießen bei den Zuhörern auf großes Interesse: Obgleich die Kommission in ihrer Mitteilung keine konkreten Zahlen nennt, könne doch davon ausgegangen werden, dass Aufträge bis 10.000 Euro keine Binnenmarktrelevanz besäßen. Gleichwohl, so Spiegel weiter, könne dies in Grenznähe jedoch anders sein, woraus sich wiederum ergebe, dass die Binnenmarktrelevanz öffentlicher Aufträge immer im Einzelfall bewertet werden müsse.

Auf die Ausführungen der Europäischen Kommission reagierte der **Beigeordnete des Deutschen Städte- und Gemeindebunds, Norbert Portz**. Er warf der Kommission zunächst vor, dass sie die Kommunen in Deutschland letztlich verunglimpfe, wenn sie behaupte, dass viele Aufträge im Unterschwellenbereich „vielfach direkt an lokale Anbieter ohne jede Ausschreibung“ vergeben würden. Die dargestellten strengen Regelungen in Bayern und Baden-Württemberg verdeutlichten dies. Mit Blick auf die Aussage der Kommission, die Mitteilung würde keine neuen rechtlichen Vorgaben einführen, warf Portz die Frage auf, warum man sie dann überhaupt brauche.

Da der Workshop ausdrücklich über den kommunalen Standpunkt hinausgehen sollte, kamen auch Vertreter der Landesministerien Bayerns und Baden-Württembergs zu Wort. **Herbert Kempf, Referent für Grundsatzfragen der VOB/A und VOB/B im Finanzministerium Baden-Württemberg** machte in seiner Stellungnahme deutlich, dass Baden-Württemberg die Klage der Bundesregierung gegen die Mitteilung vollumfänglich unterstütze. Des Weiteren griff Kempf einen Punkt auf, der im Vortrag von Nico Spiegel bereits großen Raum einnahm: Der Frage nach der Binnenmarktrelevanz öffentlicher Aufträge. Die Beurteilung, ob überhaupt und gegebenenfalls ab welchem Auftragswert im Einzelfall eine Binnenmarktrelevanz gegeben sein könnte, „überfordere die Vergabestellen“. **Norbert Schulz, Referatsleiter im Bayerischen Staatsministerium des Inneren**, unterstrich die Aussage seines Vorredners. Wenn die Kommission in ihrer Mitteilung feststelle, dass öffentliche Aufträge nur in Ausnahmefällen nicht binnenmarktrelevant seien, kehre sie letztlich den Sinn der Schwellenwerte um. Eine erhebliche Rechtsunsicherheit und das Risiko von Vertragsverletzungsverfahren seien die unweigerliche Folge dieser Interpretation durch die Europäische Kommission.

Nicht nur die Referenten, sondern auch die Zuhörer im restlos gefüllten Veranstaltungsraum nutzten den Workshop für Diskussionen. So setzte sich die baden-württembergische Europaabgeordnete **Heide Rühle** (GRÜNE) mit der Rolle des EuGH auseinander, der nach ihrer Auffassung das Europäische Parlament als (Mit)Gesetzgeber nicht respektiere. Auch der Europaabgeordnete **Dr. Andreas Schwab** (EVP, Baden-Württemberg) schaltete sich in die Diskussion ein und betonte, dass gerade ein exportorientiertes Land wie Deutschland besonderes Interesse an der Öffnung öffentlicher Vergaben für den Binnenmarkt haben müsse. Damit formulierte er letztlich eine Frage, die sich durch den ganzen Verlauf des Workshops zog und die nach wie vor offenkundig unterschiedlich beantwortet werden kann: Ist das Vergaberecht das geeignete Instrument zur Schaffung des Binnenmarktes? Eine ausführliche Dokumentation des Workshops kann im Internet abgerufen werden: <http://www.ebbk.de/veranstaltungen> oder <http://www.europabuero-bw.de/aktuelles.htm> (St/Li)