

Antworten von ARD, ZDF und Deutschlandradio zum Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens

Zusammenfassung der wichtigsten Positionen von ARD, ZDF und Deutschlandradio

1. ARD, ZDF und Deutschlandradio begrüßen die Absicht der Europäischen Kommission, Legislativvorschläge zum europäischen Vergaberecht vorzulegen, mit denen die europäischen Rechtsvorschriften auf diesem Gebiet vereinfacht und aktualisiert werden können mit dem Ziel, die Effizienz und Wirksamkeit des europäischen Systems für die Vergabe öffentlicher Aufträge zu steigern.
2. ARD, ZDF und Deutschlandradio halten insbesondere den Ausschluss gemäß Art. 16 Buchstabe b) 2004/18/EG in Verbindung mit dem Erwägungsgrund 25 zur Gewährleistung der nach europäischem und nationalem Recht garantierten Rundfunkfreiheit für zwingend erforderlich. Dieser Ausschluss sollte daher unbedingt aufrecht erhalten werden.
3. Aus Sicht von ARD, ZDF und Deutschlandradio ist der von der Europäischen Kommission verfolgte Ansatz, politische Ziele über das Vergaberecht durchzusetzen, bspw. durch Vorgabe des Beschaffungsgegenstands, höchst problematisch. Eine Umsetzung politischer Ziele über das Vergaberecht durch zwingende Vorgaben ist für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Deutschlands auf Grund ihres Auftrags und ihrer staatsfernen Ausgestaltung nicht möglich.
4. ARD, ZDF und Deutschlandradio halten es für äußerst wichtig, hinreichend Möglichkeiten zu haben, miteinander zu kooperieren und begrüßen daher insbesondere die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zur horizontalen Zusammenarbeit.
5. Aus Sicht von ARD, ZDF und Deutschlandradio wäre eine allgemeine Einführung der Möglichkeit der Fristverkürzung (beschleunigtes Verfahren) sehr zu begrüßen.

Frage 1: Eines der primären Ziele der EU-Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen ist die Förderung des grenzüberschreitenden Wettbewerbs bei der öffentlichen Auftragsvergabe. Folgerichtig beschränkt sich der Anwendungsbereich der

einschlägigen EU-Richtlinien nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) auf Situationen, in denen der öffentliche Auftraggeber auf Seiten der Güternachfrage zu Beschaffungszwecken auftritt. **Eine Ausdehnung der europäischen Vergabevorschriften auf andere Entscheidungen eines öffentlichen Auftraggebers ist – zumal diese regelmäßig bereits anderen gesetzlichen Vorgaben unterstehen – nicht angezeigt und unter kompetenzrechtlichen Erwägungen zudem unzulässig. Der Begriff des „Öffentlichen Auftrags“ wurde durch die jüngere Rechtsprechung des EuGH hinreichend konkretisiert. Eine darüber hinausgehende Präzisierung ist von Seiten der Europäischen Union mithin aus unserer Sicht nicht erforderlich.**

Frage 2: Ja. Die derzeitige Struktur des Anwendungsbereichs mit ihrer Unterscheidung nach Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen ist zweckmäßig.

Frage 3: Nein. Es besteht kein Bedarf zu einer Überprüfung und Vereinfachung der Definition der „Baufträge“, da der Begriff hinreichend durch Rechtsprechung erklärt wird.

Frage 4: Nein. Die Unterscheidung zwischen sog. A- und B-Dienstleistungen sollte beibehalten werden.

Frage 5: Nein. Die Vergaberichtlinien sollten nicht auf alle Dienstleistungen angewandt werden. Die hergebrachte Einteilung beruht auf der Erwägung, dass die nachrangigen Dienstleistungen aufgrund ihrer Eigenart für die Schaffung eines europäischen Wettbewerbs von geringerer Bedeutung sind. Dies ist auch plausibel, insbesondere dort, wo es auf sprachliche Fertigkeiten (z.B. Personal) und/oder spezielle nationale Besonderheiten (z.B. Rechtsberatung, Kultur, Sport, etc.) ankommt. Wie die Kommission selbst feststellt, findet zudem selbst bei den A-Dienstleistungen faktisch nur in sehr beschränktem Umfang grenzüberschreitender Wettbewerb statt (sh. Fn. 9 des Grünbuchs: 1,6 % der Aufträge werden an Teilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten vergeben). **Die Ausweitung des EU-Vergaberechts auf typischerweise national beschränkte Sachverhalte ist nicht geeignet, an diesem Befund etwas zu ändern.**

Frage 6: Hinsichtlich der Schwellenwerte sollte jedenfalls eine Inflationsbereinigung stattfinden. Die Schwellenwerte sind in den letzten Jahren währungskursbedingt faktisch gefallen. Gleichzeitig führt die Inflation dazu, dass schleichend immer mehr Sachverhalte in das EU-Vergaberecht fallen, obwohl sie ursprünglich aufgrund ihrer geringeren wirtschaftlichen Bedeutung typischerweise als nicht binnenmarktrelevant angesehen wurden.

Fragen 7 und 8: ARD, ZDF und Deutschlandradio halten die derzeitigen Bestimmungen für Aufträge, die nicht unter die Richtlinie fallen, für zweckmäßig und insbesondere den Ausschluss gemäß Art. 16 Buchstabe b) 2004/18/EG in Verbindung mit Erwägungsgrund 25 zur Gewährleistung der Rundfunkfreiheit für zwingend erforderlich.

ARD, ZDF und Deutschlandradio möchten an dieser Stelle insbesondere darauf hinweisen, dass Art. 16 Buchstabe b) 2004/18/EG nicht das Ergebnis einer politischen Entscheidung war, sondern **zwingende Folge der nach europäischem Recht garantierten Rundfunkfreiheit** ist (Art. 11 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention).

Für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Deutschlands ist der Ausschluss gemäß Art. 16 lit. b) 2004/18/EG in Verbindung mit Erwägungsgrund 25 als Ausfluss der durch das deutsche Grundgesetz in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 **garantierten Rundfunkfreiheit** von besonderer Bedeutung. Insoweit ist geregelt, dass Dienstleistungsaufträge von der Richtlinie 2004/18/EG ausgenommen sind, die den Kauf, die Entwicklung, die Produktion oder Koproduktion von Programmen, die zur Ausstrahlung durch Rundfunk- oder Fernsehanstalten bestimmt sind, sowie die Ausstrahlung von Sendungen zum Gegenstand haben.

Gemäß Erwägungsgrund 25 der Richtlinie 2004/18/EG existiert dieser programmbezogene Ausschluss, weil Gründe kultureller und gesellschaftspolitischer Art die Anwendung des EU-Vergaberechts in diesen Fällen für unangemessen erscheinen lassen. Der Europäische Gerichtshof stellt in seinem Urteil v. 13.12.2007 in der Rechtsache C-337/06 die Verbindung zwischen dem Zweck des Art. 16 Buchstabe b) 2004/18/EG und der Rundfunkfreiheit her und führt hierzu in Rn. 63 wörtlich aus:

„Wie der Generalanwalt in Nr. 80 seiner Schlussanträge zu verstehen gibt, spiegelt diese Vorschrift denselben Zweck wider, den auch das deutsche Grundgesetz zum Ausdruck bringt, nämlich den der Gewährleistung der völlig unabhängigen und unparteilichen Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Rundfunkanstalten.“

In Art. 5 Abs. 1 Satz 2 des deutschen Grundgesetzes ist geregelt, dass die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film gewährleistet werden.

Gemäß Erwägungsgrund 25 der Richtlinie 2004/18/EG sollte die Ausnahme des Art. 16 Buchstabe b) nicht für die Bereitstellung des für die Produktion, die Koproduktion und die Ausstrahlung dieser Programme erforderlichen **technischen Materials** gelten. Diese Einschränkung der Ausnahme ist aus Sicht von ARD, ZDF und Deutschlandradio angesichts der Besonderheiten des Rundfunks als stark technikbasiertes Kulturgut zu hinterfragen und sollte abgeschafft werden. Zahlreiche technische Beschaffungen haben nämlich Einfluss auf die Produktion und damit auf das Programm.

Gerade die zeitnahe Bereitstellung des für die Produktion und die Ausstrahlung von Programmen erforderlichen technischen Equipments steht oftmals in einem sehr engen kausalen Zusammenhang mit Programmentscheidungen. Schnelligkeit und Flexibilität auch in der Beschaffung spielen hier eine besondere Rolle. Im Unter-

schied zum Bedarf anderer öffentlicher Institutionen ist insbesondere der rundfunktechnische Bedarf sehr stark Programmentscheidungen unterworfen. So kann es beispielsweise bei unvorhergesehenen Großereignissen und Naturkatastrophen erforderlich sein, kurzfristige Beschaffungen durchzuführen. Auch die Entscheidung, das eigene Programm umzustellen, kann dazu führen, dass die schnelle Beschaffung von Studioteknik dringend erforderlich wird. Werden solche programmlichen Entscheidungen jedoch durch langwierige Beschaffungsmaßnahmen verzögert, führt dies mittelbar zu einer Beschränkung der Rundfunkfreiheit.

Öffentlich-rechtliche Rundfunkanbieter dürfen insoweit keinen anderen Anforderungen als private Konkurrenten unterliegen, da sie in gleicher Weise durch die Rundfunkfreiheit geschützt werden und gesellschaftlich gewünscht miteinander im publizistischen Wettbewerb stehen.

Im Übrigen bedürfen die bestehenden Ausnahmetatbestände, die weiterhin ausnahmslos ihre Berechtigung haben, aus Sicht von ARD, ZDF und Deutschlandradio keiner Überarbeitung oder Aktualisierung.

Frage 9: Die existierende Definition des „Öffentlichen Auftraggebers“ weist bereits heute eine erhebliche Detailtiefe auf. Darüber hinaus wurde der Begriff in den letzten Jahren durch den Europäischen Gerichtshof im Rahmen verschiedener Entscheidungen anhand konkreter Beispiele präzisiert. **Eine darüber hinausgehende Konkretisierung ist von Seiten der Europäischen Union nicht notwendig.**

Frage 14: Das Detailniveau der EU-Vorschriften ist ausreichend.

Frage 15: Für ARD, ZDF und Deutschlandradio ist oberstes Ziel einer jeden Beschaffungsmaßnahme die wirtschaftlich günstige und insbesondere funktionsgerechte Ausstattung mit Gütern und Dienstleistungen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten in einem gesellschaftlich erwünschten (publizistischen) Wettbewerb mit privat-rechtlichen Medienunternehmen stehen. Rundfunkberichterstattung ist von **hohem Aktualitätsdruck** geprägt und erfordert schnelles und flexibles Handeln. Aus diesem Umstand ergeben sich Anforderungen an das Beschaffungswesen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, welche mit den Bedürfnissen klassischer öffentlicher Auftraggeber nicht zu vergleichen sind. **Die bestehenden Verfahrensvorgaben werden diesen Bedürfnissen nur unzureichend gerecht.** Sowohl hinsichtlich der Verwaltungslasten als auch der Verfahrensdauer, insbesondere aber wegen der fehlenden Flexibilität, welche für das schnelle Mediengeschäft unerlässlich ist, müssen wir feststellen, **dass die derzeitigen Richtlinien in vielen Fällen nur unbefriedigende Auftragsvergabeergebnisse ermöglichen.** Im Rahmen der weiteren Beantwortung werden wir im Detail auf konkrete Schwachstellen eingehen.

Frage 18: Ja. Einzelne der jeweils für die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten und das ZDF zuständigen Aufsichtsgremien hatten die jeweiligen Rundfunkanstalten für die Jahre 2009 und 2010 ermächtigt, von der Möglichkeit

der **Fristverkürzung** Gebrauch zu machen. Da auch die Auftragnehmer ausdrücklich positiv auf den Rückgriff auf ein beschleunigtes Verfahren reagiert haben und aus Sicht der Rundfunkanstalten der Verwaltungsaufwand in diesem Zusammenhang unter Wahrung der Transparenz und des Wettbewerbsgebots deutlich reduziert werden konnte, **wäre eine allgemeine Einführung dieser Möglichkeit aus unserer Sicht sehr zu begrüßen.**

Frage 19: Ja. Aus Sicht von ARD, ZDF und Deutschlandradio wäre die grundsätzliche Möglichkeit des Rückgriffs auf Verhandlungsverfahren zu begrüßen, sofern der öffentliche Auftraggeber nach seinem Ermessen entscheiden kann, ob er ein Verhandlungsverfahren wählt oder das Offene bzw. Nichtoffene Verfahren. Einen generellen Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren in der Form, dass ein Anwendungszwang für den Auftraggeber besteht, sollte nicht erfolgen.

Frage 20: Diese Möglichkeit des Verhandlungsverfahrens sollte für alle Arten von Aufträgen / öffentlichen Auftraggebern gelten. Würde man hier nach bestimmten Auftraggebern oder bestimmten Aufträgen unterscheiden, würde das zu einer höheren Komplexität des Vergaberechts und möglicherweise zu Rechtsunsicherheit führen.

Frage 21: Nein. Bestimmte Risiken des Missbrauchs oder der Diskriminierung sehen wir nicht. Erfahrungen mit dem Verhandlungsverfahren zeigen, dass auch das Verhandlungsverfahren in seiner derzeitigen Ausgestaltung ausreichenden Schutz gewährt. Auch beim Verhandlungsverfahren handelt es sich um ein formalisiertes Verfahren, das sich an den Grundprinzipien insbesondere der Transparenz und der Gleichbehandlung orientiert.

Frage 23: Ja. Bei einem Offenen Verfahren würden ARD, ZDF und Deutschlandradio einen flexibleren Ansatz bei der Organisation und Abfolge der Prüfung anhand von Auswahl- und Zuschlagskriterien im Rahmen des Vergabeverfahrens befürworten. Es wäre insbesondere bei einer großen Anzahl von Teilnehmern sinnvoll, die Zuschlagskriterien vor den Auswahlkriterien prüfen zu können. Dies sollte im Ermessen des Auftraggebers stehen.

Frage 24: Ja. In bestimmten Fällen kann es sinnvoll sein, **bieterbezogene Kriterien in der Zuschlagsphase zu berücksichtigen.** Dies ist insbesondere dort der Fall, wo die Qualität der Leistungserbringung vor allem von persönlichen Eigenschaften der Bieter abhängt.

Frage 25: Ja. Die Eignungsprüfung ist wesentlicher Bestandteil einer jeden Angebotsbewertung. Mit Blick auf ein schlankes und effektives Auswahlverfahren wird es bisweilen als unbefriedigend empfunden, wenn hierbei **frühere Erfahrungen mit einem Bieter** nicht berücksichtigt werden dürfen. Es erscheint als bloße Förmerei, wenn ein Bieter zur Vorlage von Nachweisen verpflichtet wird, wenn er seine Eignung bereits in der Praxis gegenüber dem potentiellen Auftraggeber umfassend

nachgewiesen hat. Hierbei gilt es auch zu berücksichtigen, dass durch Bieter eingereichte Unterlagen immer nur ein unvollständiges Bild abgeben können. **Erfahrungen, die mit einem Bieter im Zusammenhang mit einem konkreten Auftrag gemacht wurden, erlauben dagegen eine differenzierte Bewertung.**

Auch von Seiten der Bieter wird die Pflicht zur Vorlage von Nachweisen in den Fällen als unnötige Belastung empfunden, in denen bereits eine langjährige Geschäftsbeziehung existiert. Die Vorbereitung eines Angebots stellt insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen einen erheblichen Verwaltungsaufwand dar. Dieser erscheint gerade dann unverhältnismäßig, wenn Unterlagen nur einzureichen sind, weil ansonsten rein formal betrachtet die Bewerber unterschiedlich behandelt würden.

Darüber hinaus sind wir der Ansicht, dass auch negative Erfahrungen, die ein Auftraggeber mit einem Unternehmen gemacht hat, stärkere Berücksichtigung im Auswahlverfahren finden sollte.

Frage 27: Eine Abgrenzung zwischen kleinen und größeren Auftraggebern erscheint schwierig umzusetzen. Besser wäre es, die **Kooperationsmöglichkeiten**, die die Rechtsprechung des EuGH entwickelt hat, zu erhalten und ggf. auszubauen. Dies würde dann auch kleineren Auftraggebern helfen.

Frage 29: ARD, ZDF und Deutschlandradio lehnen weitere Leitlinien für die Vergabe von Aufträgen unterhalb der für die Anwendung der Vergaberichtlinien maßgeblichen Schwellenwerte ab.

Frage 30- 33: Die vergaberechtlichen Vorschriften kommen gemäß Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 nur dann zur Anwendung, wenn ein öffentlicher Auftraggeber am Markt auftritt. Der europäische Gerichtshof hat mithin zu Recht festgestellt, dass der Anwendungsbereich dann nicht eröffnet ist, wenn **öffentliche Auftraggeber im Interesse einer sparsamen Wirtschaftsführung Kompetenzen bündeln**, um den jeweiligen öffentlichen Auftrag zu erfüllen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es den nationalen Gesetzgebern überlassen ist, zu entscheiden, ob und in welchem Umfang öffentliche Aufgaben durch den öffentlichen Auftraggeber selbst wahrgenommen werden. **Die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer solchen horizontalen Zusammenarbeit wurden durch den Europäischen Gerichtshof in hinreichender Weise konkretisiert, so dass keine weiteren legislativen Regeln auf EU-Ebene erforderlich sind.**

Hierzu hat das europäische Parlament in seinem „Bericht über neue Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen“ (2009/2175 (INI)) zu Recht festgehalten, dass die Schlussfolgerungen des Europäischen Gerichtshofs nicht nur unmittelbar der Zusammenarbeit von Kommunen gelten, sondern auf Kooperationen anderer öffentlicher Auftraggeber zu übertragen sind. Diese Einschätzung wird offensichtlich von der Kommission geteilt, denn sie bezieht auf S. 24 des Grünbuchs die horizontale Zusammenarbeit auf die Zusammenarbeit „einzelner öffentlicher Unternehmen“,

beschränkt also den Anwendungsbereich auch nicht auf Kommunen. **Aus Sicht von ARD, ZDF und Deutschlandradio ist dieser Ansatz sehr zu begrüßen.**

Der Vollständigkeit halber möchten wir darauf hinweisen, dass nach der zitierten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache C-480/06 – Kommission gegen Deutschland – die Möglichkeit einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit nicht voraussetzt, dass ein „gemeinsames Ziel“ verfolgt wird. **Insoweit schränkt die Kommission die Möglichkeit einer horizontalen Zusammenarbeit im hier gegenständlichen Grünbuch in unzulässiger Weise ein.** Der Europäische Gerichtshof bezieht sich in seiner Entscheidung lediglich auf die „gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben“ und die Verfolgung von „im öffentlichen Interesse liegenden Zielen“. **Ein *gemeinsames* Ziel, welches über den Wunsch einer möglichst effektiven Erfüllung der jeweiligen öffentlichen Aufgabe hinausgeht, wird dagegen nicht gefordert.** In den meisten Fällen einer horizontalen Zusammenarbeit wird zwischen den jeweiligen Verpflichtungen, deren Erfüllung die beteiligten öffentlichen Auftraggeber jeweils anstreben, eine große Ähnlichkeit bestehen. Es kann jedoch in keinem Fall von „gemeinsamen Zielen“ gesprochen werden.

Frage 34: Nein. ARD, ZDF und Deutschlandradio begrüßen die derzeit bestehenden Möglichkeiten der Zusammenführung der Nachfrage und zur gemeinsamen Auftragsvergabe. **Die Notwendigkeit zusätzlicher Möglichkeiten zur Bündelung von Bedarf und Beauftragungen besteht nicht.**

Frage 39: Nein. Es besteht kein Bedarf, dass die EU-Richtlinien für das öffentliche Auftragswesen die Frage **wesentlicher Änderungen eines Auftrags**, der nach wie vor in Kraft ist, regeln. **Durch die Rechtsprechung des EuGH besteht bereits eine hinreichende Klarheit.**

Frage 40: Ja. Die Möglichkeit zum Rückgriff auf ein flexibles Verfahren wäre für alle Beteiligten sinnvoll. Die Durchführung von Vergabeverfahren ist für öffentliche Auftraggeber, insbesondere aber auch für die einzelnen Bieter mit einem erheblichen Verwaltungs- und damit Kostenaufwand verbunden. Insbesondere dann, wenn ein Ausschreibungsverfahren schon sehr weit fortgeschritten ist und ein Zuschlag kurz bevorsteht, sind Aufhebung und Neuausschreibung aufgrund einer wesentlichen Änderung des konkreten Bedarfs und einhergehend des ausgeschriebenen Auftrags äußerst unbefriedigend. Dies gilt ausnahmslos für alle Beteiligten. Gerade den Bietern, die aufgrund der Abgabe eines Angebots ihre Kapazitäten in bestimmtem Umfang bis zum Ablauf der Bindungsfrist ungenutzt lassen müssen beziehungsweise nicht weiter verplanen dürfen, ist es regelmäßig nicht zuzumuten, sich erneut einem umfangreichen, langwierigen Vergabeverfahren auszusetzen.

Dies gilt umso mehr, als es auch in Ansehung des modifizierten Auftragsgegenstands regelmäßig nicht erforderlich ist, den bisherigen Teilnehmerkreis des Verfahrens zu erweitern. **Ein flexibles Verfahren, welches etwa eine Fortsetzung unter Einbindung des bisherigen Teilnehmerkreises vorsehen könnte, widerspräche nicht den Geboten von Transparenz und Wettbewerb.**

Ähnliches gilt erst Recht dann, wenn ein Bieter in einem transparenten und fairen Wettbewerb den Zuschlag erhalten hat und im Nachgang außerhalb der Person des Auftraggebers und des Auftragnehmers liegende Umstände dazu führen, dass sich die Anforderungen an den Auftrag ändern. Eine **Neuvergabe** wird weder dem Interesse des öffentlichen Auftraggebers an einer funktionsgerechten, wirtschaftlichen und fristgerechten Auftragserfüllung noch dem Interesse des Auftragnehmers an einer rechtssicheren Einplanung seiner Kapazitäten gerecht. **Auch in diesen Fällen sollte ein flexibles Verfahren geschaffen werden, welches unter strikten Bedingungen eine Anpassung des Auftragsgegenstandes ermöglicht.**

Eine ausführliche Dokumentation der Umstände nebst Begründung würde in beiden Fällen sicherstellen, dass die Ansprüche an Transparenz und Wettbewerb und die Kontrollmöglichkeit durch Wettbewerber und Nachprüfungsinstanzen gewahrt bleiben.

Frage 41 und 42: Auch wenn der EuGH in der Rechtssache C-503/04 den Grundsatz „pacta sunt servanda“ nicht als Rechtfertigung hat gelten lassen, einen langfristigen, vergaberechtswidrigen Vertrag fortbestehen zu lassen, stellt er dennoch einen in allen Rechtsordnungen verankerten Rechtsgrundsatz dar. Als besonders wichtiges Element ist hier der Eintritt von Rechtssicherheit nach Ablauf einer gewissen Frist zu nennen. **Vor diesem Hintergrund sollten die Mitgliedstaaten weiterhin das Recht haben, Rechtsmittel Dritter nach Ablauf einer ausreichenden Frist auszuschließen.**

Frage 43: Nein. Die Ausführung der vertraglich geschuldeten Leistung ist systematisch von dem Prozess der Auswahl des Vertragspartners zu unterscheiden. Die Vertragserfüllung und bspw. die Bestimmung des Vertragsinhalts, das Recht der Vertragsbeendigung sowie das Recht der Vertragsfortführung unterliegen dem jeweiligen nationalen **Vertragsrecht** und nicht dem **Vergaberecht**. **Diese Trennung sollte nicht verwischt werden.**

Frage 44: Ja. Eine Vergabestelle soll bei einer sachlichen Begründung auf das sogenannte Eigenleistungserfordernis zurückgreifen können. So wäre es denkbar, etwa bestimmte (höchstpersönliche) Leistungen von einer Untervergabe auszuschließen bzw. (prozentual) zu begrenzen.

Fragen 46 bis 52: Kleinere und mittlere Unternehmen besitzen zuweilen nicht die erforderlichen Kapazitäten, um Aufträge öffentlicher Auftraggeber in Gänze zu übernehmen. Bereits heute sind öffentliche Auftraggeber daher gehalten, die spezifisch mittelständischen Interessen zu wahren und Leistungen in Lose aufzuteilen. Auch hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass bei jeder Auftragsvergabe der Beschaffungsgegenstand, d.h. eine funktionsgerechte und wirtschaftliche Auftragsvergabe im Vordergrund zu stehen hat. **Es bedarf daher einer Bewertung im Einzelfall, ob eine losweise Vergabe, etwa mit Blick auf das Zusammenspiel der jeweiligen Lose, den tatsächlichen und finanziellen Anforderungen an das Gesamtvorhaben gerecht wird.** Insoweit besitzt der öffentliche Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum. Es ist weder im Interesse des öffentlichen Auftraggebers noch im Interesse der einzel-

nen Unternehmen, wenn eine losweise Vergabe zu einer unsachgemäßen oder unwirtschaftlichen Abwicklung eines Gesamtvorhabens führt.

Unabhängig davon, dass eine uneingeschränkte Förderung von mittelständischen Interessen dem öffentlichen Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zuwiderläuft (siehe unsere Stellungnahme zu Fragen 62 ff.), **wäre mithin eine unbedingte Verpflichtung zur Aufteilung in Lose unsachgemäß.**

Fragen 49 und 50: Ja. Eigenerklärungen reduzieren die Verwaltungslasten sowohl auf Seiten der interessierten Unternehmen als auch auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber. Dem Interesse der öffentlichen Auftraggeber auf Bestätigung der abgegebenen Erklärung könnte dadurch Rechnung getragen werden, dass entsprechende Nachweise von den Bewerbern, die in die engere Auswahl gekommen sind, bzw. von dem erfolgreichen Bieter vor der Vergabeentscheidung nachgefordert werden.

Frage 53: Sicherlich haben öffentliche Auftraggeber in ihrer Gesamtheit Einfluss auf Marktstrukturen. Das Vergaberecht wäre aber mit der Aufgabe überfordert, wettbewerbswidrige Marktstrukturen bekämpfen zu müssen. Diese ordnungspolitische Aufgabe sollte weiterhin das Kartellrecht übernehmen. **Das Vergaberecht sollte sich weiterhin auf seine Ziele, der Sicherstellung eines wirtschaftlichen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens beschränken.** Soweit im Einzelfall wettbewerbswidrige Absprachen im Vergabeverfahren festgestellt werden, besteht bereits jetzt die Möglichkeit, die Bieter vom weiteren Verfahren auszuschließen.

Frage 57: Nein. **ARD, ZDF und Deutschlandradio wenden sich entschieden gegen eine Pflicht, Vergabeunterlagen in verschiedenen Sprachen verfassen zu müssen.** Dies schafft einen enormen zusätzlichen Aufwand und überfordert gerade kleinere öffentliche Auftraggeber, ohne dass ein entsprechender Nutzen gegenüberstünde. Ein Auftragnehmer, der ein Angebot nicht in der Sprache des Auftraggebers abgeben kann bzw. die Vergabeunterlagen in dessen Sprache lesen kann, ist meist auf Grund der bestehenden Sprachbarrieren auch nicht in der Lage, eine reibungslose Vertragsabwicklung zu gewährleisten. Hinzu kommt, dass in komplexeren Vergabeverfahren Streit programmiert ist, wenn die beiden Sprachfassungen unterschiedliche Interpretationen zulassen.

Fragen 62 bis 97: Unter Abschnitt 4.1 und 4.2 des Grünbuchs wird erörtert, wie in den einzelnen Phasen des Beschaffungsverfahrens den jeweiligen politischen Zielen Rechnung getragen werden könnte bzw. ob eine weitere Möglichkeit, politische Ziele über das öffentliche Auftragswesen zu erreichen, darin bestehen könnte, den Auftraggebern den Gegenstand der Beschaffung vorzuschreiben.

Aus Sicht von ARD, ZDF und Deutschlandradio ist dieser Ansatz, politische Ziele über das Vergaberecht durchzusetzen, höchst problematisch. Zunächst einmal besteht das bisherige Ziel des Vergaberechts darin, eine wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Gelder zu gewährleisten, also ein optimales Preis-Leistungsverhältnis zu er-

möglichen. Dieses Ziel könnte durch die Verbindung des Vergaberechts mit politischen Zielen konterkariert werden.

Eine Umsetzung politischer Ziele über das Vergaberecht ist für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Deutschlands auf Grund ihres Auftrags und ihrer staatsfernen Ausgestaltung nicht möglich. ARD, ZDF und Deutschlandradio haben den Auftrag, durch die Herstellung und Verbreitung ihrer Angebote als Medium und Faktor des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken und dadurch die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft zu erfüllen. Bei der Erfüllung ihres Auftrags haben die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten insbesondere die Grundsätze der Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung, die Meinungsvielfalt und die Ausgewogenheit ihrer Angebote zu berücksichtigen. **Die Erfüllung dieses Auftrags wäre gefährdet, wenn ARD, ZDF und Deutschlandradio verpflichtet wären, bestimmte politische Vorgaben zu berücksichtigen und umzusetzen.**

Außerdem spricht aus Sicht von ARD, ZDF und Deutschlandradio die Forderung von Auftraggebern und Auftragnehmern nach einer Vereinfachung und Verschlankung des **Vergaberechts gegen eine Einbeziehung von politischen Zielen in das Vergaberecht.** Die Kommission weist auf Seite 5 des Grünbuchs auf diesen bestehenden Konflikt selbst hin.

Da die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien zur Verfolgung (gesellschafts-)politischer Ziele für **manche öffentliche Auftraggeber** im Einzelfall zweckmäßig sein kann, erscheint **allenfalls** die Schaffung einer entsprechenden **Option** sinnvoll. Insofern könnte es auch aus unserer Sicht - im Rahmen der jeweiligen öffentlichen Aufgabe - in das **Ermessen** der öffentlichen Auftraggeber gestellt werden, die im Grünbuch angesprochenen vergabefremden Ansätze zu verfolgen.

Frage 73: Nein. Aus den oben genannten Gründen sollte nicht verbindlich vorgeschrieben werden, bei der Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots die **Lebenszykluskosten** zu berücksichtigen. Eine solche Entscheidung sollte je nach Einzelfall vom Auftraggeber nach seinem Ermessen getroffen werden.

Fragen 100-103: ARD, ZDF und Deutschlandradio unterstützen Maßnahmen zur Bekämpfung von Günstlingswirtschaft und Korruption. Die Regelungen hierzu sollten den administrativen Mehraufwand für den Auftraggeber in Grenzen halten und insbesondere die im Grünbuch angelegten Ziele, die Effizienz und Wirksamkeit des Systems für die Vergabe öffentlicher Aufträge durch Vereinfachung und Aktualisierung der europäischen Rechtsvorschriften zu verbessern, nicht konterkarieren.

Frage 108: Die Berücksichtigung unseriöser Geschäftspraktiken erfolgt auf Seiten von ARD, ZDF und Deutschlandradio nicht unter dem Gesichtspunkt einer Sanktionierung, sondern erfolgt lediglich zur Wahrung unseres Interesses an der Beauftragung geeigneter Auftragnehmer. **Dem Grunde nach ist Art. 45 der Richtlinie**

2004/18/EG vor diesem Hintergrund als wertvolle Klarstellung im Rahmen der Eignungsprüfung zu verstehen.

Soweit von Seiten der Kommission die Überlegung verfolgt wird, den Gesichtspunkt „selbstreinigende Maßnahme“ ausdrücklich in den EU-Vergaberichtlinien anzusprechen, darf dies jedoch **nicht zu einer Umkehrung der Beweislast** führen. Es ist Sache der Bieter, sich nach Bekanntwerden unseriöser Geschäftspraktiken zu exkulpieren. Gelingt dies dem Bieter nicht oder verbleiben diesbezüglich Zweifel, darf dies zu seinen Lasten im Rahmen der Eignungsprüfung berücksichtigt werden. Auftraggeber haben nur bedingt die Möglichkeit, Einblick in Unternehmensstrukturen zu nehmen und den Erfolg „selbstreinigender Maßnahmen“ zu begutachten. **Es wäre daher unsachgemäß, dem Auftraggeber in solchen Fällen den Nachweis dafür aufzubürden, dass er zu einem Ausschluss des Bieters berechtigt ist.**

Frage 109: Nein. Die existierenden EU-Bestimmungen in diesem Bereich werden als ausreichend erachtet. **Darüber hinausgehende Präzisierungen sind von Seiten der Europäischen Union aus unserer Sicht nicht angezeigt.**

Frage 110: Nein. Es ist schon nicht klar, was „**natürliche Vorteile**“ genau sein sollen. Im Übrigen wäre ein solcher Ansatz ordnungspolitisch äußerst fraglich. Die Marktwirtschaft lebt von der Unterschiedlichkeit ihrer Teilnehmer. Es ist gerade Sinn eines effizienten Wettbewerbs, dass jeder Teilnehmer seine Stärken, wozu auch natürliche Vorteile gehören können, im Wettbewerb einsetzen darf.

Frage 114: Wir teilen die Auffassung des Europäischen Parlaments (Bericht über neue Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen vom 10.05.2010, 2009/2175 (INI)), wonach im Bereich des europäischen Vergaberechts ein komplexes und unübersichtliches Rechtsregime entstanden ist. Zutreffend ist auch die Feststellung, dass das mit der Revision der Richtlinien über öffentliche Aufträge aus dem Jahr 2004 verbundene Ziel der Vereinfachung des Auftragswesens nicht erreicht werden konnte. Die personellen und finanziellen Kapazitäten von ARD, ZDF und Deutschlandradio - auch die der Chefredaktionen und Produktionsdirektionen - werden inzwischen in einem erheblichen Umfang durch die Vorbereitung und Betreuung der unzähligen und komplexen Vergabeverfahren in Beschlag genommen. Der hierbei betriebene Aufwand steht oftmals in keinem angemessenen Verhältnis zum wirtschaftlichen Ergebnis der einzelnen Auftragsvergaben. **Wir unterstützen die Kommission daher vollumfänglich in ihrem Entschluss, „mittels effizienterer Vergabeverfahren optimale Ergebnisse zu erzielen“.**

Dem widerspricht es jedoch, das EU-Vergaberecht durch zusätzliche, gesellschaftspolitische Ziele zu überfrachten. Die Schaffung neuer Vorgaben, die über die eigentlichen Kernanliegen der öffentlichen Auftragsvergabe (Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit, Wettbewerb, funktionsgerechte Auftragsvergabe) hinausgehen, führt losgelöst von unseren grundsätzlichen Bedenken (vgl. hierzu Fragen 62 bis 97) nicht zu der erhofften Verschlinkung und Vereinfachung. Vielmehr würde die bereits vorhandene Komplexität erneut um ein Vielfaches gesteigert.

Insoweit bleibt oberstes Ziel einer etwaigen Vergaberechtsreform und mithin auch wichtigstes Anliegen des durch die EU-Kommission vorgelegten Grünbuchs die effizientere und einfachere Gestaltung von Vergabeverfahren. Diese steht sowohl im Interesse der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer. In diesem Zusammenhang wenden wir uns – auch aus grundsätzlichen Erwägungen – gegen eine verbindliche Verknüpfung von Beschaffungsmaßnahmen mit sonstigen, gesellschaftspolitischen Zielen.

Abschließend ist festzuhalten, dass der Ausschluss gemäß Art. 16 Buchstabe b) 2004/18/EG von größter Bedeutung für ARD, ZDF und Deutschlandradio ist und zur Gewährleistung der Rundfunkfreiheit auf jeden Fall beibehalten werden muss.