

Transparenz in der öffentlichen Vergabep Praxis

Vortrag anlässlich der Landesverbandstagung des DWA am 1 Juni 2007
RA Thomas Maibaum, Transparency International

Einführung

Öffentliche Auftraggeber sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge an Regeln gebunden. Aus verschiedenen, teilweise sogar durchaus respektablen Gründen, wird das gesetzliche Korsett jedoch als zu eng empfunden. Dies führt in der Praxis nicht selten und auf mannigfaltigen Wegen zu einer „Flucht aus dem Vergaberecht“. Die Folgen sind für den Steuerzahler allerdings nur in Ausnahmefällen als vorteilhaft zu bezeichnen. Vergaben außerhalb der Regeln begünstigen Korruption und reißen damit weitere Löcher in die ohnehin klammen öffentlichen Haushalte.

Grauzonen der Vergabe finden sich heute zunehmend in Bereichen, in denen der Staat sich als (unmittelbarer) Auftraggeber zurückgezogen hat und Auftragsvergaben von „privaten“ Auftraggebern vollzogen werden, die sich zwar häufig noch zu 100% im Besitz der öffentlichen Hand befinden, wegen ihrer Rechtsform aber zumindest im nicht vom europäischen Vergaberecht erfassten Bereich größere Freiheiten genießen als ihre Eigner. Auch hier sind die Folgen natürlich ebenso unerfreulich für den Bürger. Ob finanzielle Schäden über die Steuern, Gebühren oder Entgelte und Tarife auf die Gemeinschaft umgelegt werden, ist für diese gleichermaßen schmerzhaft.

Das Thema „Transparenz bei der öffentlichen Auftragsvergabe“ betrifft deshalb nicht nur die so genannten „klassischen“ öffentlichen Auftraggeber, sondern alle Strukturen und Rechtsformen, hinter denen die öffentliche Hand steht – sei es als Gesellschafter, Anteilseigner oder Aktionär. Die Erfahrung zeigt mittlerweile, dass die über einen langen Zeitraum im öffentlichen Sektor gewonnenen Erfahrungen hinsichtlich der negativen Auswirkungen intransparenter Vergabeverfahren weitestgehend auf den „privaten“ Bereich übertragen lassen.

Transparenz im Vergaberecht

Der Transparenzgrundsatz hat ausdrücklich erst durch die Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinien Aufnahme im deutschen Vergaberecht gefunden. Seither sind „transparente Vergabeverfahren“ eine zentrale Vorgabe für die öffentliche Beschaffung, wie dem hier einschlägigen 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu entnehmen ist. Das bedeutet aber keineswegs, dass der Transparenzgrundsatz ein Novum wäre, dass erst durch die pflichtschuldige Übernahme europäischer Vergabestandards geboren worden wäre. Bereits lange vorher erhielt das deutsche Haushaltsrecht – dort im Haushaltsgrundsätzegesetz und in den Haushaltsordnungen des Bundes und der Länder – die bekannte Verpflichtung zur öffentlichen Ausschreibung. Dies bedeutet praktisch betrachtet nichts anderes als das Gebot, Beschaffungen durch die öffentliche Hand nicht am Stammtisch, sondern vor den Augen der insoweit interessierten Öffentlichkeit vorzunehmen.

Dieser nach wie vor geltende Vergabegrundsatz aus dem Haushaltsrecht wurde seinerzeit aus ganz überwiegend wirtschaftlichen Erwägungen formuliert. Untersuchungen der Rechnungshöfe belegen jedes Jahr aufs Neue, dass die Nutzung weniger transparenter Vergabeverfahren wie der beschränkten Ausschreibung oder gar der freihändigen Vergabe zu im Schnitt nicht unerheblich teureren Beschaffungen führt, ohne dass sich dort ein wirtschaftlich messbarer Mehrwert feststellen lässt. Dies ist an erster Stelle darauf zurück zu führen, dass der mit intransparenten Verfahren zwangsläufig verbundene Mangel an Wettbewerb auch zu schlechteren Preisen führt – und, schlimmer noch, die Kartellbildung nicht nur begünstigt, sondern geradezu herausfordert. Dass auch die Korruption gerade bei intransparenten Vergabeverfahren wuchert, dürfte niemand wirklich überraschen.

Konsequent sehen deshalb die spezifischen Vergabevorschriften in VOL/A und VOB/A (die VOF ist insoweit als berechtigte Ausnahme zu werten) vor, dass der Rückgriff auf die beschränkte Ausschreibung und die freihändige Vergabe nur in klar definierten engen Ausnahmefällen zulässig ist. Für die öffentliche Ausschreibung sowie teilweise auch für den Sonderfall der beschränkten öffentlichen Ausschreibung mit vorherigem Teilnahmewettbewerb bestehen zahlreiche Mechanismen, die den größten Teil denkbarer Transparenzlücken schließen. Hierzu gehören in erster Linie die Regelungen zur klaren und eindeutigen Leistungsbeschreibung, die Veröffentlichungspflichten, die Vorschriften über den Eröffnungstermin und die vorab festgelegten und bekannt gemachten Zuschlagskriterien ebenso wie die Dokumentationspflichten durch die Vergabestelle.

Nach diesem kursorischen Überblick über die bereits heute bestehenden Transparenzvorschriften folgt nun der notwendige Blick in die Rechtspraxis, die sich auch hier nicht unerheblich von der Theorie unterscheidet.

Die Vergabepaxis

Die Vergabepaxis zeigt, dass entgegen den gesetzlichen Regelungen intransparente Vergabeverfahren durchaus nicht nur ausnahmsweise, sondern ausgesprochen häufig genutzt werden. Begründet wird dies in den meisten Fällen 1. mit einem angeblich unverhältnismäßigen Verfahrensaufwand der öffentlichen Ausschreibung oder 2. dem Wunsch zur Förderung regionaler Anbieter. Dies, obgleich 1. der Bundesrechnungshof und die Rechnungshöfe der Länder unisono festgestellt haben, dass sich statistisch betrachtet die öffentliche Ausschreibung selbst dann rechnet, wenn ausnahmsweise andere Verfahren zulässig sind und 2. Regionalpräferenzen generell unzulässig sind. Mit welchen Risiken derartige Vorgehensweisen behaftet sind, zeigt ein nicht lange zurück liegender Korruptionsfall aus der Straßeninstandhaltung, bei dem über Jahre hin das 6,3-fache des Marktpreises abgerechnet wurde, also: 1 km anstatt 6,3 km! Auch wenn es sich hier um einen traurigen Rekord handeln mag, wird doch offensichtlich, dass Transparenz und Kontrolle sich rechnen.

Vorschläge von Transparency International zur Verbesserung der öffentlichen Beschaffung

Transparency International hat aus diesen Gründen Vorschläge zur Verbesserung der Vergaberegeln erarbeitet, um eine transparentere und gleichzeitig hinsichtlich des Verfahrensaufwands optimierte Verfahrenspraxis zu ermöglichen. Da die

öffentliche Ausschreibung tatsächlich im Verhältnis zu den anderen Verfahren einen erhöhten Verfahrensaufwand mit sich bringt, sollte danach die beschränkte Ausschreibung so transparent gestaltet werden, dass das erforderliche und jeweils angemessene Maß an Wettbewerb gewährleistet ist und eine „externe“ Kontrolle durch die potentiellen Mitbewerber verhindert, dass immer der gleiche Teilnehmerkreis partizipiert und auch nicht zu überhöhten Preisen vergeben wird. Dies könnte dadurch geschehen, dass der Auftraggeber – was heute problemlos möglich ist – seine diesbezüglichen Entscheidungen elektronisch veröffentlicht. Beispiele aus anderen Ländern zeigen, dass dies für den (integren) Auftraggeber ein geringer zusätzlicher Aufwand ist, der gerne in Kauf genommen wird, um sich die Einzelprüfung unverhältnismäßig vieler Einzelangebote für kleinere Aufträge zu ersparen. Ein weiterer Vorteil ist, dass sich mit der Erhöhung der Verfahrenstransparenz auch in einem gewissen Maße die Inanspruchnahme von Rechtsschutzmöglichkeiten reduziert. In den Rechtskreisen, die sich für ein wirklich transparentes Vergabesystem entschieden haben, gibt es gemessen an der Zahl der Auftragsvergaben wesentlich weniger Vergaberechtsstreitigkeiten als in der Bundesrepublik Deutschland. Möglicherweise bietet die derzeit laufende Novelle des deutschen Vergaberechts Chancen, um hier Verbesserungen durchzusetzen.

Eine weitere Forderung von Transparency International ist seit langer Zeit außerdem die Einrichtung eines Korruptionsregisters („blacklisting“), das den Ausschluss korrupter Unternehmen aus dem Vergabeverfahren erleichtert. Auch hier gibt es bereits zahlreiche Erfahrungen insbesondere auf der Ebene Internationaler Organisationen, die die nicht nur die repressive, sondern auch die präventive Funktion eines solchen Instruments belegen.

Last not least: Mit dem so genannten „Integritätspakt“ bietet Transparency International ein weiteres Präventionsinstrument an. Dabei handelt es sich um eine freiwillige Selbstverpflichtung der Verfahrensteilnehmer, bestimmte Verhaltensmaßregeln zu beachten. Sanktioniert werden Verstöße (unbeschadet der vergaberechtlichen Regeln) auf zivilrechtlicher Ebene, insbesondere durch die Vereinbarung von Vertragsstrafen. Auch der Integritätspakt hat sich heute bereits vielfach bewährt.

Weitere Informationen finden Sie auf der Website unserer Organisation:
www.transparency.de .