

## Sektorenverordnung

# Mehr Spielraum bei Vergaben

## Rückbesinnung auf Mindestanforderungen der EU

Von Dr. Ute Jasper und Jan Seidel, Düsseldorf\*

Die neue Sektorenverordnung (SektVO) wird voraussichtlich noch vor der Sommerpause in Kraft treten. Die Stadtwerke werden dadurch erhebliche zusätzliche Spielräume in Vergabeverfahren erhalten. Bislang sind sie in Teilbereichen noch eng an das Vergaberecht gebunden. Auch als private Unternehmen müssen sie grundsätzlich die Spielregeln des Vergaberechts beachten, wenn sie in Bereichen tätig sind, in denen der Markt (noch) nicht funktioniert. Zu diesen „Sektorenbereichen“ zählen die Trinkwasser- und die Energieversorgung sowie der Verkehr. Die EU versucht, diese Märkte zu liberalisieren und Wettbewerb zu schaffen. In dem Maße, in dem dies gelingt, werden die Sektorenauftraggeber von den „Fesseln“ des Vergaberechts befreit.

Aufgrund dieses Liberalisierungsprozesses bestehen im EU-Vergaberecht zwei Richtlinien: eine für „normale“ Auftraggeber (sog. Vergabekoordinierungsrichtlinie) und eine für Sektorenauftraggeber (sog. Sektorenkoordinierungsrichtlinie). Eine weitere Differenzierung, insbesondere zwischen öffentlichen und privaten Sektorenauftraggebern, gibt es im EU-Vergaberecht nicht.

Bei der Umsetzung der Sektorenkoordinierungsrichtlinie im Jahr 2006 wurde jedoch zwischen öffentlichen und privaten Sektorenauftraggebern unterschieden. Dies war rechtlich zulässig, denn Mitgliedsstaaten dürfen über die Mindestanforderungen einer EU-Richtlinie hinausgehen. Aus dieser Differenzierung entstand aber eine Systematik, die das ohnehin schon komplizierte „Kaskadenprinzip“ des Vergaberechts noch einmal überbot.

Dies betraf vor allem die zulässige Verfahrensart. Während private Sektorenauftraggeber zwischen Offenem Verfahren, Nichtoffenem Verfahren und Verhandlungsverfahren stets frei wählen durften, wie es die vierten Abschnitte von VOB/A und VOL/A vorsehen, mussten etwa die Stadtwerke nach ihrer jeweiligen Tätigkeit differenzieren. Sie konnten sich die Verfahrensart nur in den Bereichen Strom, Gas und Fernwärme sowie Flughäfen frei aussuchen. In den Bereichen Trinkwasser, Häfen und ÖPNV galt jedoch der Vorrang des Offenen Verfahrens (dritte Abschnitte der VOB/A und VOL/A). Dieser führt dazu, dass sie ein Nichtoffenes Verfahren und erst recht ein Verhandlungsverfahren stets besonders begründen mussten und Gefahr liefen, dass diese Begründung der Nachprüfung nicht standhielt.

Diese Differenzierung für öffentliche Sektorenauftraggeber stieß in der Praxis auf erhebliche Probleme, insbesondere wenn mehrere Sektorenbereiche gleichzeitig betroffen waren. Zudem ging diese Differenzierung über die Mindestvorgaben der Sektorenkoor-

dinierungsrichtlinie hinaus, war also freiwillig. Daher entschloss sich die Bundesregierung, im Rahmen der Modernisierung des Vergaberechts die Sektorenregelungen auf die Mindestvorgaben dieser Richtlinie zurückzusetzen.

Der Entwurf der SektVO differenziert nicht mehr zwischen öffentlichen und privaten Sektorenauftraggebern. Stattdessen gelten für alle Sektorenauftraggeber die gleichen Voraussetzungen. Wichtigste Folge dieser Gleichbehandlung ist, dass nun alle Sektorenauftraggeber uneingeschränkt zwischen den Verfahrensarten wählen dürfen. Gerade für Stadtwerke fällt dadurch eine – fehleranfällige – Prüfungsebene in der Vorbereitung eines Vergabeverfahrens weg.

Zudem verkleinert sich auch der Umfang der VgV, der VOB/A und der VOL/A erheblich, die nun nur noch für „normale“ Auftraggeber gelten. Schließlich übernimmt der Entwurf der SektVO auch neue elektronische Verfahren sowie ein Verfahren, das die Sektorenauftraggeber vom Vergaberecht befreit, wenn in einem Bereich tatsächlich Wettbewerb herrscht. Der Bundesrat wird am 10. Juli über die SektVO beraten. Sofern er sie ohne Maßgaben billigt, kann sie bereits im August in Kraft treten. Die Rückbesinnung auf die EU-Mindestanforderungen verhindert, dass etwa deutsche Stadtwerke gegenüber ähnlichen Institutionen anderer Mitgliedsstaaten benachteiligt werden.

\* Dr. Ute Jasper ist Partnerin, Jan Seidel ist Rechtsanwalt im Düsseldorfer Büro der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek.