
Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014) – (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergModG)

I. Vorbemerkungen

1. Allgemeines

Die Ziele der EU-Vergaberichtlinien – Vereinfachung der Vergabeverfahren, besserer Zugang für kleinere und mittlere Unternehmen, stärkere Berücksichtigung strategischer Ziele – haben schon bei der Formulierung der Richtlinien ihre Widersprüchlichkeit zutage treten lassen. Der nationale Gesetzgeber ist daher in diesem Zielkonflikt gefangen. Dennoch sollte geprüft werden, welche Spielräume die Richtlinien eröffnen und wie diese zugunsten einer Vereinfachung genutzt werden können. Denn das Vergaberecht ist sowohl bei öffentlichen Auftraggebern als auch bei Bietern als kompliziert und komplex bekannt.

2. Struktur der Umsetzung

Die Rechtsetzungstechnik im neuen Teil 4 des GWB, indem Gemeinsamkeiten aus den Richtlinien klassisch, DL-Konzession und Sektoren weitest möglich „vor die Klammer“ gezogen werden, verbessert die Übersichtlichkeit und Handhabung durch die Anwender.

Die Systematik im Bereich der Eignung mit Blick auf die Ausschlussgründe einerseits sowie individuelle Vorgaben zu Befähigung/Erlaubnis Berufsausübung, wirtschaftliche/technische Leistungsfähigkeit, technische/berufliche Leistungsfähigkeit andererseits ist nachvollziehbar und ist insgesamt klarer.

Gleiches gilt für die Systematik der obligatorischen/fakultativen Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten in den verschiedenen Verfahrensstadien.

Die Aufnahme wesentlicher Grundsätze des Vergaberechts in das GWB – z. B. der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, § 97 Abs. 1, die Definition der Leistungsbeschreibung in § 121 GWB – betont noch einmal die Bedeutung dieser Aspekte eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens.

Die Einbettung von VOF und VOL/A EG in das GWB ist sinnvoll und trägt zur Übersichtlichkeit der Regelungen im Vergaberecht bei.

3. E-Rechnung

Der vorgelegte Referentenentwurf leitet eine umfassende Novellierung der vergaberechtlichen Vorschriften im deutschen Recht ein. Es wäre sehr wünschenswert, wenn dabei auch schon grundlegende Regelungen zur elektronischen Rechnung im öffentlichen Auftragswesen berücksichtigt würden. Ansonsten besteht die Gefahr, dass das GWB, kaum dass es in Kraft getreten ist, bereits wieder geändert werden muss. Zumindest sollte in der Begründung die anstehende zusätzliche elektronische Herausforderung erwähnt werden.

II. Zu den einzelnen Vorschriften

1. § 97

a) Abs. 1

Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit ist einer der wesentlichen Aspekte öffentlicher Beschaffung, denn es geht um den möglichst effizienten Einsatz von Steuermitteln. Die Betonung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist ebenfalls zu begrüßen, weil er sich als ein weiterer „roter Faden“ durch das gesamte Vergabeverfahren ziehen sollte.

b) Abs. 3

Eine Regelung in den EU-Vergaberichtlinien, die eine solch umfassende Verpflichtung zur Berücksichtigung strategischer Ziele im Vergaberecht enthalten, ist nach unserer Auffassung nicht vorhanden: sowohl Art. 18 Abs. 2 als auch Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU beziehen sich nur auf die Auftragsausführung. Ist der Wortlaut so zu verstehen, dass die strategischen Ziele nur „nach Maßgabe dieses Teils“ berücksichtigt werden dürfen, schlagen wir eine Umstellung des Satzes vor: „Soziale und umweltbezogene Aspekte sowie Aspekte der Qualität und der Innovation werden nach Maßgabe dieses Teils bei der Vergabe berücksichtigt.“

c) Abs. 4

Die Beibehaltung der bisher im GWB vorhandenen Regelung zur Beachtung mittelständischer Interessen unterstützen wir.

d) Abs. 5

Die Regelung zu elektronischen Vergabeverfahren wird nachdrücklich unterstützt. Da mit der Modernisierung des Vergaberechts eine tatsächliche Vereinfachung von Vergabeverfahren eher nicht erreicht wird, müssen systemische Möglichkeiten der Kosteneinsparungen sowohl bei den öffentlichen Auftraggebern als auch bei den Unternehmen genutzt werden. Voraussetzung für eine breite Anwendung ist jedoch, dass die verschiedenen E-Vergabesysteme kompatibel (xVergabe)

werden. Nur dann kann die E-Vergabe auch schnell unterhalb der EU-Schwellenwerte breite Akzeptanz finden.

2. § 100 Abs. 1 Nr. 1

Die Formulierung muss lauten „soweit sie eine Sektorentätigkeit ... ausüben“; andernfalls bestünde die Gefahr, dass jeder klassische öffentliche Auftraggeber, der erstmalig eine Sektorentätigkeit ausübt, generell als Sektorenauftraggeber eingestuft würde.

3. § 101

a) Abs. 1 Nr. 1

Aus Gründen der Kohärenz mit anderen Regelungen sollte eingefügt werden „eine Konzession i.S.d. § 105“.

b) Abs. 2

Hier scheint eine doppelte Verweisung vorzuliegen, die aufgelöst werden könnte durch den Hinweis in Abs. 1 Ziff. 3 lit. b) „... einen beherrschenden Einfluss *im Sinne des § 100 Abs. 3* ausüben können.“

4. § 103

Die Nennung der Rahmenvereinbarung in der Überschrift und ihre Definition in Abs. 5 halten wir nicht für den richtigen Standort, denn Rahmenvereinbarungen sind öffentliche Aufträge. Ihre Besonderheiten sollten daher in § 120 erwähnt werden.

5. § 106

Die Aufnahme der Regelung zu den Schwellenwerten ins GWB halten wir für sinnvoll.

6. § 107 Abs. 1 Nr. 4

Mit dieser 1:1-Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU wird der „Schwarze Peter“ an die Bundesländer geschoben, die ihrerseits entscheiden müssen, wie sie zukünftig die Rettungsdienste gesetzlich regeln wollen. Es wäre nach unserer Auffassung durchaus möglich, die Regelrettungsdienste, also diejenigen, die außerhalb des Katastrophenschutzes erbracht werden und die nicht reine Krankentransporte sind, auch weiterhin dem Wettbewerb zugänglich zu machen. Insofern sehen wir die Gesetzesbegründung in diesem Aspekt als zu einschränkend an. Mit Vergabeverfahren für die Erbringung von Regelrettungsdiensten würde auch einem Wunsch der Krankenkassen entsprochen, durch Wettbewerb wirtschaftliche Leistungen zu erhalten.

Die jahrelangen Erfahrungen in den Bundesländern, die zur Leistung von Rettungsdiensten wettbewerbliche Verfahren durchgeführt haben, sind durchweg positiv. Mit der nun vorgesehenen Umsetzung wird ein funktionierender Markt ohne Not gemeinnützigen Organisationen vorbehalten und Unternehmen ihr Tätigkeitsfeld entscheidend beschnitten.

Die Gesetzesbegründung scheint davon auszugehen, dass trotz des Vorbehalts für die gemeinnützigen Organisationen ein Vergabeverfahren stattfinden muss, zumindest aber die Grundanforderungen an Wettbewerb, Transparenz und Nichtdiskriminierung erfüllt werden müssen. Fraglich erscheint, ob dann nur Wettbewerb unter den gemeinnützigen Organisationen hergestellt werden muss.

7. § 108

a) Abs. 1 Ziff. 3

Zur besseren Lesbarkeit schlagen wir vor, das Semikolon durch einen Punkt zu ersetzen. Das würde eine Verweisungsänderung in Abs. 4 Ziff. 3 zur Folge haben.

b) Abs. 3

Die ohnehin extrem kommunalfreundliche Ausgestaltung der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit darf nicht durch eine weite Auslegung z. B. der direkten privaten Kapitalbeteiligung ausgedehnt werden.

8. § 113

Hier sollte nach unserer Auffassung eine Ermächtigung zur Regelung der E-Rechnung aufgenommen werden.

9. § 114

Die Pflicht zur Führung einer Statistik über alle Vergabeverfahren ist notwendig, um endlich eine Basis für rechtliche und tatsächliche Initiativen zu erhalten. Zudem ergibt sich daraus eine belastbare Basis für die Diskussion mit der EU-Kommission über die angeblich zu niedrige Zahl von Ausschreibungsverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte in Deutschland. Notwendig wären Angaben zu dem Veröffentlichungsmedium, dem Auftragswert und der Vergabeart.

10. § 119

Eine Priorität des offenen Verfahrens – wie bisher – im deutschen Recht ist nicht mehr zwingend notwendig, denn das nichtoffene Verfahren setzt immer einen Teilnahmewettbewerb voraus. Dies

käme den Bietern insofern entgegen, als sie weniger Aufwand für ein Angebot treiben müssen und sich die Chance auf den Auftrag erhöht.

11. § 121

Wie bereits unter I. 2. erwähnt, begrüßen wir die Aufnahme der Leistungsbeschreibung ins GWB, weil sie der wesentliche Teil jedes Vergabeverfahrens ist.

12. § 122

a) Abs. 2

Die Ausfüllung der Eignung mit den Kriterien „Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung“, „wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit“ sowie „technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ sind für einen seriösen Bieter bedenkenlos und sichern in der Sache einen fairen Wettbewerb.

Die Definition der Eignung ist klar, insbesondere lässt sie nicht zu, dass strategische Ziele in die Festlegung der Eignungskriterien einfließen können. Insofern ist auch der Wegfall der Gesetzestreue sinnvoll. Insgesamt führt diese Klarstellung hoffentlich in der Praxis dazu, dass dadurch dem überbordenden Abfordern von Nachweisen Einhalt geboten wird.

b) Abs. 3

Der Verweis auf Präqualifizierungssysteme enthält keine Ausführungen, wie sie in Art. 59 Abs. 5 bzw. in Art. 64 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU enthalten sind. Dies wäre aber für die Entbürokratisierung, wie sie Präqualifizierungssysteme für beide Beteiligte an Vergabeverfahren mit sich bringen, sinnvoll.

c) Abs. 4

Die Anforderung der Auftragsbezogenheit der Eignungskriterien ist ein wichtiger und notwendiger Hinweis. Gleiches gilt für die Verhältnismäßigkeit der Eignungsanforderungen, die der öffentliche Auftraggeber festlegt. Wir vermissen hier einen Hinweis auf die Einheitliche Europäische Eigenerklärung. Denn sie ist ein gutes Instrument, sowohl für die Unternehmen als auch für die Vergabestellen, den Zeit- und Kostenaufwand für Nachweise erheblich zu reduzieren.

13. § 124

a) Ziff. 1

Die Voraussetzung „bei der Ausführung öffentlicher Aufträge“ ist eine richtige Beschränkung auf die für Vergabeverfahren relevanten Verstöße.

b) Ziff. 4

Die Frage, ob „hinreichende Anhaltspunkte“ für einen Ausschluss vorliegen, geben dem öffentlichen Auftraggeber einen weiten, im Zweifel sogar subjektiven Spielraum für seine Entscheidung.

14. § 125

Grundsätzlich unterstützen wir die Regelung zur Selbstreinigung. Nach Abs. 1 Ziff. 1 ist jedoch nicht erkennbar, ob zu dem dort erwähnten Schadensersatz auch die Zahlungen gehören sollen, die z. B. Unternehmen von Kartellanten fordern, weil durch Preisabsprachen unzulässig hohe Preise gezahlt werden mussten. Denn in diesen Fällen kann der Schaden häufig noch gar nicht beziffert werden, und die Kausalität ist ebenfalls strittig. Da hierzu klarstellende Regelungen durch die Umsetzung der Schadensersatzklagenrichtlinie ausstehen, sollte geprüft werden, inwieweit auf dort geplante Einzelheiten zumindest in der Begründung Bezug genommen werden kann.

15. § 127

a) Abs. 1

Bei der bisherigen Regelung in § 21 VOL/A EG klafften Anspruch und Wirklichkeit erheblich auseinander: Der Preis ist bei vielen Vergaben das Maß aller Dinge, was bei leeren Haushaltskassen auch nicht verwundert. Insofern begrüßen wir die verpflichtende Regelung im GWB zum Zuschlag auf „das wirtschaftlichste Angebot“, weil nunmehr eine gesetzliche Vorschrift geschaffen wird. Bei Satz 3 sollte geprüft werden, ob nicht das „können“ durch ein „müssen“ ersetzt werden sollte, um die Bedeutung der Wirtschaftlichkeit noch stärker zu betonen.

Wir sehen die Gefahr, dass es durch die gleichen Kriterien in § 127 Abs. 1 und in § 128 Abs. 2 zu einer erheblichen Zunahme an zusätzlichen Anforderungen an die Bieter kommt, was umweltbezogene oder soziale Aspekte angeht.

Die nähere Bestimmung, was an Kriterien berücksichtigt werden kann und soll, soll wohl in der VgV erfolgen; ob diese Teilung sinnvoll ist, erscheint fraglich.

b) Abs. 3

Die Verknüpfung mit dem Auftragsgegenstand ist wichtig, um einem eventuellen Wildwuchs an Forderungen zu begegnen. Allerdings ist die Formulierung „müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen“ so abstrakt, dass sich ein weiterer Anwendungsbereich denken lässt. Denn die Anforderungen an Nachweise zum Produktionsprozess bzw. der Lieferkette überfordern insbesondere kleine und mittlere Unternehmen völlig.

c) Abs. 4

Die Forderung, dass „eine wirksame Überprüfung möglich ist“, ist ein gutes Mittel, um überbordende Vorstellungen, was als Zuschlagskriterium erfüllt sein sollte, einzudämmen. Diese Einschränkung ist wichtig.

16. § 128

Für Abs. 2 S. 1 halten wir es für notwendig, eine Einschränkung wie in § 127 Abs. 4 vorzusehen: „... sofern diese mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen *und eine wirksame Überprüfung möglich ist.*“

Die Evaluierung einiger Landesvergabegesetze, insbesondere das in Nordrhein-Westfalen, hat gezeigt, dass die Befrachtung des Vergaberechts mit strategischen Zielen sowohl für die öffentlichen Auftraggeber als auch für die Bieter erheblichen Mehraufwand bedeutet, die Vergaben teuer macht und vor allem die Teilnahme von Bietern nicht befördert.

17. § 129

Wir schlagen vor, § 129 zu streichen. Denn die Zersplitterung der Vergabelandschaft hat sich zu einem grundlegenden Wettbewerbshindernis entwickelt. Die Evaluierungen einiger Landesvergabegesetze hat gezeigt, dass die zunehmende Belastung von Vergabeverfahren mit stragischen Zielen – früher: vergabefremde Aspekte – nur dazu führt, dass weniger Unternehmen öffentliche Aufträge interessant finden, somit faktisch weniger Wettbewerb stattfindet, und die Auftragsvergaben teurer werden, weil der bürokratische Aufwand für die Unternehmen steigt.

Mindestens sollte § 129 als Abs. 3 dem § 128 angefügt werden, um seine Bedeutung nicht über Gebühr zu betonen.

18. § 130

Die Umsetzung des Art. 76 der Richtlinie 2014/24/EU halten wir für sinnvoll, weil so ausreichend Wettbewerb und Transparenz hergestellt werden.

19. § 132

Der Unterschied zwischen den beiden Regelungen in Abs. 2 Nr. 2 u. 3 einer „Änderung“ eines öffentlichen Auftrags erschließt sich nicht. Sollen von Ziff. 2 zusätzliche Leistungen erfasst sein, von Ziff. 3 dagegen geänderte Leistungen, die eine vertraglich vorgesehene Leistung ersetzen? Ist Ziff. 2 auch dann anwendbar, wenn – argumentum e contrario – der Auftraggeber die zusätzliche Leistung hätte vorhersehen können, hätte er nur die gebotene Sorgfalt walten lassen? In ihrer jetzigen Form werden die Regelungen Irritationen bei der praktischen Anwendung hervorrufen.

20. § 134

Nichtelektronischer Informationstransfer wird ab Inkrafttreten des Gesetzes bzw. nach Ablauf der Umsetzungsfristen nicht mehr statthaft sein. Insofern führt die Formulierung, wonach nach wie vor Brief- oder Faxverkehr bei der vorlaufenden Information der nicht zum Zuge kommenden Bieter möglich sein soll, in die Irre. Soweit der derzeitige Wortlaut wegen der Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie unabdingbar ist, sollte die Gesetzesbegründung um eine Erläuterung ergänzt werden. Zumindest aber bietet sich die Umkehrung des derzeitigen Regel-/Ausnahmeverhältnisses Brief/Email in Email/Brief an.

21. § 141

Gemäß der Systematik in §§ 119, 120 GWB-E müsste die Regelung in Abs. 3 eigenständig als § 142 gefasst und unter die Überschrift „Besondere Methoden und Instrumente im Vergabeverfahren“ gestellt werden.

22. § 160

Die Novellierung der Regelungen schafft mehr Rechtssicherheit und ist daher zu begrüßen.

23. § 182

a) Abs. 1

Warum wird auf eine konkrete Fassung des Verwaltungskostengesetzes verwiesen, was in § 128 Abs. 1 GWB bisher nicht erfolgte?

b) Abs. 4

Die Regelung, dass auch die Entscheidung über die notwendigen Aufwendungen ins billige Ermessen der Vergabekammer gestellt wird, unterstützen wir. Damit wird verhindert, dass der Antragsteller in den Fällen, in denen er erst mithilfe der Vergabeakten den Verlauf des Vergabeverfahrens ausreichend rekonstruieren kann, Gefahr läuft, sämtliche Kosten und Aufwendungen tragen zu müssen, wenn er erst danach seinen Nachprüfungsantrag zurücknimmt.

Ansprechpartnerin: Annette Karstedt-Meierrieks

Tel.: 0307203082706

E-Mail: karstedt-meierrieks.annette@dihk.de