



**ZENTRALVERBAND
DEUTSCHES
BAUGEWERBE** **ZDB**

**Stellungnahme
des Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes e. V. (ZDB)
zum
Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über
die öffentliche Auftragsvergabe
KOM (2011) 896/2**

4. April 2012

I. Vorbemerkungen

Wir begrüßen die Ziele der Vereinfachung der öffentlichen Auftragsvergabe sowie der Verbesserung des Zugangs zu öffentlichen Aufträgen insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen.

Wir weisen jedoch darauf hin, dass die in immer kürzeren Zeitabständen vorgenommenen gesetzlichen Änderungen sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene zu einer erheblichen Unsicherheit der am Beschaffungswesen Beteiligten führen. Die Vielzahl der vergaberechtlichen Änderungen ist weder für die öffentlichen Auftraggeber noch für die Bieter nachzuvollziehen. Auf beiden Seiten ist ein erheblicher Aufwand erforderlich, um mit den Änderungen Schritt zu halten und diese in der Praxis anzuwenden.

Vor diesem Hintergrund fordern wir, dass Änderungen des europäischen Vergaberechts nur dort vorgenommen werden, wo sie zwingend notwendig erscheinen. Dieses Ziel sowie die Verbesserung der Teilnahme für kleine und mittlere Unternehmen an öffentlichen Vergabeverfahren wird durch den Richtlinienvorschlag der Kommission nach unserer Einschätzung im Ergebnis nicht erreicht.

Der Zentralverband des Deutschen Baugewerbes vertritt als größter Branchenverband rund 35.000 mittelständische Bauunternehmen. Wir repräsentieren das gesamte Spektrum des Baugewerbes: Vom Hochbau, Straßen- und Tiefbau bis zum Ausbau. Dazu gehören u.a. Fliesenleger, Zimmerer, Brunnenbauer, Spezialtiefbauer, Estrichleger sowie Firmen, die von der Projektentwicklung über den Schlüsselfertigbau bis hin zum Facility Management alle Dienstleistungen anbieten sowie komplette ÖPP-Projekte abwickeln. Unter dem Dach des ZDB sind sowohl handwerklich geprägte, inhabergeführte kleinere Unternehmen sowie große Mittelständler versammelt.

II. Anmerkungen zum Kommissionsvorschlag

1. Vereinfachung vs. strategische Vergabe

Mit dem Vorschlag soll einerseits die Effizienz der Auftragsvergabe durch Vereinfachung und Flexibilisierung der bestehenden Vorschriften verbessert werden. Andererseits soll den öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit eingeräumt werden, gesellschaftliche Ziele, wie z. B. Umweltschutz, soziale Aspekte oder Innovationsförderung, in die Vergabeentscheidung mit einzubeziehen.

Die Einführung bzw. Ausweitung der sog. vergabefremden Kriterien führt jedoch zu einer weiteren Verkomplizierung der öffentlichen Auftragsvergabe und steht damit dem Ziel der Vereinfachung entgegen. Hinzu kommt, dass komplizierte Vergabevorschriften in der Praxis häufig zu einer Benachteiligung gerade von KMU führen.

Schon heute ist es den öffentlichen Auftraggebern auf der Grundlage des geltenden Vergaberechts möglich, Umwelt-, soziale und Innovationsaspekte zu berücksichtigen, soweit sie in einem Zusammenhang mit dem konkreten Auftragsgegenstand stehen.

Wir fordern daher eine strikte Begrenzung vergabefremder Kriterien auf auftragsbezogene Aspekte. Gerade aus Sicht der mittelständischen Bauwirtschaft darf das Vergaberecht nicht mit allgemeinpolitischen Zielen überfrachtet werden.

2. Zulassung von Nebenangeboten statt Innovationspartnerschaft (Art. 43, 29)

Die Möglichkeit, Varianten bzw. Nebenangebote einzureichen, spielt bei Bauvergaben, namentlich bei Ingenieurbauvorhaben, eine eminent wichtige Rolle. Aus diesem Grund ist es für uns nicht nachvollziehbar, weswegen die Kommission in **Art. 43 Nr. 1** vorschlägt, dass bei fehlender Angabe durch den öffentlichen Auftraggeber Varianten nicht zugelassen sein sollen.

Diese Regelung, nach der Varianten nur dann zugelassen sind, wenn der öffentliche Auftraggeber dies ausdrücklich angibt, stellt für den Bereich der Bauvergaben eine veritable Innovationsbremse dar. In den Unternehmen der Bauwirtschaft liegt ein erhebliches Innovationspotential, das durch eine einfache Regelung, wie sie das deutsche Vergaberecht kennt, mit minimalem Aufwand optimal gehoben werden kann. Die Regelung muss schlicht lauten, dass Nebenangebote grundsätzlich zugelassen sind, es sei denn, der öffentliche Auftraggeber hat dies ausdrücklich ausgeschlossen.

Bei der ganz überwiegenden Zahl der Ingenieurbauwerke werden nach der geltenden deutschen Regelung Innovationen in erheblichem Umfang in die Vergabeverfahren eingebracht. Dieses Innovationspotential wird durch den Vorschlag der Kommission ausgeschlossen, da im Fall einer fehlenden Willensbekundung des öffentlichen Auftraggebers, Nebenangebote nicht zugelassen sind.

Stattdessen sieht der Vorschlag der Kommission in **Art. 29** die Einführung eines neuen Vergabeverfahrens, die sog. „Innovationspartnerschaft“ vor. Dieses

komplizierte Verfahren, das in seiner Struktur an den wettbewerblichen Dialog erinnert, ist nach unserer Überzeugung überflüssig, wenn man unseren Vorschlag aufgreift und Nebenangebote grundsätzlich zulässt. Hierdurch könnte auf wesentlich einfachere Weise in der Praxis ein deutliches Mehr an Innovationsförderung erzielt werden.

Im Ergebnis bedeuten der Ausschluss von Nebenangeboten bei fehlender Zulassung durch den Auftraggeber und die Einführung eines neuen, komplizierten Verfahrens zur Innovationsförderung („Innovationspartnerschaft“) unnötige Bürokratie, die Innovationen verhindert.

3. Nebenangebote nicht nur bei wirtschaftlich günstigstem Angebot (Art. 43)

Nach derzeit geltendem europäischen Vergaberecht wird die Auffassung vertreten, Varianten seien nur bei Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots als Zuschlagskriterium zulässig. Diese Auffassung hat infolge der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Berücksichtigung von Nebenangeboten geführt, bei denen der günstigste Preis das alleinige Zuschlagskriterium ist. Andere Oberlandesgerichte (Schleswig) beurteilen die Rechtslage anders. Diesen divergierenden Urteilen zu der für die Bauwirtschaft wichtigen Frage würde durch eine Klarstellung in der Richtlinie, wie sie im Vorschlag der Kommission in **Art. 43** vorgesehen ist, der Boden entzogen. Dies begrüßen wir ausdrücklich, da dies angesichts der großen Bedeutung von Nebenangeboten bei Bauvergaben einen erheblichen Vorteil mit Blick auf die Berücksichtigung innovativer Vorschläge bedeuten würde.

4. Stärkung der Losvergabe (Art. 44)

Zur Verbesserung der Teilnahme von KMU an öffentlichen Beschaffungen begrüßen wir die in **Art. 44** vorgesehene Möglichkeit der Unterteilung in Lose. Auch wenn die vorgesehene Begründungspflicht bezüglich der Gesamtvergabe einen guten Ansatz darstellt, würden wir eine deutlichere Akzentuierung hin zu einem Regel- (Losvergabe) Ausnahme- (Gesamtvergabe) Verhältnis befürworten, wie sie in § 97 Abs. 3 Satz 2 und 3 GWB normiert ist.

5. Elektronische Vergabe (Art. 19)

Die in **Art. 19 Nr. 7** normierte Vorgabe, spätestens zwei Jahre nach Umsetzung der Vorschriften durch die Mitgliedstaaten (30. Juni 2014, vgl. Art. 92 Nr. 1) alle Vergabeverfahren elektronisch durchzuführen, halten wir gerade mit Blick auf die Beteiligung kleiner und mittlerer Bauunternehmen an der Vergabe öffentlicher Bauaufträge für zu kurz bemessen. Darüber hinaus sollte es unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität den Mitgliedstaaten vorbehalten bleiben, den Zeitpunkt festzulegen, ab dem Vergabeverfahren ausschließlich elektronisch durchgeführt werden.

6. Verhandlungsverfahren (Art. 24)

Die grundsätzliche Tendenz des Entwurfs, den Anwendungsbereich des Verhandlungsverfahrens auszudehnen, sehen wir kritisch. Insbesondere den Vorschlag in **Art. 24 Nr. 1 a)**, nach dem die öffentlichen Auftraggeber auf ein Verhandlungsverfahren oder den wettbewerblichen Dialog zurückgreifen können, wenn der entsprechende Bauauftrag sowohl die Planung als auch die Ausführung der Bauarbeiten zum Gegenstand hat, lehnen wir ab.

Dieser Vorschlag würde einen Anreiz für die öffentlichen Auftraggeber bieten, zur Vermeidung offener und nicht offener Verfahren Planung und Bauausführung künftig häufiger gemeinsam auszuschreiben. Diese drohende Umgehung der formalisierten Vergabeverfahren lehnen wir insbesondere wegen der damit verbundenen Benachteiligung kleiner und mittlerer Bauunternehmen ab. Diese verfügen in den seltensten Fällen über die Möglichkeit, neben der Bauausführung auch Planungsleistungen zu übernehmen.

7. Eigenerklärungen / PQ Bau (Art. 57)

Die Vorschläge zur Berücksichtigung von Eigenerklärungen, **Art. 57**, begrüßen wir. Danach werden vorrangig Eigenerklärungen der Bieter akzeptiert, die vor Auftragsvergabe von dem für den Zuschlag vorgesehenen Bieter durch die entsprechenden Bescheinigungen zu verifizieren sind. Dieser Ansatz zum Bürokratieabbau hat sich im deutschen Vergaberecht bewährt.

Auf einen kritischen Aspekt möchten wir in diesem Zusammenhang dennoch hinweisen. **Art. 57 Nr. 3 Abs. 2** sieht vor, dass Bescheinigungen gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich eine Gültigkeit von vier Jahren haben sollen. Hier muss darauf geachtet werden, dass keine negativen Auswirkungen auf das deutsche Präqualifizierungsverfahren Bau zu befürchten sind.

8. Europäischer Vergabepass / PQ Bau (Art. 59)

Art. 59 sieht einen Europäischen Pass für die Auftragsvergabe vor. Wir bezweifeln, dass es sinnvoll ist, einen solchen Pass auf europäischer Ebene neu einzuführen. Effizienter wäre es, für die gegenseitige Anerkennung der bereits in vielen Mitgliedstaaten existierenden Präqualifikationssysteme Sorge zu tragen.

Wir geben insbesondere zu bedenken, dass durch das Instrument eines Europäischen Vergabepasses das deutsche PQ-System Bau nicht in Mitleidenschaft gezogen werden darf. Kritisch sehen wir diesbezüglich insbesondere die Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an die Kommission, durch die diese den näheren Inhalt des Europäischen Vergabepasses bestimmen kann. Hier können künftig Konflikte mit den mitgliedstaatlichen PQ-Systemen drohen.

9. Zusätzliche Bescheinigungen / PQ Bau (Art. 63)

Art. 63 Nr. 5 sieht vor, dass hinsichtlich der Zahlung von Sozialbeiträgen, Steuern und Abgaben von jedem durch ein nationales Präqualifizierungsverfahren zertifizierten Unternehmen eine zusätzliche Bescheinigung verlangt werden kann.

Durch diesen Vorschlag werden die in den Mitgliedstaaten in der Praxis gut funktionierenden Präqualifizierungssysteme gefährdet. Müssten Bauunternehmen im Zweifel auf Nachfrage des Auftraggebers bei jedem Vergabeverfahren separate Bescheinigungen zur Zahlung von Sozialbeiträgen, Steuern und Abgaben vorlegen, würde der Sinn der nationalen Präqualifizierungssysteme, wie das PQ-Verfahren Bau in Deutschland, ernsthaft in Frage gestellt.

10. Neuvergabe bei wesentlicher Änderung (Art. 72)

Art. 72 Nr. 1 regelt, dass eine wesentliche Änderung der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrages während seiner Laufzeit als Neuvergabe gilt und die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens erfordert. Nach **Art. 72 Nr. 4** bedeutet eine Änderung von 5 % und mehr des ursprünglichen Auftragspreises eine wesentliche Änderung in diesem Sinne. Mehrere aufeinanderfolgende Änderungen sollen hierbei addiert werden.

Diese Regelung würde im Bereich der Bauvergaben in der Praxis zu einer Flut von Neuausschreibungen führen. Dies kann im Interesse einer effizienten und zügigen Abwicklung öffentlicher Bauaufträge nicht gewollt sein.

11. Hedging (Art. 70)

Art. 70 Satz 2 sieht vor, dass öffentliche Auftraggeber vorgeben können, dass Wirtschaftsteilnehmer einen Ausgleich für das Risiko von Preiserhöhungen infolge von Preisschwankungen (Hedging) vorsehen, die die Auftragsausführung wesentlich beeinträchtigen können.

Aus langjährigen Erfahrungen der Bauwirtschaft mit dem Thema Preisschwankungen (z. B. Stahlpreis) ist festzustellen, dass zumindest für die Bauwirtschaft das vorgeschlagene Instrument des Hedging unpraktikabel ist. Dies gilt in besonderem Maße für kleine und mittlere Betriebe, denen derartige Finanzprodukte nicht zur Verfügung stehen. Zur Lösung des Problems Preisschwankungen haben sich in der Bauwirtschaft Preisgleitklauseln bewährt.

12. Regelungen zur Auftragsausführung (Art. 70-73)

Die in den **Art. 70 -73** vorgeschlagenen Regelungen betreffen die Vertragsausführung nach Auftragserteilung. Es leuchtet nicht ein, weshalb ein Richtlinien-vorschlag, der die Vergabe öffentlicher Aufträge regeln soll, Vorschriften für die Vertragsausführung nach Auftragserteilung treffen soll.

13. Subzentrale öffentliche Auftraggeber (Art. 2)

Der Richtlinienvorschlag der Kommission sieht Ausnahmen hinsichtlich des anzuwendenden Vergaberechts für sog. „subzentrale öffentliche Auftraggeber“ (Art. 2 Abs. 3) vor. In Deutschland würden alle öffentlichen Auftraggeber, abgesehen von den Bundesministerien unter den Begriff der subzentralen öffentlichen Auftraggeber fallen. Dies wären demgemäß die Länder, Kreise, Kommunen, etc.

Es ist nicht einzusehen, weswegen für die ganz überwiegende Zahl der öffentlichen Auftraggeber Erleichterungen bei der Auftragsvergabe vorgesehen werden sollen. Vielmehr stellt sich die grundsätzliche Frage, aus welchem Grund überhaupt Regeln aufgestellt werden, die im Ergebnis nur von einem Bruchteil der öffentlichen Auftraggeber, nämlich den Bundesministerien, angewandt werden müssen. Mit der gleichen Berechtigung könnte von der Bieterseite verlangt werden, dass für kleine und mittlere Unternehmen Verfahrenserleichterungen vorgesehen werden. Dies sieht der Vorschlag nicht vor.

Die bisherige Orientierung der vergaberechtlichen Regelungen am Volumen des Beschaffungsvorganges (Ober-/Unterswellenbereich) ist insoweit sinnvoll und ausreichend.

14. Keine bieterbezogenen Zuschlagskriterien (Art. 66)

Der Vorschlag zu den Zuschlagskriterien, **Art. 66 Nr. 2 b)**, ist praxisfern. Die Regelung gibt vor, dass im Rahmen der Zuschlagskriterien u. a. die Organisation, Qualifizierung und Erfahrung des mit der Auftragsausführung betrauten Personals mit der Folge berücksichtigt werden kann, dass dieses Personal nach dem Zuschlag nur mit Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers ersetzt werden darf.

In der Baupraxis kann kein Unternehmen für den Bestand seines Personals, insbesondere nicht für dessen fortwährende Zuständigkeit für ein Bauvorhaben, garantieren. Eine solche Regelung würde einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die innerbetriebliche Organisation der Unternehmen darstellen.

Außerdem hat sich die Trennung von bieterbezogenen Eignungskriterien und objektiven Zuschlagskriterien, die sich allein an der Wirtschaftlichkeit eines Angebots orientieren, in der Praxis als sinnvoll erwiesen.

15. Spezifischer Produktionsprozess (Art. 65, 40)

Die Berücksichtigung des spezifischen Produktionsprozesses als Zuschlagskriterium in **Art. 65 Nr. 2b)** lehnen wir ab. Hier droht die Gefahr, dass der Grundsatz des Auftragsbezugs von Vergabekriterien verwässert wird und allgemeine, nicht den spezifischen Auftrag betreffende Kriterien Platz greifen.

Ebenso lehnen wir die in **Art. 40 Nr. 1** angelegte Berücksichtigung spezifischer Produktionsprozesse als technische Spezifikation ab. Dies würde einen tiefgreifenden Eingriff in die innerbetrieblichen Abläufe bedeuten, der nicht gerechtfertigt ist.

16. Keine Bündelung von Nachfragemacht (Art. 31, 35, 37, 38)

Mit Blick auf die Verbesserungen zur Beteiligung von KMU kontraproduktiv sind nach unserer Auffassung all jene Vorschriften, die auf eine Zentralisierung der Nachfrage zielen (**Art. 31**: Rahmenvereinbarungen, **Art. 35**: zentrale Beschaffungsstellen, **Art. 37**: gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe und **Art. 38**: gemeinsame Auftragsvergabe durch öffentlichen Auftraggeber aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten). Durch eine solche Bündelung von Nachfragemacht wird die Verbesserung der Teilnahmemöglichkeiten für KMU konterkariert, da sich der Anbietermarkt infolge der Zentralisierung auf wenige große Unternehmen reduziert. Kleine und mittlere Unternehmen haben unter diesen Bedingungen sehr großer Auftragsvolumina kaum noch Chancen, Aufträge zu erhalten. Der öffentliche Auftraggeber begibt sich auf der anderen Seite in die Abhängigkeit weniger großer Anbieter. Dies hat regelmäßig Preissteigerungen zur Folge. Aus diesen Gründen lehnen wir die Vorschriften, die auf eine Zentralisierung der Nachfrage zielen, ab.

17. Ungewöhnlich niedrige Angebote (Art. 69)

Die Voraussetzungen für eine Kostenerläuterung im Rahmen der Überprüfung eines ungewöhnlich niedrigen Angebots halten wir, so wie sie in **Art. 69 Nr. 1 a)** mit Kosten unterhalb von pauschal 50 % unterhalb der Durchschnittskosten der übrigen Angebote angegeben ist, für nicht ausreichend. Hier müssen strengere Vorgaben normiert werden.

18. Fristverkürzung (Art. 24-30)

Die im Vergleich zum geltenden Vergaberecht vorgeschlagene grundsätzliche Verkürzung der Fristen im Rahmen der Vergabeverfahren halten wir für verfehlt. Sowohl die Vorbereitung der Ausschreibung eines Bauauftrages als auch die Angebotserstellung durch die Bieter erfordert ausreichend Zeit. Dies sehen wir durch die in den **Art. 24-30** festgelegten Mindestfristen nicht gewährleistet. Gerade für kleine und mittlere Bauunternehmen stellt sich eine weiter verkürzte Bearbeitungsfrist als schwerwiegendes Hemmnis für die Teilnahme an öffentlichen Bauvergaben dar.

19. Zentrale Aufsichtsstelle (Art. 84)

Die Einrichtung einer einzigen unabhängigen Stelle, der die Aufsicht über alle öffentlichen Auftraggeber hinsichtlich der Einhaltung der europäischen Vergabevorschriften übertragen wird, erscheint uns mit dem Staatsorganisationsrecht der Bundesrepublik Deutschland, insbesondere mit Art. 28 Abs. 2 GG, nicht vereinbar. Die vorgesehenen umfassenden Berichtspflichten deuten zudem auf einen massiven bürokratischen Mehraufwand hin.

III. Fazit

Das Ziel des Richtlinienvorschlags, die Effizienz der Auftragsvergabe durch Vereinfachung und Flexibilisierung der bestehenden Vorschriften zu verbessern, wird nach unserer Einschätzung nicht erreicht, da die vorhandenen positiven Ansätze, wie z. B. die Berücksichtigung von Eigenerklärungen, durch andere Regelungen des Entwurfs, wie z. B. die Berücksichtigung gesellschaftlicher Ziele, wie Umweltschutz, soziale Aspekte oder Innovationsförderung bei der Vergabeentscheidung, konterkariert werden.

Die Einführung bzw. Ausweitung der sog. vergabefremden Kriterien führt zu einer weiteren Verkomplizierung der öffentlichen Auftragsvergabe und steht damit dem Ziel der Vereinfachung entgegen. Hinzu kommt, dass die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte in der Praxis zu einer Benachteiligung gerade von kleinen und mittleren Unternehmen führt.

Aus der Perspektive der Bauwirtschaft ist es darüber hinaus nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen einfache, unbürokratische Regelungen, wie die grundsätzliche Zulassung von Nebenangeboten zur Förderungen von Innovationen, nicht berücksichtigt werden, während auf der anderen Seite dasselbe Ziel durch die Einführung eines neuen, bürokratischen Verfahrens, der sog. „Innovationspartnerschaft“ gefördert werden soll. Dieses Verfahren ist nach unserer Überzeugung überflüssig. Würde man unseren Vorschlag aufgreifen und Nebenangebote grundsätzlich zulassen, könnte auf wesentlich einfachere Weise in der Praxis ein deutliches Mehr an Innovationsförderung erzielt werden.

Zentralverband Deutsches Baugewerbe
Hauptabteilung Recht