



**Wettbewerb,
Öffentliche Aufträge und
Verbraucher**

Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergabe- rechts

Dokumenten Nr.
D 0237

Datum
8. Oktober 2008

Seite
1 von 8

**Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie
am 13.10.2008**

1. Grundsätzlich

Der BDI begrüßt die Absicht der Bundesregierung, das deutsche Vergaberecht mit dem Gesetzentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts zu vereinfachen, zu modernisieren und transparenter und mittelstandsfreundlicher zu gestalten. Besonders positiv ist zu bewerten, dass die Reform im Rahmen des bewährten dreistufigen Systems durchgeführt werden soll. Denn die Einbindung des Vergaberechts in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die Vergabeverordnung und die Vergabe- und Vertrags- bzw. Verdingungsordnungen hat sich in der Praxis bewährt.

Insgesamt wird der nunmehr vorgelegte Entwurf den erklärten Zielen der Bundesregierung jedoch nicht gerecht. Schon im Gesetzestitel ist nur noch von der Modernisierung des Vergaberechts die Rede. Inhaltlich wären Klarheit, Transparenz, Vereinfachung sowie Stärkung des Wettbewerbs gefragt gewesen, um das deutsche Vergaberecht wieder auf das konzentrieren, was es eigentlich ist: ein den öffentlichen Einkauf unterstützendes transparentes Verfahren. Dem stehen mehrere Aspekte des Entwurfs jedoch diametral entgegen.

So führen die Einführung vergabefremder Aspekte zu Bürokratieaufbau, die Verkürzung des Rechtsschutzes oberhalb der EU-Schwellenwerte sowie der Verzicht auf die Einführung eines Rechtsschutzes unterhalb der EU-Schwellenwerte zu weniger Transparenz, und schließlich die Vorschläge zur Ausdehnung des öffentlichen Auftraggeber- und Auftragsbegriffes zu einer Einschränkung des Wettbewerbsprinzips.

**Bundesverband der
Deutschen Industrie e.V.**
Mitgliedsverband BUSINESSEU
ROPE

Telekontakte
T: 030 2028-1512
F: 030 2028-2512

Internet
www.bdi.eu

E-Mail
A.Mundt@bdi.eu

Das reformierte Vergaberecht muss im Interesse aller Beteiligten die Gewähr dafür bieten, einen langfristig stabilen Rechtsrahmen für die Vergabe öffentlicher Aufträge zu schaffen.

Mit Blick auf einige Formulierungen im Entwurf, insbesondere § 97 Abs. 4 GWB und § 99 Abs. 1 Satz 2 GWB, sind zumindest Zweifel dahingehend angebracht, ob sie den europarechtlichen Anforderungen genügen. Der BDI regt daher an, sämtliche Änderungsvorschläge noch einmal auf ihre Europarechtskonformität zu überprüfen.

2. Mittelstandsförderung, § 97 Abs. 3 GWB-E

Auch der BDI setzt sich für die Förderung von kleinen und mittelständischen Unternehmen ein. Ein politischer Programmsatz, der der täglichen Praxis vollkommen zuwider läuft, trägt jedoch nicht im Ergebnis zu einer wirklichen Stärkung des Mittelstandes bei. So führt der vorgeschlagene starre Vorrang der Losaufteilung ohne Flexibilität zu einer gezwungenen Segmentierung öffentlicher Aufträge und in deren Folge sowohl bei Auftraggebern als auch bei Auftragnehmern zu mehr Bürokratie. Mittelstandsfördernd ist die Vorschrift daher nur vordergründig. Darüber hinaus erhöht die vorgeschlagene Regelung den Koordinierungsaufwand für Auftraggeber beträchtlich. Denn sie müssen künftig einheitliche Beschaffungsvorgänge künstlich aufspalten und getrennt voneinander vergeben (Bsp.: Beschaffung von Fenstern müsste künftig in einzelne Gewerke 1. Holz, Alu, Metall Tischler, 2. Glaser, 3. Beschläge) aufgeteilt werden. Dementsprechend wird die Novellierung auch von Teilen der Auftraggeberseite als praxisuntauglich abgelehnt.

Um einerseits der politischen Vorgabe gerecht zu werden, den Mittelstand verstärkt an der Auftragsvergabe teilhaben zu lassen, und andererseits auf die Vergabep Praxis Rücksicht zu nehmen, bietet sich eine Kompromisslösung für § 97 Abs. 3 GWB wie folgt an:

"Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge besonders zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben, soweit dies technisch möglich und wirtschaftlich vertretbar ist."

Unverständlich ist, dass weitere Änderungsvorschläge im Gesetzentwurf die Vorgabe des Koalitionsvertrages, das Vergaberechts mittelstandsfreundlicher auszugestalten, sogar konterkarieren. Zu nennen ist hier die Einführung vergabefremder Aspekte, die Verkürzung des Rechtsschutzes oberhalb der Schwellenwerte, der Verzicht auf einen effektiven Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte und die Herausnahme ganzer Bereiche des Vergaberechts aus dem Anwendungsbereich des 4. Abschnittes des GWB. Im Ergebnis verschlechtert der Gesetzentwurf damit die Stellung kleiner und mittlerer Unternehmen sogar.

3. Vergabefremde Aspekte, § 97 Abs. 4 GWB

Der BDI hat sich in der Vergangenheit immer wieder mit Nachdruck gegen die Einführung zusätzlicher Kriterien ausgesprochen. An den hierfür vorgebrachten Argumenten hat sich bis heute nichts geändert. Vielmehr liegen durch die in den letzten Jahren vermehrt erlassenen landesrechtlichen Regelungen zur Tariftreue jetzt sogar Erfahrungen vor, welche die Befürchtungen und jahrelangen Bedenken der Industrie vollumfänglich bestätigen.

Der Gesetzentwurf eröffnet den Auftraggebern in § 97 Abs. 4 GWB die Möglichkeit, zusätzliche Anforderungen an den Auftragnehmer zu stellen, die soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen. Damit widerspricht er den Vorgaben aus dem Kabinettsbeschluss. Er fördert Bürokratieaufbau und Intransparenz und benachteiligt insbesondere den Mittelstand.

Der Entwurf läuft dem Ziel einer Entbürokratisierung zuwider. Durch die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte entstehen sowohl für die Auftraggeber als auch die Auftragnehmer erhebliche zeitliche und finanzielle Belastungen. Besonders betroffen sind global agierende Unternehmen mit stark untergegliederten Herstellungs-/Produktionsketten, für die der Nachweis der Einhaltung vergabefremde Kriterien nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist.

Die Formulierung des § 97 Abs. 4 GWB steht einer mittelstandsgerechten Ausgestaltung des Vergaberechts und damit den Anforderungen aus dem Koalitionsvertrag und dem Kabinettsbeschluss entgegen. Werden spezifische Ausschreibungskriterien, wie Tariftreue, Frauenförderung, Ausbildung von Lehrlingen oder die Einhaltung von Umweltklauseln, in Form der Anforderungen an Unternehmen in das Vergabeverfahren eingebracht, kann dies den Kreis der leistungsfähigen Bieter erheblich einschränken. Denn es ist nicht zu erwarten, dass Unternehmen ihre Herstellungsverfahren und Produktionsabläufe in Erwartung möglicher öffentlicher Aufträge entsprechend umstellen. Vielmehr werden sich Unternehmen aus dem Beschaffungsmarkt zurückziehen. Dies betrifft insbesondere den Mittelstand.

Mit Blick auf den Aspekt der Forderung von Tariftreueerklärungen ist nach der Entscheidung des EuGH vom 03.04.2008 zur Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Tariftreuregelungen im Niedersächsischen Landesvergabegesetz (Az.: Rs. C-346/06) Vorsicht geboten. Danach steht die Richtlinie zur Entsendung von Arbeitnehmern (RL 96/71/EG) sowie deren Würdigung im Sinne des Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs einer derartigen gesetzlichen Verpflichtung entgegen.

Bei allem Verständnis des BDI für die Verfolgung umwelt- und sozialpolitischer Zwecke darf nicht vergessen werden, dass ihre Verknüpfung mit der Vergabe öffentlicher Aufträge Wettbewerbsverzerrungen Vorschub leistet und dem Prinzip der bestmöglichen Verwendung von Steuergeldern bei der Beschaffung widerspricht.

Wie auch das Gutachten „Öffentliches Auftragswesen“ des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWi vom August 2007 ausdrücklich bestätigt, besteht eine wesentliche Problematik in der Wirkung auf die Wettbewerbsintensität

und auf die Korruptionsanfälligkeit der Vergabe. Denn es besteht ein erhöhtes Missbrauchsrisiko, dass der öffentliche Auftraggeber den bevorzugten Bieter auswählt. Insbesondere die Kombination mehrerer wettbewerbsfremder Aspekte erleichtert die Manipulation. Denn es stellt sich die Frage, ob ein „mehr“ an Umweltkriterien ein „weniger“ an Sozialaspekten aufwiegen kann und wie dies zu werten wäre. Zudem ist die Einhaltung der wettbewerbsfremden Aspekte nicht kontrollierbar, wie die Beispiele aus Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt zeigen, die aus diesem Grund ihre Tariftreuerregelungen nach kurzer Zeit wieder aufgehoben haben.

Hinzu kommt, dass die Kosten für die Erreichung vergabefremder Ziele bei der Einbindung in den öffentlichen Einkauf vollkommen intransparent sind. Transparenz herzustellen, ist jedoch erklärtes Ziel des Gesetzentwurfes.

4. Definition von Inhouse-Vergaben, § 99 Abs. 1 S. 2 GWB

Der Gesetzentwurf sieht die Freistellung interkommunaler Kooperationen vom Vergaberecht unter weniger Voraussetzungen vor, als sie z. B. der EuGH für zulässig erachtet. Die vorgesehene Regelung hätte gravierende Einschnitte zur Folge. Sie würde sich sowohl nachteilig auf die Ausgestaltung öffentlicher Aufgaben als auch auf Beschaffungsvorgänge im Bereich von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen auswirken. Darüber hinaus würde sie zu weiterer Marktabschottung führen (z. B. mittelständische Entsorgungsbranche). Konsequenzen hieraus wären eine ineffiziente Verwendung öffentlicher Finanzmittel und steigende Belastungen der Steuer- und Gebührenzahler.

Der BDI spricht sich daher gegen die vorgeschlagene Regelung aus und fordert stattdessen die Voraussetzungen für einen fairen Wettbewerb zwischen kommunalen und privaten Unternehmen überall dort zu schaffen, wo ein funktionierender Markt besteht oder entstehen kann.

Die vorgeschlagene Formulierung zur Definition von Inhouse-Vergaben in § 99 Abs. 1 Satz 2 GWB erscheint mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH zumindest in Teilen europarechtswidrig. Denn das Kriterium der „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ aus der grundlegenden Teckal-Entscheidung ist nicht übernommen worden. Dass der EuGH für vergabefreie Inhouse-Vergaben an diesem Kriterium nicht mehr festhalten will, geht auch aus jüngst ergangenen Urteilen (z. B. EuGH Rs. C-220/06 vom 18.12.2007) nicht hervor.

Bei Zugrundelegung der vorgeschlagenen Definition wird der Bereich der interkommunalen Zusammenarbeit dem Vergaberecht und damit dem Markt entzogen und eröffnet den Kommunen willkürliche Spielräume. Dadurch wird der Wettbewerb empfindlich beeinträchtigt und der betreffende Markt verengt oder sogar ganz verschlossen – zum Nachteil von öffentlichen Auftraggebern und Bietern.

Es geht hier nicht, wie in der Gesetzesbegründung betont, um die Schaffung neuer Märkte. Vielmehr drängen Gebietskörperschaften und öffentliche Unternehmen zunehmend in bestehende oder erst in den vergangenen Jahren

geöffnete Märkte, wodurch der Wettbewerb verzerrt wird und im Ergebnis eine „Re“-Verstaatlichung und Verdrängung der Privatwirtschaft droht.

Echter Wettbewerb bedeutet demgegenüber, dass zwischen kommunalen Gebietskörperschaften und Privatwirtschaft ein fairer Wettbewerb hergestellt wird. Eine vergaberechtliche Privilegierung interkommunaler Zusammenarbeit steht dem entgegen. Ist ein funktionierender Markt für eine Leistung vorhanden, und besteht kein zwingendes Erfordernis für eine staatliche Erfüllung, ist ein Ausschreibungswettbewerb unerlässlich.

Kommt nach sorgfältiger Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Abwägung der öffentlichen Hand nur eine Eigenrealisierung in Betracht, muss dem Bürger zumindest in transparenter Weise gezeigt werden, dass die Kommune die für ihn bestmögliche Lösung wählt. Eine bloß interne Kommunalkontrolle bietet dagegen kein ausreichendes Korrektiv.

Insgesamt widerspricht der Gesetzentwurf damit der Forderung des Kabinettsbeschlusses, den wirtschaftlichen Einkauf am Markt durch wettbewerbliche und transparente Verfahren sicherzustellen.

5. Schaffung einer Verordnung für Sektorenauftraggeber, § 127 Abs. 2 GWB-E

Die deutsche Wirtschaft setzt sich seit jeher für eine Beibehaltung der bewährten Struktur aus Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), Vergabeverordnung (VgV) und den Verdingungsordnungen (VOB, VOL und VOF) ein. Obwohl der Koalitionsvertrag und ein Kabinettsbeschluss vom 28.06.2006 ausdrücklich die Vergaberechtsreform in diesem bestehenden System postuliert haben und der Koalitionsvertrag zudem die Aussage enthält, dass „die Vereinfachung des Vergaberechts unter Aufrechterhaltung der VOB erfolgen muss“, sieht der Gesetzentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts die Überführung der jetzigen Abschnitte 3 und 4 der Verdingungsordnungen in eine separate Sektoren-Verordnung vor. Diese Abkehr von den bewährten Verdingungsordnungen läuft den politischen Vorgaben diametral zuwider und ist aus Sicht der Industrie nicht hinnehmbar.

Der BDI sieht in dem Vorhaben den ersten Schritt hin zu einer Beschneidung der erfolgreichen Mitwirkung der anbietenden Wirtschaft in den Verdingungsausschüssen und lehnt daher die vorgesehene Neuregelung als mittelstandsfeindlich ab. In den Verdingungsausschüssen werden die Verfahrensregeln für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsvergaben zwischen Auftragnehmern und Auftraggebern ausgehandelt. Dies trägt zur Akzeptanz auf beiden Seiten bei, die der BDI durch die Ermächtigung für die Schaffung einer Sektoren-Verordnung als gefährdet ansieht.

6. Einschränkung des Rechtsschutzes oberhalb der EG-Schwellenwerte

Die an verschiedenen Stellen des Gesetzentwurfes verankerten Einschränkungen des bestehenden Rechtsschutzes oberhalb der EG-Schwellenwerte setzen den Kabinettsbeschluss nicht um. Dieser hatte gefordert, die Rechtsschutzverfahren auf ihre Effizienz zu überprüfen. Effizient ist ein Rechts-

schutz jedoch nur, wenn er für alle Beteiligten gleichermaßen durchsetzbar ist. Angesichts der mit dem Gesetzentwurf aufgebauten finanziellen und tatsächlichen Hürden (z. B. Verdoppelung der Mindestgebühr für ein Nachprüfungsverfahren auf 5.000 Euro, Einschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes, Verkürzung der Beschwerdefrist auf eine Woche) wird der bewährte Rechtsschutz erschwert. Dies betrifft insbesondere den Mittelstand.

7. Verzicht auf die Einführung eines Rechtsschutzes unterhalb der EG-Schwellenwerte

Der Verzicht auf die Einführung eines effektiven Primärrechtsschutzes für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte wird der enormen Bedeutung des Unterschwellenbereiches nicht gerecht. Ca. 90 Prozent aller Auftragsvergaben sind Unterschwellenvergaben. Es ist daher zu konstatieren, dass lediglich die äußerst geringe Anzahl europaweiter Ausschreibungen mit einem vorbildlichen vergaberechtlichen Primärrechtsschutz ausgestattet ist, der weit überwiegende Teil der Ausschreibungen im Unterschwellenbereich aber überdies auch bei schwerwiegenden Rechtsverstößen auf die Geltendmachung des negativen Interesses im Rahmen von Schadensersatzansprüchen beschränkt wird. Weder wirtschaftspolitisch noch rechtsstaatlich ist das akzeptabel.

Entgegen der Annahme des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung vom 13.06.2006 besteht in der Praxis gerade kein effektiver Rechtsschutz durch das allgemeine Zivil- und Zivilprozessrecht. Die Rechtswegzersplitterung, wonach sich fallweise Verwaltungs- und Zivilgerichte für Rechtsstreitigkeiten über Unterschwellenvergaben für zuständig erklärt haben, ist auch nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 02.05.2007 (Az.: 6 B 10.07) nicht beseitigt. Hinzu kommt eine unterschiedliche Entwicklung des materiellen Vergaberechts oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte, weil es an der Bindungswirkung von Entscheidungen fehlt.

Im Übrigen erweist sich der Verzicht auf einen effektiven Primärrechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte entgegen der politischen Vorgaben als mittelstandsfeindlich, weil sich mittelständische Unternehmen besonders häufig an Unterschwellenaufträgen beteiligen.

Der BDI plädiert daher dafür, wie in anderen EU-Staaten auch in Deutschland das Nachprüfungsverfahren nach §§ 102 ff. GWB gleichermaßen im Ober- und Unterschwellenbereich zu gewähren. Durch Einführung von Bagatellschwellen könnten große Teile von Kleinstaufträgen hiervon wirksam ausgenommen werden. Bei den verbleibenden Aufträgen im Unterschwellenbereich könnten prozessuale Erleichterungen dazu beitragen, Verzögerungen bei den Ausschreibungen bzw. den Vergabeverfahren gering zu halten.

Genannt seien beispielsweise:

- Beschränkung des Nachprüfungsverfahrens generell auf eine Instanz (Vergabekammern) bei Möglichkeit der Zulassung der sofortigen Beschwerde an die Vergabesenate der Oberlandesgerichte (einschließlich Nichtzulassungsbeschwerdemöglichkeit).
- Entscheidung durch Einzelrichter
- Verzicht in den Beschlüssen auf die Darstellung des Tatbestands
- Vorabinformation analog § 13 VgV für nichtberücksichtigte Bieter bei Unterschwellenvergaben.