

Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände + VKU



Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände · Hausvogteiplatz 1, 10117 Berlin

11.02.2016

Bearbeitet von:

mailto:wirtschaftsausschuss@bundestag.de

DST:
Barbara Meißner
Tel.: +49 221 3771-276
barbara.meissner@staedtetag.de

DLT:
Dr. Markus Brohm
+49 30 590097-331
markus.brohm@landkreistag.de

DStGB:
Bernd Düsterdiek
+49 228 9596-214
bernd.duesterdiek@dstgb.de

VKU:
Christian Sudbrock
Tel.: +49 30 58580-136
sudbrock@vku.de

Aktenzeichen
74.08.63 E

Anhörung des Bundestags-Wirtschaftsausschusses am 17.02.2016

Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und des VKU zur Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (VergModVO)

Die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und der VKU begrüßen grundsätzlich den Entwurf einer Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts. Der Verordnungsentwurf ist insgesamt gelungen und gut strukturiert. Positiv ist, dass die jeweiligen Verordnungen zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen in ihrer Struktur den Ablauf der Vergabeverfahren widerspiegeln. Im Übrigen ist festzustellen, dass die Verordnungen im Wesentlichen dem Grundsatz einer 1:1-Umsetzung der EU-Richtlinienvorgaben in nationales Recht folgen. Dieses war auch eine Forderung der kommunalen Spitzenverbände.

Um allerdings das Ziel eines schlanken und praktikablen Vergaberechts zu erreichen, hätte es darüber hinaus der Integration auch der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil A - EU in die Vergabeverordnung (VgV) bedurft. Nunmehr soll die VOB/A-EU neben der VgV weiterhin für die Vergabe von Bauleistungen bestehen bleiben. Dabei ist leider erkennbar, dass zahlreiche Regelungen der VOB/A-EU von denen der VgV abweichen. Das ist nicht sinnvoll und

widerspricht nicht nur der Forderung der kommunalen Spitzenverbände, sondern auch dem Ziel der Bundesregierung nach Vereinheitlichung und Vereinfachung des Vergaberechts.

Insofern plädieren die kommunalen Spitzenverbände weiterhin für eine umfassende Vereinheitlichung der Vergaberegeln durch Integration auch der Vergabe von Bauaufträgen in die Vergabeverordnung.

Sofern dies mit Blick auf eine fristgerechte Richtlinienumsetzung und ein paralleles Inkrafttreten der neuen Vergabeverordnungen mit dem neuen 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) spätestens zum 18.04.2016 in der aktuellen Novelle nicht (mehr) möglich ist, regen wir an, dass der Bundestag das federführende Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) in einer Entschließung jedenfalls schon jetzt dazu auffordert, den Regelungsbestand innerhalb der nächsten zwei Jahre mit dem Ziel einer umfassenden Vereinheitlichung der Vergaberegeln für alle Aufträge oberhalb der EU-Auftragsschwellenwerte zu evaluieren.

Dies vorausgeschickt gibt es nach Auffassung der kommunalen Spitzenverbände sowie des VKU zum Verordnungsentwurf insbesondere folgende inhaltliche Kritikpunkte anzumerken:

1. Abweichende Regelungen der VOB/A

Nach Auffassung der kommunalen Spitzenverbände sowie des VKU ist die separate Beibehaltung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A EU), wie ausgeführt, äußerst nachteilig. An verschiedenen Stellen wird deutlich, dass es im Vergleich zur Vergabeverordnung (VgV-E) – trotz gleicher Sachverhalte – zu unterschiedlichen Regelungsinhalten kommt. Dies ist aus Sicht der kommunalen Vergabepaxis nicht nachvollziehbar und sollte unbedingt vermieden werden. Sofern eine umfassende Vereinheitlichung der (Kartell-)Vergaberegeln nicht mehr im Zuge der laufenden Novelle erfolgt, sollten aus kommunaler Sicht jedenfalls besonders praxisrelevante Regelungen über die Verweisungsvorschrift in der VgV (§ 2 VgV-E) auch für die Vergabe von Bauaufträgen verbindlich und damit im Ergebnis gleichlautend geregelt werden. Dies betrifft insbesondere folgende zwei Aspekte:

- § 16a EU-VOB/A – Nachforderung von Unterlagen

§ 16a EU-VOB/A legt fest, dass fehlende Erklärungen und Nachweise durch den öffentlichen Auftraggeber *zwingend* nachzufordern sind. Dies weicht von § 56 Abs. 2 VgV-E ab, der in Umsetzung von Art. 56 Abs. 3 der Auftragsvergaberichtlinie insoweit vorsieht, dass der öffentliche Auftraggeber von den Bewerbern oder Bietern unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung entsprechende Erklärungen/Nachweise nachfordern „kann“ (Wahlrecht). Darüber hinaus berechtigt § 56 Abs. 2 S. 2 VgV-E (Art. 56 Abs. 3 Auftragsvergaberichtlinie) öffentliche Auftraggeber, schon in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festzulegen, dass keine Unterlagen nachgefordert werden. Auch diese, das Vergabeverfahren flexibilisierende Regelung fehlt in der VOB/A.

Dadurch können sich Bieter nach § 16 a EU-VOB/A im Ergebnis immer darauf verlassen, dass auch bei unvollständigen Angeboten immer eine Nachforderung erfolgt. Sie werden mithin nicht durch einen drohenden Ausschluss dazu angehalten, das Angebot gleich mit der erforderlichen Sorgfalt zu erstellen. Darüber hinaus eröffnet die Vorschrift auch die Möglichkeit, Angebote aus taktischen Gründen zunächst unvollständig abzugeben, um – je nach Auftragslage – bei Bedarf später die Bindefrist faktisch unterlaufen zu können, indem einer Nachforderung von Erklärungen/Nachweisen nicht nachgekommen wird. Dies sollte vermieden werden.

Wir schlagen daher vor, die in § 56 Abs. 2 VgV-E vorgesehene Regelung zur Nachforderung von Unterlagen durch entsprechende Anpassung von § 2 VgV-E auch für die Vergabe von Bauaufträgen verbindlich zu machen.

- **Wertung von Nebenangeboten**

Gemäß § 35 Abs. 2 VgV-E können Nebenangebote in Umsetzung von Art. 45 Abs. 2 der Auftragsvergaberichtlinie auch zugelassen oder vorgeschrieben werden, wenn der Preis oder die Kosten das alleinige Zuschlagskriterium sind. Dieser im VgV-Entwurf vorgesehene Ansatz ist praxisgerecht und trägt zur Rechtsklarheit bei. Leider fehlt eine entsprechende klarstellende Regelung in der VOB/A EU. Wir regen daher an, die in § 35 Abs. 2 VgV-E vorgesehene Regelung zur Wertung von Nebenangeboten im Einklang mit Art. 45 Abs. 2 der Auftragsvergaberichtlinie über § 2 VgV-E auch für die Vergabe von Bauaufträgen verbindlich zu machen.

2. Art. 1 – Vergabeverordnung (VgV)

Mit Blick auf den Entwurf der Vergabeverordnung weisen wir ergänzend auf folgende Regelungen hin:

2.1 Zu § 3 VgV-E: Schätzung des Auftragswerts

§ 3 Abs. 6 S. 2 VgV-E sieht vor, dass die Möglichkeit des öffentlichen Auftraggebers, Aufträge für die Planung und die Ausführung von Bauleistungen entweder getrennt oder gemeinsam zu vergeben, unberührt bleibt. Diese Regelung ist sachgerecht und trägt zur Verständlichkeit bei, denn die Hinzurechnung von Leistungen bei der Auftragswertschätzung von Bauleistungen ist nur bei solchen Dienstleistungen relevant, die unmittelbar für die Errichtung des Bauwerkes erforderlich sind. Nur in diesem Zusammenhang stehende Dienstleistungen sind gemeint. Mithin gibt es keine Verpflichtung zur gemeinsamen Vergabe von Bau- und Planungsleistungen. Die Regelung ist insoweit zu begrüßen und unverändert zu übernehmen.

Die in § 3 Abs. 7 VgV-E vorgenommene Regelung zur Auftragswertberechnung bei losweiser Vergabe ist in ihrer jetzigen Formulierung ebenfalls unterstützenswert. Insbesondere die in Satz 2 der Regelung vorgenommene deklaratorische Feststellung, dass nur die Werte solcher Planungsleistungen zusammenzurechnen sind, die gleichartig sind, ist ebenfalls zu begrüßen und beizubehalten. Es ist wichtig klarzustellen, dass freiberufliche Leistungen einerseits unabhängig von etwaigen Bauleistungen betrachtet werden können (Trennung von Planung und Ausführung) und damit nicht zwangsläufig in die Schätzung des Bauauftragswertes einfließen. Darüber hinaus können derzeit die Planungsleistungen selbst, wie etwa Architektur, Tragwerksplanung,

Haustechnik oder Vermessung, separat betrachtet und auch einzeln beauftragt werden. An dieser Betrachtung ist festzuhalten und daher von weiteren Änderungen des Verordnungstextes in § 3 Abs. 7 VgV abzusehen.

2.2 Zu § 14 VgV-E

§ 14 Abs. 4 Nr. 2 c) VgV-E sollte dem Wortlaut des Art. 32 Abs. 2 b) iii) der Vergaberichtlinie angepasst werden und die Formulierung „wegen des Schutzes von ausschließlichen Rechten, einschließlich der Rechte des geistigen Eigentums;“ erhalten. Die Rechte des geistigen Eigentums umfassen mehr als die in der Entwurfsfassung genannten gewerblichen Schutzrechte. § 14 Abs. 4 Nr. 2 c) VgV-E würde die Regelung der Vergaberichtlinie einschränken, ohne dass dies erkennbar beabsichtigt ist. So wurde die entsprechende Vorgabe in § 13 Abs. 2 Nr. 3 c) SektVO bereits mit dem Regierungsentwurf korrigiert. Bei § 14 VgV scheint diese Korrektur aber übersehen worden zu sein und wäre noch nachzuholen.

2.3 Zu § 36 VgV-E

Unternehmen sollen gemäß § 36 Abs. 1 VgV-E „falls zumutbar“ die vorgesehenen Unterauftragnehmer benennen. In früheren Entwürfen war noch die Begrifflichkeit „falls bekannt“ aufgeführt. Zur Befriedigung des berechtigten Informationsbedürfnisses des öffentlichen Auftraggebers erscheint die nun vorgesehene Formulierung „falls zumutbar“ weitergehender und unbestimmter und damit ungeeignet. Wir plädieren daher dafür, mindestens zu der Formulierung „falls bekannt“ zurückzukehren oder die Einschränkung sogar ganz entfallen zu lassen, zumal sie auch in Art. 71 Abs. 2 AVR nicht enthalten ist.

2.4 Zu § 41 Abs. 1 VgV-E

Nach § 41 Abs. 1 VgV gibt der öffentliche Auftraggeber „in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung eine elektronische Adresse an, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können“. Nach der Begründung des Verordnungsentwurfs sind die Vergabeunterlagen im Sinne der Vorschrift dann „vollständig abrufbar“, wenn über die Internetadresse in der Bekanntmachung „*sämtliche* Vergabeunterlagen und nicht nur Teile derselben abgerufen werden können“.

Diese Vorgabe weicht vom Wortlaut des Art. 53 der Auftragsvergaberichtlinie ab und könnte dahingehend missverstanden werden, dass auch im Falle eines vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs bereits von Anfang an einem unbeschränkten Adressatenkreis *sämtliche* Vergabeunterlagen zugänglich zu machen sind.

§ 41 Abs. 1 VgV-E bedarf daher der Klarstellung und Neuformulierung, zumal die Vorschrift anderenfalls auch in offenen Gegensatz zu den Grundsätzen des IT-Sicherheitsgesetzes geraten könnte, das eine „signifikante Verbesserung der Sicherheit informationstechnischer Systeme (IT-Sicherheit) in Deutschland“ fordert und das den „Schutz kritischer Infrastrukturen, welche gerade für das Funktionieren des Gemeinwesens zentral sind“ für unabdingbar hält. Um ein hinreichendes IT-Sicherheitsniveau erreichen zu können, dürfen öffentliche Auftraggeber bei diesbezüglichen Beschaffungsmaßnahmen nicht verpflichtet werden, bereits im Teilnahmewettbewerb *sämtliche*

Vergabeunterlagen (einschließlich sicherheitsrelevanter Informationen) einem völlig uneingeschränkten (und unbekanntem) Adressatenkreis zugänglich machen zu müssen. Dies gilt in besonderem Maße für die Betreiber kritischer Infrastrukturen, zu denen § 2 Abs. 10 des Gesetzes über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI-Gesetz) u.a. die Energieversorgung, die Trinkwasserversorgung und die Abwasserbeseitigung zählt.

Nach Art. 53 der Auftragsvergaberichtlinie ist dies auch nicht geboten. Die Erwägungsgründe 80 und 104 der Richtlinie machen vielmehr deutlich, dass sich die „Vollständigkeit“ nicht auf die Vergabeunterlagen, sondern auf die „vollständige elektronische *Bereitstellung* der Unterlagen“, also allein auf den Zugang anhand elektronischer Mittel bezieht. Dass die Auftragsunterlagen selbst bereits vollständig vorliegen und vollumfänglich zugänglich gemacht werden müssen, lässt sich der Vergaberichtlinie dagegen nicht entnehmen.

§ 41 VgV-E sollte insoweit durch direkte Übernahme des Wortlauts von Art. 53 Abs. 1 der Auftragsvergaberichtlinie wie folgt formuliert werden:

§ 41 - Bereitstellung der Vergabeunterlagen

(1) Der öffentliche Auftraggeber bietet in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung unentgeltlich einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang anhand elektronischer Mittel zu diesen Vergabeunterlagen an.

Entsprechend dem Wortlaut des Erwägungsgrundes 80 der Auftragsvergaberichtlinie sollte zudem in der Begründung klargestellt werden, dass sich die Vollständigkeit auf „die vollständige elektronische Bereitstellung von Auftragsunterlagen“ bezieht:

„Vollständig elektronisch abrufbar sind die Vergabeunterlagen dann, wenn über die Internetadresse in der Bekanntmachung sämtliche von der Bekanntmachung erfassten Vergabeunterlagen und nicht nur Teile derselben abgerufen werden können. Mit der Bekanntmachung müssen noch nicht sämtliche Vergabeunterlagen veröffentlicht werden. Dies gilt insbesondere für geheimhaltungsbedürftige Informationen.“

2.5 Zu § 78 Abs. 2 VgV-E

§ 78 Abs. 2 S. 4 VgV-E regelt, dass der öffentliche Auftraggeber bei Aufgabenstellungen im Hoch-, Städte- und Brückenbau sowie der Landschafts- und Freiraumplanung zu prüfen hat, ob für diese ein Planungswettbewerb durchgeführt werden soll. Die Entscheidung ist zu dokumentieren.

Diese Regelung wird seitens der kommunalen Spitzenverbände sowie des VKU abgelehnt. Die Regelung könnte implizieren, dass öffentliche Auftraggeber einer Rechtfertigungspflicht unterliegen, wenn sie vor einer Vergabe keinen Planungswettbewerb durchführen. Diese Rechtfertigungspflicht ließe den Planungswettbewerb gleichsam als Regelverfahren erscheinen und käme damit einer Rechtspflicht gleich. Gesetzlich darf jedoch keine Verpflichtung für die öffentlichen Auftraggeber geschaffen werden, Planungswettbewerbe vor oder ohne ein Vergabeverfahren durchzuführen,

zumal mit diesen erhebliche Kosten verbunden sind. Das EU-Recht sieht zudem eine solche Verpflichtung auch nicht vor. Die Entscheidung über die Zweckmäßigkeit der Durchführung eines Planungswettbewerbs muss – wie bislang auch – grundsätzlich dem öffentlichen Auftraggeber vorbehalten bleiben. Insofern ist es erforderlich, den benannten Satz zur Dokumentationspflicht ersatzlos zu streichen.

3. Art. 2 – Sektorenverordnung (SektVO) und Art. 3 Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV)

Die Anmerkungen zur Auftragswertberechnung nach § 3 VgV-E gelten entsprechend auch für § 2 SektVO-E und § 2 KonzVgV-E.

Ebenso gelten die Anmerkungen zur Bereitstellung der Vergabeunterlagen nach § 41 VgV-E auch für § 41 SektVO-E und für § 17 KonzVgV. Eine Anpassung des § 41 SektVO-E ist besonders wichtig, da § 41 SektVO die in § 2 Abs. 10 des Gesetzes über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik genannten besonders schutzwürdigen kritischen Infrastrukturen der Energieversorgung und der Trinkwasserversorgung adressiert.

Die Formulierung des § 41 Abs. 1 SektVO müsste an den Wortlaut des Art. 73 Abs. 1 der Sektorenrichtlinie angepasst werden:

„§ 41 - Bereitstellung der Vergabeunterlagen

(1) Der Auftraggeber bietet in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung unentgeltlich einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang anhand elektronischer Mittel zu diesen Vergabeunterlagen an.“

Ebenso müsste die Formulierung des § 17 KonzVgV an den Wortlaut des Art. 34 Abs. 1 der Konzessionsvergaberichtlinie angepasst werden:

„§ 17 - Bereitstellung der Vergabeunterlagen

(1) Der Konzessionsgeber bietet in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung unentgeltlich einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang anhand elektronischer Mittel zu diesen Vergabeunterlagen an.“

Eine entsprechende klarstellende Begründung – wie oben unter 2.4 beschrieben – ist ebenfalls in beiden Fällen hinzuzufügen.

4. Art. 4 – Vergabestatistikverordnung

Seitens der kommunalen Spitzenverbände sowie des VKU wird durch die Vorgaben der Statistikverordnung ein nicht unerheblicher zusätzlicher Sach- und Personalaufwand erwartet. Eine Kompensation von altem und neuem Erfüllungsaufwand durch die elektronische Übermittlung ist nach unserer Einschätzung allenfalls im Oberschwellenbereich ersichtlich. Insofern sehen wir insbesondere die Statistikpflichten nach § 4 für Unterschwellenvergaben kritisch. Sie mögen zwar deutlich geringer sein als im Oberschwellenbereich, sind aufgrund der schieren Masse an Vergaben im Unterschwellenbereich aber gleichwohl signifikant. Die Auftragswertschwellen von 25.000 Euro halten wir insoweit für zu niedrig für eine statistische Erfassung.

Mit freundlichen Grüßen
In Vertretung



Detlef Raphael
Beigeordneter
des Deutschen Städtetages



Dr. Kay Ruge
Beigeordneter
des Deutschen Landkreistages



Norbert Portz
Beigeordneter
des Deutschen Städte- und Gemeindebundes



Dr. Andreas Zuber
Geschäftsführer Abteilung Recht, Finanzen
und Steuern des VKU