



ZDH
ZENTRALVERBAND DES
DEUTSCHEN HANDWERKS

Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts

Berlin, den 26.05.2015
Abteilung Wirtschaft, Energie und Umwelt

Im Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZDH) sind 53 Handwerkskammern und 48 Fachverbände des Handwerks organisiert. Der ZDH vertritt damit die Interessen von mehr als einer Million Handwerksbetrieben in Deutschland mit über 5,34 Millionen Beschäftigten und rund 420.000 Auszubildenden.

Vorbemerkung

Der ZDH unterstützt den Ansatz der Bundesregierung, die drei EU-Richtlinien zur Vergaberechtsreform nur im notwendigen Maße ("1 zu 1") umzusetzen und vor allem Ansätze zur besseren Mittelstandsgerechtigkeit und Entbürokratisierung zu stärken. Im Folgenden weisen wir insbesondere auf mehrere Aspekte des vorliegenden Referentenentwurfs (und der angekündigten weiteren Rechtssetzungsschritte) hin, die diesem Anspruch u.E. nicht gerecht werden. Eine vollständige Beurteilung der Umsetzung des EU-Rechts wird erst bei Vorliegen der modifizierten Vergabeverordnung möglich sein.

Grundstruktur des deutschen Vergaberechtssystems

Der ZDH legt Wert darauf, dass auch zukünftig die VOB/A EG als Regelungsebene für praxisnahe Verfahrensvorschriften in Verantwortung des DVA erhalten wird, wie es die Bundesregierung in ihren im Januar 2015 veröffentlichten Eckpunkten auch angekündigt hat.

Wir bedauern, dass mit der geplanten Abschaffung der VOL/A EG und ihrer (zukünftigen) Integration in die Vergabeverordnung die bisherige Systematik der vergaberechtlichen Kaskade nachhaltig (weiter) beschädigt wird. Eine europarechtliche Notwendigkeit für diesen Schritt gibt es nicht. In jedem Fall darf dieser Weg der Integration der praxisrelevanten vergaberechtlichen Vorschriften in die Vergabeverordnung in

Bezug auf die VOB/A EG nicht beschriftet werden.

Im Baubereich bestehen grundsätzlich andere Rahmenbedingungen als bei Lieferungen und Dienstleistungen, die eine separate Regelung in einer Vergabe- und Vertragsordnung rechtfertigen. Der bestehende Vergabe- und Vertragsausschuss DVA leistet zudem eine sehr erfolgreiche, fachkundige und flexible Regelungstätigkeit und entlastet den Gesetz- und Verordnungsgeber dadurch entscheidend. Die handhabbare Bereitstellung der wichtigsten für die Praxis relevanten Regelungen in der VOB/A wird heute als sehr anwenderfreundlich empfunden. Angesichts der zunehmenden Zurückhaltung von Unternehmen in Bezug auf die Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen wäre die Zurückdrängung der direkten Beteiligung der Auftragnehmervertreter im DVA ein falsches Signal.

Zulassung von Nebenangeboten

Im Interesse der Auftragnehmer und Auftraggeber sollte eine Regelung zur erleichterten Zulassung von Nebenangeboten in das GWB-E aufgenommen werden, um diesem Instrument zur Erlangung innovativer Angebote wieder verstärkt Geltung zu verschaffen. Gerichtsentscheidungen haben in letzter Zeit (z.B. BGH 2014 X ZB 15/13) leider die Zulassungsregeln für Nebenangebote verschlechtert. Im Sinne der Aussagen der zugrundeliegenden EU-Richtlinien, die Nebenangebote sehr positiv beurteilen (siehe Artikel 45 der Richtlinie 2014/24/EU), sollte auch im Rahmen der GWB-Novelle eine Korrektur dieser Zurückdrängung von Nebenangeboten erfolgen.

In Übereinstimmung mit der Richtlinie 2014/24/EU sollten deshalb die öffentlichen Auftraggeber aufgefordert werden, im Regelfall Nebenangebote zuzulassen.

Vergabefremde Aspekte, § 97 Abs. 4

Die bereits durch die zugrundeliegende EU-Richtlinie intendierte Ausweitung der Anwendung vergabefremder Kriterien ("strategische Beschaffung") droht zu einer weiteren Verkomplizierung der öffentlichen Auftragsvergabe zu führen, was insbesondere der gewünschten breiten Beteiligung von KMU entgegenwirken würde. Die Einführung weiterer vergabefremder Aspekte birgt im Resultat die Gefahr einer Verteuerung öffentlicher Beschaffungsvorgänge, ohne eine Gewähr dafür zu bieten, dass die damit intendierten politischen Ziele tatsächlich erreicht werden. Naturgemäß entstehen bei einer Überlastung mit vergabefremden Aspekten Zielkonflikte mit den Prinzipien der Wirtschaftlichkeit und Wettbewerbsgerechtigkeit. Hinsichtlich der Transparenz des Vergabeverfahrens bestehen Bedenken, da die Zuschlagsentscheidungen dadurch immer komplexer und weniger nachvollziehbar werden könnten.

Die Anwendung von vergabefremden Aspekten sollte deshalb sachgerecht eingegrenzt werden.

Nach dem Wortlaut des neuen § 97 Abs. 3 GWB-E "werden" strategische Ziele "berücksichtigt". Diese Formulierung ist missverständlich, da sie eine Verpflichtung zur Anwendung strategischer Ziele suggeriert. Erst die Vorschriften zu Eignungs- und Wertungskriterien (§ 127 Abs. 1 Satz 3 und § 128 Abs. 2 GWB-E) und die Gesetzesbegründung machen deutlich, dass die Einbeziehung strategischer Ziele nicht zwingend zu erfolgen hat.

Der § 97 Abs. 3 GWB-E setzt auch voraus, dass die Anwendung strategischer Aspekte nur "nach Maßgabe dieses Teils" zu erfolgen hat. In § 122 (keine besondere Vorgabe zu Nachhaltigkeitsaspekten), § 123 Abs. 3 (Verweis auf anderweitige zwingende Vorgaben im AEntG und MiLoG), § 124 Nr. 1 (fakultativer Ausschlussgrund) und §

128 II (freiwillige Einbeziehung von Nachhaltigkeitsaspekten mit Auftragsbezug in die Auftragsbedingungen) werden solche Maßgaben getroffen. Auch dies macht deutlich, dass kein allgemeiner Zwang zur Verwendung strategischer Kriterien besteht.

Da wir dennoch Missverständnisse auf Seiten der Vergabestellen fürchten bzw. diese vermehrt strategische Ziele einfügen werden, um möglichen Klagen und politischen Auseinandersetzungen vor Ort zuvorzukommen, bitten wir um Klarstellung, dass es sich lediglich um eine "kann"-Vorschrift handelt.

Im § 97 Abs. 3 GWB-E fehlt zudem der Hinweis auf eine zwingende Verbindung mit dem Auftragsgegenstand. Erst in den Vorschriften zu Eignungs- und Wertungskriterien wird diese Bedingung aufgestellt (§ 127 Abs. 3 Satz 1 und § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB-E). Dieser wichtige Grundsatz, der verhindern soll, dass die Vergabepraxis zur Umsetzung beliebiger allgemeinpolitischer Zielsetzungen (fehl)genutzt wird, sollte jedoch bereits in den Vergabegrundsätzen deutlich benannt werden.

Der ZDH schlägt folgende Ergänzung von § 97 Abs. 3 GWB-E vor:

„Bei der Vergabe können soziale und umweltbezogene Aspekte sowie Aspekte der Qualität und der Innovation nach Maßgabe dieses Teils, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, berücksichtigt werden.“

Wir schlagen angesichts der bereits jetzt erfolgten erheblichen Zersplitterung der deutschen Vergabelandschaft zudem vor, die Möglichkeit für die verbindliche Vorgabe von Nachhaltigkeitsaspekten durch die Länder mittels Streichung der Formulierung „oder Landesgesetzes“ in § 129 GWB-E zu begrenzen.

Mittelstandsklausel, § 97 Abs. 4 GWB-E

Ausdrücklich zu begrüßen ist, dass die "Mittelstandsklausel" in § 97 Abs. 4 GWB-E unverändert erhalten bleiben soll. Wir unterstreichen, dass es sich bei dieser Klausel keinesfalls um eine Privilegierung von KMU handelt. Die Klausel soll lediglich dazu dienen, durch die Losaufteilung größenbedingte Nachteile von qualifizierten und leistungsfähigen mittelständischen Betrieben auszugleichen und die Marktzugangsbarrrieren zu senken.

Elektronische Vergaben, § 97 Abs. 5 GWB-E

Grundsätzlich ist der Übergang zu elektronischen Vergabeverfahren zu begrüßen, da dadurch im Idealfall Kosten gespart und Fehlerquellen auch für Bieter vermieden werden können. Viele Probleme in der Abwicklung von Aufträgen entstehen durch eine fehlerhafte Ausfertigung und mangelnde Compliance von Vorschriften durch die öffentlichen Auftraggeber. Dieses Problem sollte durch die Förderung der elektronischen Kommunikation behoben werden.

Es ist nachvollziehbar, dass sich alle Vorteile der elektronischen Vergaben nur vollumfänglich realisieren lassen, wenn das gesamte Verfahren komplett elektronisch umgesetzt wird. Auch wenn ein solches Verfahren das Ziel sein muss, sind die diesbezüglichen technischen und organisatorischen Möglichkeiten von Bietern und Vergabestellen in ihrer zeitlichen Entwicklung zu berücksichtigen. Viele Bieter brauchen noch Zeit, um Auf- bzw. Umrüstungen ihrer technischen Ausstattung und die fachliche Vorbereitung ihrer Mitarbeiter vorzunehmen.

Im Hinblick auf den Übergang zur vollständigen elektronischen Abwicklung der Beschaffungsprozesse ist die Ausschöpfung der von den Richtlinien 2014/24/EU und 2014/23/EU vorgesehenen Übergangsfristen deshalb sicherzustellen.

Dies ergibt sich bisher nicht aus dem Gesetztext. Es ist klarzustellen (ggf. in der Verordnungsermächtigung), dass diese Nutzung der Übergangsfristen auch sicher erfolgt und nicht schon mit Erreichen der Umsetzungsfrist der Richtlinien 2016 eine Pflicht zur vollständigen elektronischen Kommunikation greift.

Die Bundesregierung muss außerdem sicherstellen, dass rechtzeitig eine flächendeckende Bereitstellung hochwertiger Breitbandinternets auch in ländlichen Regionen gewährleistet wird, um keine Wettbewerbsverzerrungen zu erzeugen. Die bestehenden Anstrengungen zu plattformübergreifenden Systemen (X-Vergabe) sind zu verstärken, da insbesondere für kleinere Bieter die Teilnahme an unterschiedlichen Systemen der Vergabestellen ein erhebliches Wettbewerbshindernis wäre.

Gegen eine im weiteren Rechtssetzungsverfahren (Neuformulierung der VgV) möglicherweise bei der Auftragsvergabe für Bauleistungen verpflichtend vorgesehene Einführung des "Building Information Modeling" melden wir bereits an dieser Stelle ernste Vorbehalte an: Ein Großteil mittelständischer Unternehmen wird noch beträchtliche Vorlaufzeit für die Implementierung und Nutzung eines solchen höchst komplexen Systems benötigen.

In-House und Interkommunale Zusammenarbeit, § 108 GWB-E

In § 108 GWB-E werden erstmals auf Gesetzesebene die Freistellungen für "In-House-Vergaben" und "Interkommunale Zusammenarbeiten" definiert.

Da es in den letzten Jahren eine massive Ausbreitung der Tätigkeit von öffentlichen Gesellschaften auf genuin handwerkliche Tätigkeitsfelder gegeben hat, ist diese Regelung für den ZDH von großer Bedeutung. Weitere Wettbe-

werbsverzerrungen durch wirtschaftliche Betätigungen der Kommunen gehen zu Lasten des ansässigen Mittelstandes und schaden im Resultat der kommunalen Wirtschaft und den kommunalen Haushalten insgesamt. Den Kommunen und anderen öffentlichen Stellen steht unzweifelhaft das Recht zur Bereithaltung von eigenen Gesellschaften zu. Deren vergaberechtsfreie Betätigung ist jedoch strikt auf hoheitliche Tätigkeiten zu beschränken. Der Begriff der „öffentlichen Dienstleistungen“ (Abs. 6 Nr. 1) und der Begriff des „öffentlichen Interesses“ (Abs. 6 Nr. 2) sind in diesem Sinne einzugrenzen.

Der Rahmen der vergaberechtsfreien wirtschaftlichen Betätigung wird durch den § 108 GWB-E (und die zugrundeliegende Richtlinie) weiter gefasst, als dies die bisherige Rechtsprechung (und der Ursprungsentwurf der Richtlinie) vorgesehen hat.

Wir fordern, dass die Vergaberechtsfreiheit von Inhouse-Vergaben sowie der interkommunalen Zusammenarbeit auf enge Ausnahmefälle beschränkt werden. In Anlehnung an die Rechtsprechung des EUGH sollte ein Mindestanteil von 90 Prozent der Tätigkeit verlangt werden, die die beauftragte Stelle für den öffentlichen Auftraggeber erbringt (statt 80 Prozent, Wesentlichkeitskriterium).

Im Bereich der interkommunalen Zusammenarbeit sollte im gleichen Sinne der maximale Anteil der am Markt angebotenen Tätigkeiten einer öffentlichen Gesellschaft nicht 20 Prozent, sondern maximal 10 Prozent betragen dürfen, um Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern.

Selbstreinigung, § 125 GWB-E

Der ZDH begrüßt die Einführung der Möglichkeit der "Selbstreinigung" von kleineren vergaberechtlichen Fehlern. Bislang fehlt es aber an einer Klarstellung, welcher öffentliche Auftragge-

ber die Selbstreinigungsmaßnahmen bewertet und damit über die Teilnahme an Vergabeverfahren entscheidet. Die Prüfung der Selbstreinigungsmaßnahmen durch den das jeweilige Vergabeverfahren betreibenden öffentlichen Auftraggeber lehnen wir ab, weil damit auch unliebsame Bewerber (weiterhin) ausgeschlossen werden können.

Wir regen an, dass den Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt wird, unabhängig von einem konkreten Vergabeverfahren ihre Compliance-Bemühungen dahingehend überprüfen zu lassen, ob diese den in § 125 GWB-E normierten Anforderungen genügen.

Zuschlag, § 127 GWB-E

Der Hinweis in § 127 Abs. 3 GWB-E, dass die Zuschlagskriterien lediglich mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen, ist nicht ausreichend. Entsprechend den Ausführungen in der Begründung ist eine Ergänzung im Sinne des derzeitigen Wortlauts von § 97 Abs. 4 GWB notwendig („im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben“).

Problematisch ist insbesondere, dass das Kriterium des Auftragsbezugs auch dann noch erfüllt wäre, wenn die gesamte Lieferkette und der durchgängige Produktionsprozess in die Berücksichtigung der strategischen Ziele einbezogen werden. Für mittelständische Bieter ist die Überwachung des gesamten Herstellungsprozesses jedoch kaum möglich. Hier ist ein Widerspruch zu § 127 Abs. 4 GWB-E zu erkennen, wonach der öffentliche Auftraggeber in der Lage sein muss, die Erfüllung der von ihm festgelegten Kriterien zu überprüfen.

**Freistellung Bundesbank und KfW, § 185
GWB-E**

Die generelle Ausnahme von vergaberechtlichen Vorschriften für die Bundesbank und die KfW ist nicht nachvollziehbar; sie wird auch nicht in der Begründung erläutert. Soweit hier keine zwingende Notwendigkeit vorliegt, sollten diese Sonderrechte gestrichen werden.

./.