bdew
Energie. Wasser. Leben.

BDEW Bundesverband
der Energie- und
Wasserwirtschaft e.V.
Reinhardtstraße 32
10117 Berlin

Stellungnahme

Diskussionsentwurf einer Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte vom 31. August 2016

Berlin, 10. Oktober 2016

I. Vorbemerkung

Der BDEW bedankt sich zunächst für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Mit mehr als 1800 Mitgliedsunternehmen aus den Sparten der Energie-, Wasser- und Abwasserwirtschaft vertritt der BDEW sowohl Sektorenauftraggeber als auch klassische Auftraggeber. Viele der BDEW-Mitgliedsunternehmen beteiligen sich zudem auch selbst als Bieter an Ausschreibungsverfahren. Mithin sind die BDEW-Mitgliedsunternehmen sowohl auf Auftraggeberseite als auch auf Bieterseite Adressaten vergaberechtlicher Regelungen.

Der BDEW begrüßt grundsätzlich das Ansinnen einer Harmonisierung der Regelungen im Bereich der Unterschwellenvergaben. Mit Blick auf die bisherige Rechtslage geht der BDEW allerdings davon aus, dass der vorliegende Entwurf einer Vergabeordnung auf Sektorenauftraggeber keine Anwendung findet. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten wäre eine entsprechende Klarstellung in der Verfahrensordnung hilfreich. Darüber hinaus hält der BDEW einige weitere Klarstellungen im Text für erforderlich, um Widersprüche und Rechtsunsicherheiten bezogen auf das gesamte Vergabesystem zu vermeiden.

Die Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte sind auch für die Unternehmen der Energie- und Wasserwirtschaft von erheblicher Bedeutung, da auch in diesen Branchen ein wesentlicher Teil der Auftragsvolumina unterhalb der EU-Schwellenwerte liegt. Es ist zu beklagen, dass die vergaberechtlichen Strukturen im Unterschwellenbereich alles andere als übersichtlich sind. Da hier kein Bundesrecht gilt, kommt es darauf an, welche vergaberechtlichen Regelungen in den Ländern durch die jeweiligen Landesparlamente geschaffen wurden. Zum Teil gibt es hier haushaltsrechtliche Normen, zum Teil aber auch eigenständige Landesvergabegesetze (z. B. in Hamburg, Niedersachsen und Schleswig-Holstein), die im Wesentlichen auch nur die "klassischen" öffentlichen Auftraggeber verpflichten, unterhalb der EU-Schwellenwerte die Basisparagrafen der VOL/A bzw. VOB/A anzuwenden.

Einige Landesgesetzgeber haben sich daneben dazu entschieden, den Anwendungsbereich der Landesvergabegesetze auch auf Sektorenauftraggeber zu erweitern. Hier geht insbesondere Niedersachsen sehr weit. So ist dort geregelt, dass niedersächsische Sektorenauftraggeber unterhalb der EU-Schwellenwerte den Abschnitt 1 der VOB/A bzw. der VOL/A entsprechend (!) anzuwenden haben.

Bezogen auf die neue Unterschwellenvergabeordnung stellt sich aus Sicht des BDEW daher zunächst grundsätzlich die Frage, woraus sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt und wie die Einbeziehung der Unterschwellenvergabeordnung in die Landesvergabegesetze konkret geplant wird. Weiter wäre der Anwendungsbereich der Verfahrensordnung zunächst grundsätzlich zu klären.

Der BDEW geht davon aus, dass Sektorenauftraggeber nicht in den Anwendungsbereich der vorliegenden Verfahrensordnung einzubeziehen sind. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten wäre insoweit eine explizite Regelung zum Anwendungsbereich, vergleichbar etwa der Regelung des § 1 Abs. 2 VgV, wünschenswert.

Soweit in einzelnen Bundesländern unterhalb der EU-Schwellenwerte eine Verpflichtung zur entsprechenden Anwendung der SektVO vorgesehen ist, fordert der BDEW darüber hinaus

eine dahingehende gesetzliche Klarstellung, dass unterhalb der EU-Schwellenwerte ggf. Vergaberecht für klassische öffentliche Auftraggeber Anwendung finden könnte, wenn dieses weniger strenge Regelungen als die SektVO enthält.

Vorbehaltlich dieser grundsätzlichen Fragen und Anmerkungen zum Anwendungsbereich der Verfahrensordnung und zu ihrer Einordnung in das Gesamtsystem der Unterschwellenvergaberegelungen hat der BDEW auch konkrete Anmerkungen zu einzelnen Regelungen, die nachfolgend aufgeführt werden.

II. Im Einzelnen

1) Gegenstand und Anwendungsbereich (§ 1 Abs. 2)

Der BDEW fordert, dass sämtliche Ausnahmen des Oberschwellenbereichs auch im Unterschwellenbereich Anwendung finden. Anderenfalls käme es zu einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung zwischen den einzelnen Auftraggebern sowie den Vergaben oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte.

Aus Sicht des BDEW wäre folgende Formulierung denkbar:

„Diese Verfahrensordnung ist ungeachtet des Erreichens des Schwellenwerts gemäß § 106 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ferner nicht auf Sachverhalte anzuwenden, für die Ausnahmen von der Anwendbarkeit des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgesehen sind.“

2) Anwendung auf Sektorenauftraggeber

Bisher war die VOL/A – ausgehend vom Bundesgesetzgeber – für Sektorenauftraggeber nach § 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht anwendbar. Im Rahmen der Verbändeanhörung hat das BMWi darauf hingewiesen, dass auch die Unterschwellenvergabeordnung auf Sektorenauftraggeber nicht anwendbar sein soll. Um jegliche Rechtsunsicherheit zu vermeiden und jedenfalls keine Verschärfung der Rechtslage zu verursachen, sondern vielmehr das beabsichtigte Ziel der Vereinfachung von Auftragsvergaben zu erreichen, fordert der BDEW eine explizite Ausnahme des Anwendungsbereichs für Sektorenauftraggeber nach § 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Diese sollte wie folgt lauten:

Diese Verfahrensordnung ist nicht für Auftragsvergaben von Sektorenauftraggebern nach § 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB anzuwenden.

3) Wahl der Verfahrensart (§ 8 Abs. 1)

§ 8 Abs. 1 nennt im Zusammenhang mit der Wahl der Verfahrensart den Begriff der „Verhandlungsvergabe“. Diese Bezeichnung für die bislang als „freihändige Vergabe“ bezeichnete Verfahrensart hält der BDEW für unglücklich. Für den langjährigen Rechtsanwender erleichtert der Begriffswechsel nicht die Arbeit. In Abgrenzung zum Oberschwellenbereich kann dieser Begriff zur Verwirrung mit dem Verhandlungsverfahren führen.

Der BDEW fordert eine einheitliche Terminologie.

4) Wahl der Verfahrensart (§ 8 Abs. 2)

Wäre die Unterschwellenvergabeordnung für Sektorenauftraggeber nach § 100 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB anwendbar, wäre für Unterschwellenvergaben eine strengere Vorgabe als im Oberschwellenbereich vorgesehen, nämlich die vorrangige Wahl der öffentlichen oder beschränkten Ausschreibung, im Gegensatz zum Verhandlungsverfahren, welches den Sektorenauftraggebern nach § 100 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB im Oberschwellenbereich zur freien Wahl steht (siehe § 141 GWB).

Der BDEW fordert eine Klarstellung, dass die Unterschwellenvergabeordnung nicht auf Sektorenauftraggeber Anwendung findet. Soweit in einzelnen Bundesländern unterhalb der EU-Schwellenwerte eine Verpflichtung zur entsprechenden Anwendung der SektVO vorgesehen ist, fordert der BDEW vorsorglich eine dahingehende gesetzliche Klarstellung, dass unterhalb der EU-Schwellenwerte ggf. Vergaberecht für klassische öffentliche Auftraggeber Anwendung finden könnte, wenn dieses weniger strenge Regelungen als die SektVO enthält.

5) Wahl der Verfahrensart (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 und § 8 Abs. 4 Nr. 5)

In beiden Regelungen wird die gleiche Voraussetzung benannt – einmal für die Anwendung der beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb – einmal für die freihändige Vergabe / die Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb. Hier erscheint fraglich, ob diese Dopplung so gewollt ist.

Der BDEW fordert eine entsprechende Klarstellung.

6) Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb (§ 12 Abs. 1 Satz 1)

Der BDEW hält die Regelung des § 12 Abs. 1 Satz 1 für überflüssig. Die Voraussetzungen für die Verhandlungsvergabe sind in § 8 Abs. 4 bereits benannt. Wozu dieser Satz in § 12 aufgenommen wird, erschließt sich nicht.

Im Interesse einer Verschlankung des Regelwerks fordert der BDEW die Streichung dieses Satzes.

7) Angemessene Fristsetzung (§ 13)

Der vorliegende Entwurf dieser Regelung spricht nur davon, dass „angemessene Fristen“ festzulegen sind. Im Interesse der Rechtssicherheit wäre es dagegen wünschenswert, wenn konkrete Mindestfristen festgelegt würden. Beispielgebend könnte hier etwa die Regelung des § 10 Abs. 1 VOB/A sein, in dem eine Mindestfrist von zehn Kalendertagen genannt wird, obwohl grundsätzlich „ausreichende“ Angebotsfristen vorzusehen sind.

Der BDEW fordert die Festlegung konkreter Mindestfristen und regt in diesem Zusammenhang einen Gleichlauf der Fristenregelungen mit den VOB-Bestimmungen an.

8) § 36 Abs. 2 (Begrenzung der Anzahl der Bewerber)

Aus Sicht des BDEW ist die Formulierung *„ Die vom Auftraggeber vorgesehene Mindestzahl der einzuladenden Bewerber darf nicht niedriger als drei sein.“* unnötig kompliziert.

Der BDEW schlägt stattdessen folgende Formulierung vor:

„Der Auftraggeber soll mindestens drei Bewerber einladen.“

9) Unterrichtung der Bewerber und Bieter (§ 46 Abs. 2)

Im Zusammenhang mit der Unterrichtung der Bewerber und Bieter trifft bereits § 30 des Diskussionsentwurfs Regelungen hinsichtlich der Informationspflicht nach beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb und nach Verhandlungsvergaben ohne Teilnahmewettbewerb. Das Verhältnis der beiden Regelungen zueinander ist unklar.

Der BDEW hält eine Regelung für ausreichend und fordert eine entsprechende Klarstellung.

Ansprechpartner:

Dr. Sabine Wrede
Telefon: +49 30 300199-1523
sabine.wrede@bdew.de