



Stellungnahme

Diskussionsentwurf für eine Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO)

Dokumenten Nr.
D0823

Datum
1. November 2016

Seite
1 von 6

I. Grundsätzliches

Mit dem Diskussionsentwurf für eine Unterschwellenvergabeordnung verfolgt das Bundeswirtschaftsministerium das Ziel, eine Regelung im Unterschwellenbereich zu schaffen, die die Bundesländer in ihrem Zuständigkeitsbereich für anwendbar erklären. Um dies zu erreichen, soll die Flexibilität der neuen Regelungen im Oberschwellenbereich in den Unterschwellenbereich übernommen, gleichzeitig aber die bestehenden Vereinfachungen des Unterschwellenbereiches beibehalten werden.

Der Entwurf trägt aus diesem Grund und – nachdem die anbietende Wirtschaft nicht mehr im Rahmen des DVAL in die Regelungsvorbereitung einbezogen wurde – auch deutlich die Handschrift der Auftraggeberseite. Dies geht an vielen Stellen zulasten der Transparenz und des Wettbewerbs, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen.

Ob die damit verbundene Rechnung des Bundeswirtschaftsministeriums, dass die Länder die Regelungen der vorgeschlagenen Unterschwellenvergabeordnung anstelle ihrer Landesvergabegesetze in Kraft setzen, aufgeht, muss vor dem Hintergrund einer immer detaillierteren Landesgesetzgebung im Vergaberecht bezweifelt werden. Hinzu kommt die Gefahr, dass vor allem in konjunkturell guten Zeiten Unternehmen gänzlich Abstand von einer Beteiligung an öffentlichen Aufträgen nehmen, wenn diese weiter erschwert wird, ohne dass endlich ein effektives Korrektiv geschaffen wird.

II. Im Einzelnen

- Unterschwellenvergabeordnung nicht anwenderfreundlicher als der 1. Abschnitt der VOL/A
Formal soll die Unterschwellenvergabeordnung den 1. Abschnitt der VOL/A ersetzen. Während der 1. Abschnitt der VOL/A 20 Paragraphen enthält, ist der Umfang in der Unterschwellenvergabeordnung auf 52 Paragraphen angewachsen. Erschwerend kommt hinzu, dass der Entwurf der Unterschwellenvergabeordnung umfangreich auf das GWB, die VgV und sogar die Richtlinie 2014/24/EU verweist und daher erschwert lesbar und weniger anwenderfreundlich

Bundesverband der
Deutschen Industrie e.V.
Mitgliedsverband
BUSINESSEUROPE

Telekontakte
T: +493020281512
F: +493020282512

Internet
www.bdi.eu

E-Mail
A.Mundt@bdi.eu

ist. Der 1. Abschnitt der VOL/A hingegen enthält keine entsprechenden Verweise und ist daher gut lesbar und in der Praxis anzuwenden.

2. § 13 UVgO-E: Angemessene Fristsetzung
§ 13 Abs. 1 regelt die angemessene Fristsetzung für den Eingang von Teilnahmeanträgen und Angeboten. Die Vorschrift soll Unternehmen schützen. Das Kriterium „Zeit für Auswertung der Teilnahmeanträge und Angebote“ ist kein derartiges Kriterium und muss daher gestrichen werden.
3. § 14 UVgO-E: Direktauftrag
Die Summe für den Direktauftrag (früher: Direktkauf) wurde verdoppelt und gilt jetzt für Aufträge bis 1000 Euro ohne Umsatzsteuer. Die Verdopplung fördert Intransparenz und Kirchturmpolitik und entzieht mehr kleine Aufträge dem Wettbewerb. Leidtragende sind vor allem Newcomer, wenn an „bekannt und bewährt“ vergeben wird.
4. § 15 UVgO-E: Rahmenvereinbarungen
Die Laufzeit für Rahmenvereinbarungen soll im § 15 Abs. 4 von bisher vier Jahren auf sechs Jahre erhöht werden. Auch dies hat wettbewerbsbeschränkende Wirkung.
5. § 20 UVgO-E: Markterkundung
Nach § 20 Abs. 1 darf der Auftraggeber vor Einleitung eines Vergabeverfahrens Markterkundungen u. a. zur Unterrichtung der Unternehmen über seine Auftragsvergabepläne und -anforderungen durchführen. Hier wäre es vorzugswürdig, bereits die Vergabeabsicht transparent und zentral zu veröffentlichen, so dass sich interessierte Unternehmen auf einer Plattform nach möglichen Aufträgen erkundigen können.
6. § 21 UVgO-E: Vergabeunterlagen
In § 21 Abs. 2 fehlen die restriktiven Regelungen zugunsten der Auftragnehmer aus § 9 Abs. 2 VOL/A (zu Vertragsstrafen), § 9 Abs. 3 VOL/A (zu Verjährungsfristen) und § 9 Abs. 4 VOL/A (zu Sicherheitsleistungen). Diese müssen hier wieder aufgenommen werden, da sie bereits Gegenstand der Ausschreibung, insbesondere der Vergabeunterlagen, sind.
7. § 24 UVgO-E: Nachweisführung durch Gütezeichen
§ 24 übernimmt die Regelung zur Nachweisführung durch Gütezeichen aus dem Oberschwellenbereich. Während das Bundeswirtschaftsministerium möglicherweise im Oberschwellenbereich gehindert war, alternative Nachweise zuzulassen, gilt dies nicht für

den Unterschwellenbereich. Die Industrie empfiehlt hier dringend, mit Blick auf Transparenz und Nichtdiskriminierung alternative Nachweise zuzulassen. Denn es ist mehr als fraglich, ob überhaupt Angebote eingehen, wenn teure Gütezeichen auch im Unterschwellenbereich gefordert werden sollten. Die Vorgabe von Gütezeichen fördert Zwangsmitgliedschaften in einer bestimmte Standards setzenden Organisation oder einer anderen Gütezeichen ausstellenden Organisation, greift erheblich in die Unternehmenspolitik ein und geht weit über das eigentliche Ziel, die Erfüllung leistungsbezogener Merkmale nachzuweisen, hinaus. Besser wäre, stattdessen die zugrunde liegenden Kriterien zu fordern. Denn Gütezeichen sind teuer und stehen gerade bei geringen Auftragswerten in keiner Kosten-Nutzen-Relation. Benachteiligt wären vor allem KMU und Newcomer sowie Unternehmen, die sich nur sporadisch an öffentlichen Aufträgen beteiligen.

Zumindest aber müsste eine dem § 34 Abs. 5 VgV entsprechende Regelung vorgesehen werden, die zwar unter engen Voraussetzungen, aber dennoch einen alternativen Nachweis zulässt.

8. § 25 UVgO-E: Nebenangebote

Nach § 25 Abs. 1 „kann“ der Auftraggeber Nebenangebote zulassen. Fehlt diese Zulassung, sind Nebenangebote zwingend auszuschließen. Dies enttäuscht. Zur Förderung innovativer Beschaffungen sowie der verstärkten Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen an Vergabeverfahren wäre eine Änderung der Regelung im Sinne einer automatischen Zulassung von Nebenangeboten, sofern diese nicht im Einzelfall ausgeschlossen wurden, wichtig und ein Signal, dass das Bundeswirtschaftsministerium es ernst meint mit der Innovationsförderung. Zudem besteht für eine Übernahme der strengeren Regelung aus dem Oberschwellenbereich kein zwingender Grund.

Erschwerend kommt hinzu, dass der Auftraggeber nach § 25 Abs. 2 auch noch Mindestanforderungen festlegen muss. Dies stellt eine Verschärfung der bisherigen Regelung dar und bildet eine weitere Hürde für den Auftraggeber, Nebenangebote und damit Innovationen überhaupt zuzulassen.

9. § 26 UVgO-E: Unteraufträge

Nach § 26 Abs. 6 kann der Auftraggeber vorschreiben, dass bestimmte Aufgaben unmittelbar vom Auftragnehmer selbst zu erbringen sind. In dieser Pauschalität ist die Anordnung der Selbstausführung durch den Auftraggeber immer möglich. Dies schränkt den Handlungsspielraum der Unternehmen ein und wird daher abgelehnt. In der Parallelvorschrift im Oberschwellenbereich ist das Selbstausführungsgebot im Übrigen begrenzt auf „kritische“ Aufgaben.

Zudem wird im Interesse eines fairen Verfahrens folgende Ergänzung in § 26 Abs. 5 angeregt: „Der Auftraggeber setzt dem Bewerber oder Bieter eine angemessene Frist ... (zur Ersetzung des Unteraufnehmers nach dessen Ausschluss).

10. § 28 UVgO-E: Veröffentlichung von Auftragsbekanntmachungen
Gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 sind Auftragsbekanntmachungen auf Internetportalen oder Internetseiten des Auftraggebers zu veröffentlichen. Die Vorschrift weicht allerdings von der bisherigen Regelung in § 12 VOL/A ab, indem Auftragsbekanntmachungen nur noch zentral über die Suchfunktion www.bund.de ermittelt werden können „sollen“ (bislang: „müssen“). Dieser Rückschritt verwundert und enttäuscht. Wer es ernst meint mit Wettbewerb und Transparenz im Unterschwellenbereich, muss es zum einen bei der Vorgabe belassen, dass Auftragsbekanntmachungen zentral über die Suchfunktion www.bund.de ermittelt werden können müssen. Zum anderen ist nicht verständlich, dass die elektronische Kommunikation im Unterschwellenbereich eingeführt werden soll, es kleinen Vergabestellen aber nicht möglich sein soll, ihre Bekanntmachungen zentral über die Suchfunktion www.bund.de ermittelbar zu machen. Unternehmen wollen eine zentrale Adresse für Abfragen/Recherchen.
11. § 29 UVgO-E: Bereitstellung der Vergabeunterlagen
Nach § 29 Abs. 1 müssen Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt unter einer in der Bekanntmachung genannten elektronischen Adresse abgerufen werden können. Dies ist eine der wenigen begrüßenswerten Regelungen zugunsten der anbietenden Wirtschaft, die beibehalten werden muss.
12. § 30 UVgO-E: Vergabebekanntmachung
Gemäß § 30 informiert der Auftraggeber über jeden im Wege einer Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb oder einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb vergebenen Auftrag ab 25.000 Euro auf Internetportalen oder seinen Internetseiten. Die Regelung zur ex-post-Transparenz erhöht den bürokratischen Aufwand für Unternehmen, wenn die Auftragsvergaben nicht über eine Plattform recherchierbar sind. Unternehmen benötigen eine zentrale Adresse für Abfragen/Recherchen, um den bürokratischen Aufwand mit Blick auf öffentliche Aufträge so gering wie möglich zu halten.
13. § 35 UVgO-E: Beleg der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen
Gemäß § 35 Abs. 3 kann der Auftraggeber als vorläufigen Eignungsnachweis die Vorlage einer Einheitlichen Europäischen Eigenenerklärung verlangen. Im Oberschwellenbereich heißt es demgegenüber in § 48 Abs. 3 VgV: „Als vorläufigen Beleg der Eignung

und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen akzeptiert der öffentliche Auftraggeber die Vorlage einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung.“ Es ist nicht ersichtlich, warum ausgerechnet an dieser Stelle vom Oberschwellenbereich abgewichen wird. Um Missverständnisse zu vermeiden, sollte die Regelung in § 35 Abs. 3 entsprechend umformuliert werden.

14. § 38 UVgO-E: Form und Übermittlung der Teilnahmeanträge und Angebote

Für die Form und die Übermittlung von elektronischen Teilnahmeanträgen und Angeboten ist eine zeitliche Staffelung vorgesehen, die von der Regelung des Oberschwellenbereichs abweicht. Die Unterschwellenvergabeordnung regelt die verbindliche elektronische Abgabe von Angeboten und Teilnahmeanträgen erst ab 1. Januar 2021, während diese im Oberschwellenbereich bereits ab 18.04.2017 bzw. 18.10.2018 verbindlich ist. Dass hier keine einheitliche Regelung mit dem Oberschwellenbereich gesucht wurde, dürfte dem kommunalen Interesse geschuldet sein. Hier wäre eine einheitliche Lösung geboten gewesen. Der Gefahr, dass die technischen Voraussetzungen bis dahin nicht gegeben sind, könnte – wie im Oberschwellenbereich – mit einem effektiven Rechtsschutz im Unterschwellenbereich begegnet werden.

15. § 40 UVgO-E: Öffnung der Teilnahmeanträge und Angebote

Bei der Öffnung der Teilnahmeanträge und Angebote sind Bieter gemäß § 40 Abs. 2 nicht zugelassen, § 40 Abs. 2. Hier könnten zur Stärkung der Transparenz im Unterschwellenbereich Bieter zugelassen werden. Dies würde im Übrigen einen Gleichklang mit der VOB/A herstellen.

16. § 42 UVgO-E: Ausschluss von Teilnahmeanträgen und Angeboten

Nach § 42 Abs. 1 Nr. 2 werden ausgeschlossen „Angebote, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Unterlagen enthalten“. Es ist schlicht nicht möglich, dass Angebote bereits nachgeforderte Unterlagen enthalten. Hier muss daher getrennt werden in „Ausschluss von Angeboten, die nicht die geforderten Unterlagen enthalten“ und Ausschluss, „wenn nachgeforderte Unterlagen nicht fristgemäß eingereicht wurden“.

17. Regelung zu Vorabinformation, Wartefrist, Suspensiveffekt des Rechtsmittels und Akteneinsichtsrecht aufnehmen

Im Anschluss an § 42 ist aus Transparenzgründen eine Regelung aufzunehmen, die zumindest eine Vorabinformation über den beabsichtigten Zuschlag mit Wartefrist, Suspensiveffekt des Rechtsmittels (Verhindern des Zuschlags bis zur Entscheidung) und ein Akteneinsichtsrecht enthält. Unternehmen haben sonst bei Unterschwellenvergaben keine Möglichkeit, überhaupt vom geplanten

Zuschlag Kenntnis und ggf. Rechtsschutz zu erlangen. Darüber hinaus befürwortet der BDI seit langem die Übernahme weiterer, den effektiven Rechtsschutz im Oberschwellenbereich charakterisierender Regelungen.

18. § 47 UVgO-E: Auftragsänderung

Für die Zulässigkeit von Auftragsänderungen ohne neues Vergabeverfahren verweist § 47 Abs. 1 auf § 132 Abs. 1, 2 und 4 GWB. Dabei wird abweichend von § 132 Abs. 3 GWB in § 47 Abs. 2 eine Änderung von bis zu 20 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes ohne ein neues Vergabeverfahren zugelassen. Damit geht die Regelung des Unterschwellenbereiches zugunsten der Auftraggeber über den Oberschwellenbereich hinaus (dort nur 10 Prozent), ermöglicht an dieser Stelle intransparente Verfahren und begrenzt den Wettbewerb.

Zudem fehlt in § 47 Abs. 2 eine Regelung (ähnlich der in § 132 Abs. 3 Nr. 1 GWB), dass die 20 Prozent-Regel nicht eingreift, wenn damit insgesamt der Unterschwellenbereich überschritten wird. Konsequenz könnte sonst sein, dass zunächst eine Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich erfolgt, dann aber eine nachträgliche Änderung um bis zu 20 Prozent erfolgen könnte, mit welcher der Schwellenwert für eine europaweite Ausschreibung überschritten würde. Insoweit ist hier eine entsprechende Klarstellung nötig. Weiter fehlt hier eine ex-post-Transparenz-Regelung.

19. §§ 23, 43, 45 UVgO-E: strategische Ziele in Leistungsbeschreibung, Zuschlag und Auftragsausführung

Die Regelungen in § 23 (Leistungsbeschreibung), § 43 (Zuschlag) und § 45 (Auftragsausführung) übernehmen die Oberschwellenvorschriften und lassen eine stärkere Berücksichtigung strategischer Ziele zu. Bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung von Leistungen, die zur Nutzung durch natürliche Personen vorgesehen sind, ist sogar die zwingende Berücksichtigung der Zugänglichkeitskriterien für Menschen mit Behinderungen oder der Konzeption für alle Nutzer vorgeschrieben (§ 23 Abs. 4). Hier wird ohne Not der ausgeweitete Anwendungsbereich des Oberschwellenbereichs auf den Unterschwellenbereich übertragen, obwohl in der Praxis bekanntermaßen Nachweis- und vor allem Kontrolldefizite bestehen und eben kein effektiver Rechtsschutz in Anspruch genommen werden kann.