
Deutscher Industrie- und Handelskammertag

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

A. Vorbemerkungen

Der Deutsche Industrie- und Handelskammertag (DIHK) e.V. unterstützt den Ansatz, einen möglichst großen textlichen und regelungstechnischen Gleichlauf zwischen Ober- und Unterschwellen herzustellen und nur dort Regelungen anders zu fassen, wo dies die Besonderheiten des Unterschwellenbereichs erfordern. Die Übernahme von Struktur und Regelungsinhalt des GWB und der VgV ist der richtige Schritt in Richtung eines einheitlichen Vergabegesetzes. Dies wäre aus Sicht der Unternehmen sehr wünschenswert, damit die gesetzliche Kleinstaaterei im Vergaberecht beendet würde.

Die Rechtszersplitterung ist auch ein Grund dafür, dass die öffentlichen Auftraggeber immer weniger Angebote auf ihre Ausschreibungen erhalten und damit kaum noch Auswahl bezüglich Preis und Qualität haben. Die einheitliche Übernahme der Regelungen der UVgO auch durch die Bundesländer würde zumindest ein Fortschritt gegenüber der jetzigen Rechtslage darstellen, wo in einigen Bundesländern die VOL/A 1. Abschnitt zur Anwendung nur empfohlen wird.

Die Ersetzung des 1. Abschnitts der VOL/A durch die UVgO führt jedoch zu einer fehlenden Anbindung der VOL/B. Hier wäre zu prüfen, inwieweit sie mit der UVgO verknüpft werden kann.

Leider unberücksichtigt bleibt unsere langjährige Forderung nach einem Rechtsschutz auch unterhalb der EU-Schwellenwerte. Die Erfahrungen in Sachsen und Thüringen sind durchweg positiv. Die erwartete Behinderung öffentlicher Investitionen findet nicht statt, und die Verfahrenszahlen sind auch überschaubar. Wenn es erheblichen Widerstand gegen einen Rechtsschutz analog zu EU-Vergabeverfahren gibt, wäre als Kompromiss zumindest an eine Informationspflicht mit Wartezeit in Anlehnung an § 134 GWB zu denken.

Nach wie vor ungelöst, eventuell sogar nicht betrachtet ist das Thema der Binnenmarktrelevanz bei den in einigen Bundesländern beschlossenen Wertgrenzen für freihändige Vergaben. Deutschland mit seinen vielen Grenzen zu anderen EU-Mitgliedstaaten geht hier bewusst das Risiko von Vertragsverletzungsverfahren ein und beschränkt ohne Not den innerstaatlichen Wettbewerb in erheblichem Maße.

Die Übernahme der Wahlfreiheit zwischen öffentlicher Ausschreibung und beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb begrüßen wir. Allerdings ergibt sich dadurch ein Widerspruch zu den Regelungen in § 30 Haushaltsgrundsätzegesetz („Dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen muss eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen.“) und § 55 Abs. 1 Bundeshaushaltsordnung („Dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen muss eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen.“). Gleiches gilt für die Landeshaushaltsordnungen. Hieraus ergibt sich insbesondere für diejenigen Unternehmen und Institutionen, die öffentliche Zuwendungen erhalten, eine Rechtsunsicherheit, die die ohnehin vorhandenen Probleme beim rechtmäßigen Umgang mit Zuwendungen noch verstärken.

Zu den einzelnen Regelungen

§ 2 Abs. 5

Hier sollte in einer Fußnote auf die Verordnung PR Nr 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen verwiesen werden.

§ 6

§ 8 VgV gibt vor, welche Inhalte Dokumentation und Vergabevermerk haben müssen. Die Vorgaben sollten auch in § 6 festgelegt werden, da im Unterschwellenbereich die große Mehrzahl der Vergaben stattfindet.

§ 8 Abs. 3 Nr. 9

Die Regelung entspricht im Wesentlichen jener in § 8 Abs. 3 Nr. 2, mit dem einen Unterschied, dass die Verhandlungsvergabe zulässig sein soll, wenn nicht nur die beschränkte Ausschreibung mit, sondern auch ohne Teilnahmewettbewerb einen unverhältnismäßigen Aufwand verursachen würde.

Ein solcher Fall ist nicht denkbar. Denn der übermäßige Aufwand einer Ausschreibung im Gegensatz zu einer freihändigen Vergabe/Verhandlungsvergabe kann allein durch die Vielzahl der erwarteten eingehenden Teilnahmeanträge oder Angebote entstehen. Einen offenen Teilnahmewettbewerb gibt es aber im Zusammenhang mit der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb nicht. M.a.W.: eine Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb wird immer gleich viel oder gleich wenig Aufwand verursachen wie eine freihändige Vergabe/Verhandlungsvergabe. Bei beiden Verfahrensarten wird gerade kein offener Kreis von Unternehmen angesprochen, der dann seine Teilnahmeanträge bzw. Angebote einreichen kann. Dementsprechend enthält auch der heutige § 3 Abs. 5 VOL/A keine vergleichbare Regelung.

§ 8 Abs. 4 Ziff. 4

Die Einbeziehung freiberuflicher Leistungen in die Vergaberegeln geben den öffentlichen Auftraggebern mehr Rechtssicherheit, da nunmehr klargestellt ist, welches Verfahren für die Beauftragung anzuwenden ist.

§ 11 Abs. 4

Der öffentliche Auftraggeber wird zwar aufgefordert, den Bieterkreis zu wechseln, eine „Kontrolle“ kann aber nur durch die Veröffentlichung ab 25.000 € erfolgen, was kein sehr scharfes Schwert ist.

§ 12 Abs. 3

Die Wettbewerbseinschränkung durch den letzten Satz ermöglicht, damit alle kleinvolumigen freiberuflichen Leistungen nach HOAI immer wieder an dasselbe Büro zu vergeben.

Vorschlag: „Hierbei ist auf einen Wechsel im Kreis der zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren aufgeforderten Unternehmen zu achten“.

§ 12 Abs. 4

In der Praxis werden heute in aller Regel keine Verhandlungen geführt, wenn Aufträge freihändig vergeben werden. Künftig würde sich dies umkehren: jeder Auftraggeber müsste sich in seiner Angebotsaufforderung das Absehen von Verhandlungen vorbehalten. Vergisst er das, muss dann verhandelt werden?

Im Übrigen ist der letzte Halbsatz - "und die Bindefrist für den Bieter nicht abgelaufen ist" – missverständlich: Die Durchführung von Verhandlungen hat mit dem Ablauf der Bindefrist grundsätzlich nichts zu tun.

§ 14

Die Anhebung des Betrags von 500 € auf 1.000 € akzeptieren wir. Allerdings sollte in der Regelung klargestellt werden, dass es sich um den Betrag für einen einmaligen Auftrag handelt, um die Zerstücklung von Aufträgen in solche Beträge zu vermeiden.

§ 15 Abs. 4

Die Laufzeit für Rahmenvereinbarungen wird abweichend zu § 21 Abs. 6 VgV auf sechs Jahre erhöht. Eine Notwendigkeit hierfür sehen wir nicht, denn eine Rahmenvereinbarung hält Beschaffungen für ihre Laufzeit völlig aus dem Markt und damit vom Wettbewerb fern. Ferner vermeidet eine kürzere Laufzeit Risikoaufschläge, die naturgemäß umso höher ausfallen, je länger die Preisbindung der Rahmenvereinbarung gilt. Länger laufende Rahmenvereinbarungen umfassen mehr unbekannte künftige Entwicklungen, was in Kostenrisiken für Auftragnehmer (durch mehr unbekannte Vorleistungskosten) und Auftraggeber (durch Risikoaufschläge der Bieter) gleichermaßen resultiert. Sowohl die Gefahr von Risikoaufschlägen im Ursprungsangebot, als auch die Gefahr intransparenter Nachverhandlungen während einer langen Vertragslaufzeit lassen sich mit einer Maximallaufzeit bei Rahmenvereinbarungen von grundsätzlich vier Jahren wirksam vermeiden. Zudem geht es auch um eine Überprüfung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit solcher Verträge. Wir halten eine Übernahme bzw. einen Verweis auf § 21 Abs. 6 VgV für sinnvoller.

§ 20

Da ein Markterkundungsverfahren vor Beginn eines Vergabeverfahrens durchgeführt wird, müsste es wohl auch nicht nach § 6 dokumentiert werden. Da aber die Markterkundung für das dann folgende Vergabeverfahren, insbesondere für die Leistungsbeschreibung, wichtig ist, wäre es wünschenswert, es in die Dokumentationspflicht mit aufzunehmen.

§ 23, 43

Die Regelung sieht Qualitätsmerkmale in der Leistungsbeschreibung und als Zuschlagskriterium als „Soll- bzw. Kann-Regelung“ vor. Unternehmen stellen häufig fest, dass der Preis im Sinne von „billigstes“ Angebot den Zuschlag erhält und nicht das „wirtschaftlichste“ Angebot unter Einbeziehung von Laufzeiten und Wartungskosten. Hier wäre eine stärkere Verpflichtung öffentlicher Auftraggeber, die Qualität sowohl in den Ausschreibungsunterlagen als auch in den Zuschlagskriterien zu definieren, wünschenswert.

§ 26 Abs. 6

Ein Selbstausführungsgebot ist wettberwebs- und mittelstandskritisch. Denn von öffentlichen Auftraggebern nachgefragte Leistungen können von Mittelständlern oftmals nur durch eine Kombination der Ressourcen mehrerer Unternehmen erbracht werden. Unteraufträge versetzen die kleinen und mittleren Unternehmen in die Lage, an Vergabeverfahren teilzunehmen und öffentliche Aufträge – unabhängig von deren Umfang – zu erhalten. Insofern sollte der Gedanke des § 34 konsequent angewandt und Abs. 6 gestrichen werden.

§ 28 Abs. 1

Die bisherige Regelung in § 12 Abs. 1 VOL/A, nämlich die Verpflichtung zur Veröffentlichung auf www.bund.de soll beibehalten werden. Zwar ist die Nutzerfreundlichkeit der Seite nicht sehr hoch, dennoch erleichtert es den Unternehmen das Finden von Ausschreibungen über Kommunal- und Landesgrenzen hinweg.

§ 35 Abs. 3

Die Übernahme der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung auch in den Unterschwellenbereich begrüßen wir sehr. Es fehlt jedoch an der Regelung zur Akzeptanzpflicht des öffentlichen Auftraggebers für die EEE. Unternehmen, denen die Akzeptanzpflicht aus dem Oberschwellenbereich bekannt ist, gehen davon aus, dass diese auch im Unterschwellenbereich gilt. Sie könnten wegen Unvollständigkeit ihrer Unterlagen ausgeschlossen werden. Die Aufnahme einer § 48 Abs. 3 VgV entsprechenden Regelung ist daher notwendig.

Die in § 50 Abs. 3 Ziff. 1 VgV erwähnten Präqualifizierungssysteme haben auch Bedeutung im Unterschwellenbereich, so dass sie hier ebenfalls genannt werden sollten. Denn es gibt auch in Bundesländern weiterhin entsprechende Datenbanken/Verzeichnisse, auf die öffentliche Auftraggeber zurückgreifen (müssen).

Zudem sollte auch die Regelung des § 50 Abs. 3 Ziff. 2 VgV übernommen werden, um den Bietern unnötigen bürokratischen Aufwand für das nochmalige Vorlegen von Nachweisen zu ersparen, die dem öffentlichen Auftraggeber bereits bekannt sind. Denn vor dem Hintergrund vieler freihändiger Vergaben bestehen oft längerfristige Geschäftsbeziehungen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und einzelnen Unternehmen.

§ 35 Abs. 6

Das amtliche Verzeichnis auch für den Unterschwellenbereich vorzusehen, unterstützen wir nachdrücklich, weil so für die Mehrzahl der Vergaben ein einfaches Nachweisregime für die Unternehmen eingerichtet werden kann.

§ 38 Abs. 2, 3, 4

Die Festlegung einer Frist, ab der Vergabeverfahren nur noch elektronisch abgewickelt werden dürfen, unterstützen wir ausdrücklich. Allerdings ist die abweichende Fristenregelung im Vergleich zum Oberschwellenbereich nicht nachvollziehbar. Dort müssen die öffentlichen Auftraggeber ab dem 18.10.2018 das gesamte Verfahren elektronisch abwickeln können. Sie benötigen also ohnehin eine technische Lösung dafür; diese dann auch für den Unterschwellenbereich zu nutzen, ist eine erfüllbare Anforderung. Viel wichtiger für die Akzeptanz und Durchsetzbarkeit elektronischer Vergabeverfahren sind einheitliche technische Standards (X-Vergabe) sowie der Breitbandausbau.

Das erneute Hinausschieben der vollständigen elektronischen Abwicklung der Vergabeverfahren spricht eindeutig gegen die Bestrebungen der Politik und die Wünsche der Unternehmen, E-Government voranzutreiben.

Die Befürchtung, dass sich durch eine durchgängige elektronische Kommunikation der Bieterkreis noch stärker verkleinert, ist unbegründet, wie der Erfahrungen derjenigen Stellen zeigen, die schon vollständig umgestellt haben.

Die Verlängerung der Fristen für die Umstellung auf eine durchgängige elektronische Kommunikation hat auch Auswirkungen auf die Vergabestatistik. Für eine schnelle Erfassung der statistischen Angaben wird die elektronische Abwicklung der Vergabeverfahren benötigt.

Die in Abs. 4 Ziff. 1 genannte Wertgrenze mag zwar aus statistischen Gründen sinnvoll erscheinen. Für die Frage, ob elektronisch eingereichte Angebote bzw. Teilnahmeanträge auch vom öffentlichen Auftraggeber angenommen werden müssen, sollte sie keine Rolle spielen. Denn 25.000 € sind im Liefer- und Dienstleistungsbereich kein kleiner Betrag. Insofern schlagen wir folgende Formulierung vor:

„(4) Der Auftraggeber ist zur Vorgabe elektronisch eingereichter Teilnahmeanträge oder Angebote nach den Absätzen 2 und 3 nicht verpflichtet, wenn ...“

§ 39

Diese Regelung führt dazu, dass auch bei Verhandlungsvergaben z. B. nach § 12 Abs.3 an ein Unternehmen eine Verschlüsselung erfolgen muss. Die bisherige Situation bei freihändiger Vergabe unterhalb von Wertgrenzen (vgl. § 13 Abs. 1 letzter Halbs. VOL/A, § 14 Abs. 1 VOL/A - die zuletzt genannte Vorschrift macht entsprechende Vorgaben nur für "Ausschreibungen") wäre damit nicht mehr zulässig. Das erscheint nicht sinnvoll, zumal § 40 Abs. 1 S. 2 für die Fälle eine – nachvollziehbare - Ausnahme vorsieht.

§ 43 Abs. 2 Nr. 2, § 49 Abs. 2

Die Vorschrift, die im Oberschwellenbereich sinnvoll sein mag, weil hier in aller Regel jedenfalls qua Teilnahmewettbewerb ein transparenter Auswahlprozess stattfindet, eröffnet bei Verhandlungsvergabe und beschränkter Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb Missbrauchspotenziale: Die Vergabestelle könnte von vornherein die zur Angebotsabgabe aufzufordernden Bieter so auswählen, dass diese angesichts ihrer Personalqualifikation keine Chance haben, über die übrigen Wertungskriterien Bestbieter zu werden. Die Vorschrift sollte daher für die genannten Verfahren nicht geöffnet, sondern muss auf öffentliche Ausschreibungen und sonstige Verfahren mit Teilnahmewettbewerb beschränkt werden.

§ 46 Abs. 1

Die Pflicht, Bieter über die Zuschlagserteilung bzw. eine Verfahrensaufhebung zu unterrichten, sollte nicht auf Verfahren mit Auftragsbekanntmachung beschränkt werden. Auch Bieter, die ihr Angebot im Rahmen einer Verhandlungsvergabe oder beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb bearbeitet haben bzw. bearbeiten, haben ein schützenswertes Interesse an diesen Informationen.

§ 47

Die Möglichkeit der Auftragsänderung war bisher mit 20 % angesetzt, § 3 Abs. 5 lit. d) VOL/A. Im Oberschwellenbereich sind jetzt 10 % vorgesehen, § 132 Abs. 3 Ziff. 2 GWB – zumindest für den Liefer- und Dienstleistungsbereich. Wir regen daher an, die 10 % auch für den Unterschwellenbereich festzulegen.

§ 48 Abs. 1 Nr. 1

Die Abweichung von § 63 Abs. 1 VgV durch den Einschub "eines geeigneten und nicht ausgeschlossenen Bieters" könnte irreführend sein. Denn das Verfahren muss auch dann aufgehoben werden können, wenn keines der eingegangenen Angebote den Ausschreibungsbedingungen entspricht, die Angebote aber allesamt von nicht geeigneten oder ausgeschlossenen Bietern stammen. Dieser Fall wäre nach aktuellem Entwurfswortlaut nicht vom Aufhebungsgrund umfasst.

Ansprechpartnerin:

Annette Karstedt-Meierrieks

Tel.: 030/203082706

E-Mail: karstedt-meierrieks.annette@dihk.de