

VITAKO e.V. – Markgrafenstr. 22 – 10117 Berlin

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Referat IB6
Scharnhorststr. 34 - 37
10115 Berlin

Per E-Mail an buero-IB6@bmwi.bund.de

Markgrafenstr. 22
10117 Berlin
 030 - 20 63 156-11
 030 - 20 63 156-22
wulff@vitako.de
www.vitako.de

31.07.2015

Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme zum vorliegenden Referentenentwurf. Vitako begrüßt grundsätzlich die Neufassung der vergaberechtlichen Regelungen und die klare Struktur. Zu einzelnen Punkten nehmen wir wie folgt Stellung.

Zu § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB-E (Grundsätze der Vergabe)

Nach dem Referentenentwurf soll in § 97 Absatz 1 Satz 2 nunmehr lediglich klargestellt werden, dass bei der Vergabe die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden. Neu ist damit, dass als tragendes Prinzip des Vergaberechts auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verankert wird. Wie in der Begründung des Gesetzesentwurfs klargestellt wird, soll damit das umfassende Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers gestärkt werden. Eine Überprüfung von Ermessensentscheidungen der Vergabestellen ist mithin – wie bisher – nur eingeschränkt möglich. Keinesfalls ist eine „allgemeine“ Verhältnismäßigkeitsprüfung und -überprüfung von Entscheidungen und Vorgaben beabsichtigt, die über das im bisherigen Recht verankerte Maß hinaus hinausgeht.

Zu § 97 Abs. 4 GWB-E (Mittelständische Interessen)

Im Gegensatz zu Art. 46 der Richtlinie 2014/24/EU, der eine Aufteilung des Auftragsgegenstands in Losen im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers lässt, sieht § 97 GWB-E (wie bislang § 97 Abs. 3 GWB) eine Verpflichtung zur losweisen Vergabe vor. Damit macht der Gesetzgeber von seinem durch die EU-Richtlinien eröffneten Gestaltungsrecht Gebrauch. Aus Sicht der IT-Dienstleister ist diese Regelung wenig praktikabel; sie führt zu einer marktfremden Zersplitterung von Aufträgen und erschwert die Ausführung. Dies erhöht das Risiko für den Erfolg und den Aufwand eines Projekts.

Daher ist diese Regelung für die IT-Branche wenig sinnvoll. Selbst wenn die Möglichkeit einer begründeten Ausnahme besteht, eröffnet die von dem EU-Gesetzgeber nicht geforderte Überprüfbarkeit der Ermessensentscheidung des Auftraggebers das Risiko einer Nachprüfung. Aus diesem Grund sollte die Verpflichtung zur losweisen Vergabe im Einklang mit den Vorgaben des EU-Gesetzgebers entfallen.

Zu § 97 Abs. 5 GWB-E (Grundsätze der Vergabe), § 113 Satz 2 Nummer 4 GWB-E und § 120 GWB-E

Vitako unterstützt die mit dem Richtlinienpaket eingeleitete und vom Referentenentwurf aufgegriffene Zielsetzung, in Zukunft möglichst weitgehend digitalisierte Beschaffungsprozesse anzustreben. Ein noch stärker elektronisch unterstützter Beschaffungsprozess wird dazu beitragen, Vergabeverfahren mit geringeren Transaktionsaufwänden für Auftraggeber und Auftragnehmer durchführen zu können.

Neben den in § 120 GWB-E geregelten besonderen Methoden und Instrumenten in Vergabeverfahren greift § 97 Abs. 5 GWB-E als einen weiteren Teilaspekt der E-Vergabe die elektronischen Kommunikationsmittel auf, ohne diese aber inhaltlich zu präzisieren oder hinsichtlich der Umsetzungsfristen Vorgaben zu treffen. Die Einzelheiten bleiben der Verordnungsermächtigung in § 113 Satz 2 Nr. 4 GWB-E vorbehalten. Dort, wo die EU-Vergaberichtlinien keine zwingenden Vorgaben treffen, gibt der Gesetzgeber nach dem Referentenentwurf einen Entscheidungsspielraum an die Bundesregierung und den Bundesrat ab. Für Vitako ist es dabei von besonderer Bedeutung, dass die eingeräumten Spielräume unter Beachtung der in Nummer 10 der vom Bundeskabinett am 7. Januar 2015 beschlossenen Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts und im Dialog mit den betroffenen Fachkreisen und Branchenvertretern gefüllt werden.

Aus Sicht der Praxis begrüßen wir, dass die betroffenen Vergabestellen die längere Umsetzungsfrist für die einzelnen „Module“ der Einführung der elektronischen Kommunikation voll ausschöpfen können. Dies ist deshalb erforderlich, weil Teile der Akteure des Vergabeprozesses die technischen und organisatorischen Voraussetzungen einer **vollständigen** E-Vergabe erst noch herbeiführen müssen. Dies betrifft insbe-

sondere die technischen und organisatorischen Rahmenbedingungen für die Einreichung und Öffnung elektronischer Angebote und Teilnahmebewerbungen. Zum einen sind organisatorische Aspekte zur Beschaffung von Cloud-Diensten für die Einführung von E-Vergaben zu berücksichtigen bzw. bestehende Lösungen an den neuen Anforderungen anzupassen. Zum anderen sind die erforderlichen IT-Lösungen erst noch in geregelten Vergabeverfahren zu beschaffen und die für eine flächendeckende Akzeptanz erforderliche Kompatibilität der verschiedenen E-Vergabe-Systeme erst noch herbeizuführen (Stichwort „xVergabe“ sowie Artikel 22 Absatz 1 und ErwGr. 53 der Richtlinie 2014/24/EU).

Das Vorschreiben von fortgeschrittenen elektronischen Signaturen, z.B. bei der Abgabe von Angeboten und Teilnahmeanträgen, obliegt dem Ermessen des nationalen Gesetzgebers, ist jedoch nicht verpflichtend (vgl. Artikel 22 Abs. 6 Buchstaben b) und c) Richtlinie 2014/24/EU). Elektronische Signaturen sind jedoch weder in der Bundesrepublik noch in anderen Mitgliedsstaaten allgemein verbreitet und würden insbesondere in Bezug auf kleinere und mittlere Unternehmen den Zugang zu öffentlichen Aufträgen mit weiterem Aufwand verbinden. In Bezug auf IT-Dienste und Produkte läge das Risiko eher in der Interoperabilität der Produkte als in der Akzeptanz.

Dennoch ist aus Sicht der Vereinfachung der Verfahren zu prüfen, ob andere technische Lösungen, z.B. Zertifizierung beim Anbieter der E-Vergabe-Plattform, zu präferieren sind. Eine Verpflichtung zur Anwendung von elektronischen Signaturen sollte daher weder gesetzlich noch im Rahmen der Ausführungsverordnung als verpflichtend vorgeschrieben werden.

Zu bedenken wird schließlich auch sein, wie vergaberechtlich mit technischen Problemen, Störungen oder Fehlern der IT-Systeme sowie mit den gerade im ländlichen Raum immer noch vorhandenen Defiziten bei der ausreichenden Breitbandversorgung umzugehen sein wird.

Ganz allgemein bleibt zu § 113 GWB-E anzumerken, dass Inhalt und Tragweite der einzelnen Regelungspunkte für die Durchführungsverordnung aktuell im Detail unklar bleiben.

Zu § 108 GWB-E (Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit)

Die Modernisierung des Vergaberechts durch die Aufnahme der durch die Rechtsprechung des EUGH gebildeten Ausnahmetatbestände, der In-house Vergaben und der interkommunalen Kooperation (oder öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit) ist grundsätzlich zu begrüßen. Die Organisationsfreiheit der öffentlichen Auftraggeber, ihre Leistungen mit eigenen Mitteln und Einrichtungen zu erbringen, oder mit anderen öffentlichen Auftraggebern zwecks Erfüllung ihrer Aufgaben zusammenzuarbeiten, darf nicht beschränkt werden. Die Präzisierungen des europäischen Gesetzge-

bers führen jedoch nur teilweise zu mehr Rechtssicherheit, ohne dabei den Wettbewerb mehr zu fördern oder Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden.

Es sollte insbesondere in der Begründung des Gesetzes klargestellt werden, dass diese Ausnahmen aus der Anwendung des Vergaberechts auch im Einklang mit den Regelungen des AEUV sind und nicht zur Anwendung des Wettbewerbs nach dem EU-Primärrecht führen, wie z.B. bisher für öffentliche Verträge außerhalb des Vergaberechts oder Dienstleistungskonzessionen angenommen wurde. Die Regelungen in § 108 GWB-E sollen abschließend als *lex specialis* für In-house Geschäfte und öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit gelten.

Zu Absatz 1:

Die Spaltung des Kontrollkriteriums in ein eigentliches Kontrollkriterium und ein Negativ-Kriterium (keine direkte private Kapitalbeteiligung) ist vorteilhaft, da es zu einer einfacheren Prüfung der Tatbestände führt.

Mehr Rechtssicherheit schafft auch die Aufnahme einer konkreten Größe für das Tätigkeitskriterium in § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB-E. Zu begrüßen ist, dass ausdrücklich nicht nur die Erfüllung der Aufgaben für den eigentlichen öffentlichen Auftraggeber, sondern auch für andere von ihm kontrollierte juristische Personen umfasst werden. Dies ist auch in Anbetracht der nun nach § 198 Abs. 3 zulässigen horizontalen In-house Geschäften naheliegend und konsequent.

In diesem Zusammenhang sollte jedoch die Regelung dahingehend erweitert werden, dass nicht nur die Tätigkeiten für den kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder von ihm kontrollierte juristische Personen (also sogenannte Schwesterunternehmen), sondern auch Tätigkeiten für eine den öffentlichen Auftraggeber kontrollierende juristische Person (z.B. bei einer mehrstufigen Beteiligung einer Gebietskörperschaft) erfasst werden. Eine Verzerrung des Wettbewerbs ist dadurch nicht zu befürchten. Es widerspricht auch nicht dem offensichtlichen Willen des Gesetzgebers, das Tätigkeitskriterium bei lediglich organisatorisch gespaltenen juristischen Personen einheitlich zu betrachten.

Vitako unterstützt weiterhin eine strenge Trennung zwischen einer direkten Beteiligung privaten Kapitals beim Auftragnehmer, die In-house schädlich ist, und der Möglichkeit einer Beteiligung privaten Kapitals beim öffentlichen Auftraggeber.

Zu Absatz 2:

Die Definition des Kontrollkriteriums in § 108 Abs. 2 GWB-E entspricht der Rechtsprechung des EuGH. Zu begrüßen ist auch das Bejahen des Kontrollkriteriums in einem mehrstufigen Verhältnis, in dem etwa eine Gebietskörperschaft unmittelbar einen Auftrag im Rahmen eines In-house Geschäfts an einen Auftragnehmer erteilen kann, wenn der Auftragnehmer von einer juristischen Person kontrolliert wird, die ihrerseits vor der Gebietskörperschaft (der Auftraggeberin) kontrolliert wird. In diesem Zusammenhang ist es im Sinne einer Vereinfachung des Verfahrens auch förderlich, dass im Fall einer bestehenden Kontrolle nicht weiter geprüft werden muss, ob

die zwischengeschaltete kontrollierende juristische Person ihrerseits öffentlicher Auftraggeber ist.

Zu Absatz 3:

Vitako bewertet äußerst positiv, dass nun inverse und horizontale In-house Geschäfte grundsätzlich zulässig sind. Dies muss jedoch auch im Fall von Mehrfachbeteiligungen zuerkannt werden, d.h. wenn die „Kontrolle“ von mehreren öffentlichen Auftraggebern ausgeübt wird. Viele IT-Dienstleister sind entsprechend verfasst und agieren in Form eines Zusammenschlusses mehrerer öffentlicher Auftraggeber. Es wäre daher von der Systematik förderlich, wenn dieser Absatz nach der in momentan in Absatz 4 geregelten In-house Vergabe bei Mehrfachbeteiligungen geregelt würde.

Die hohe Technisierung der Verwaltung und die Anforderungen an eine schnelle und effektive Verwaltungsorganisation setzen eine hochmoderne und gut ausgestattete IT-Infrastruktur voraus. Die damit verbundenen Anforderungen an Kosten, Know-how und sonstigen Ressourcen sind von kleineren und mittleren Kommunen alleine nicht leistbar. Gerade aus diesem Grund sind viele kommunale IT-Verbunde entstanden.

Der Betrieb solcher kommunaler IT-Verbunde ist oft nur dann wirtschaftlich sinnvoll, wenn sich die beteiligten öffentlichen Einrichtungen wechselseitig auch im Wege inverser und horizontaler In-house Geschäfte beauftragen können, z. B.:

- Bilden mehrere kommunale Rechenzentren eine gemeinsame Tochtergesellschaft, die bestimmte Dienste für die Anteilseigner erbringen soll, ist es wirtschaftlich sinnvoll, einen Teil dieser Leistungen mit Hilfe des Rechenzentrums eines der Anteilseigner zu erbringen, anstatt ein neues, weiteres Rechenzentrum zu gründen. Vergaberechtlich setzt dies jedoch eine zulässige inverse In-house Vergabe des gemeinsamen Tochterunternehmens an einen der vielen Anteilseigner voraus. Vitako begrüßt daher außerordentlich die entsprechende Erläuterung in der Begründung des Gesetzesentwurfs, in der solche In-house Vergaben nun explizit zugelassen werden.
- Gründen öffentliche Auftraggeber gemeinsam ein von ihnen kontrolliertes Dienstleistungsunternehmen, das IT-Dienste erbringt, und parallel ein weiteres gemeinsam kontrolliertes Unternehmen, das Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge für die Träger erfüllt, ist nicht ersichtlich, warum die zwei Tochtergesellschaften, die von denselben öffentlichen Auftraggebern kontrolliert werden und für diese tätig sind, sich nicht gegenseitig unterstützen können, indem sie sich im Wege einer horizontalen In-house Vergabe gegenseitige Aufträge erteilen können.
- Erfüllt eine Gebietskörperschaft Aufgaben der Daseinsvorsorge durch eine 100%ige Tochtergesellschaft und tritt sie einem Zweckverband bei, der für seine Träger, die alle öffentliche Auftraggeber sind, IT-Dienste erbringt und ein Rechenzentrum unterhält, erwartet die Gebietskörperschaft, dass auch ihre 100%ige Tochtergesellschaft die Dienste des Zweckverbands in Anspruch

nehmen kann, ohne ein Vergabeverfahren durchzuführen. Dies wäre aber nach dem Wortlaut des Gesetzesentwurfs vergaberechtlich nur zulässig, wenn zusätzlich in der Begründung klargestellt wird, dass auch eine horizontale In-house Vergabe bei Mehrfachbeteiligungen zulässig sind.

Dieses wäre auch deswegen konsequent, weil die Möglichkeit einer inversen In-house Vergabe an einen der kontrollierenden Auftraggeber für zulässig erachtet wird. Außerdem werden in Bezug auf das Tätigkeitskriterium die Umsätze von Schwesterunternehmen gemäß § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB-E zur eigentlichen Tätigkeit für den Auftraggeber hinzugerechnet. Nach der bestehenden Regelung des § 108 Abs. 3 GWB-E bleibt jedoch offen, wie es zu diesen Umsätzen kommen soll, sollten die entsprechenden Aufträge nicht im Wege einer In-house Vergabe erteilt werden dürfen.

Gestattet man eine horizontale In-house Vergabe bei Mehrfachbeteiligungen nicht, dann schränkt man darüber hinaus das verfassungsrechtlich garantierte Recht zur kommunalen Selbstverwaltung über Gebühr ein. Die öffentlichen Auftraggeber würden dann, um eine zulässige und wirtschaftlich sinnvolle Auftragserteilung zu erreichen, z.B. sämtliche nachfragenden Tochtergesellschaften an den kommunalen IT-Dienstleistern mitbeteiligen. Dieses würde allerdings den organisatorischen Aufwand erheblich erhöhen, die Verwaltungstätigkeit erschweren. und es würde weder der Wettbewerb gefördert noch eine Entbürokratisierung der Verwaltung erreicht.

Äußerst problematisch ist ferner die erst in der Begründung zu Absatz 3 letzter Satz aufgenommene Forderung, dass bei einer inversen oder horizontalen In-house Vergabe die Kriterien des § 108 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 GWB-E erfüllt werden müssen. Dies betrifft insbesondere das Tätigkeitskriterium (§ 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB-E). Unabhängig davon, dass diese Anforderung in Art 12 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU nicht enthalten ist, ist diese Forderung nicht praktikabel und in sich unklar. Wer soll diese Kriterien erfüllen? Die kontrollierte Auftraggeberin oder der kontrollierende Auftragnehmer oder gar die Schwesterunternehmen? Dieser Satz sollte daher aus der Begründung ersatzlos gestrichen werden.

Zu Absatz 4 und 5:

Im Hinblick auf den Umstand, dass kommunale Rechenzentren selten nur von einem Träger gehalten werden, dient die Kodifizierung einer zulässigen In-house Vergabe bei einem Zusammenschluss mehrerer öffentlicher Auftraggeber für mehr Rechtssicherheit und Flexibilität. In einem solchen Verbund sollte es jedoch unschädlich sein, wenn neben den öffentlichen Auftraggebern auch andere Einrichtungen der öffentlichen Hand (wie z.B. eine Ärztekammer) beteiligt sind, die keine öffentlichen Auftraggeber sind, sofern die öffentlichen Auftraggeber das Kontrollkriterium erfüllen. Nach der Rechtsprechung des EuGH (Urt. v. 19.06.2014, Rs C-574/12 - „Such“) wäre dies unschädlich, soweit die Beteiligten und die Kontrolle ausübenden Institutionen dem öffentlichen Sektor angehören und die gleichen Interessen verfolgen. Die Richtlinie 2014/24/EU und der Kabinettsbeschluss scheinen hier eine unnötige „Verschärfung“ der Kriterien vorzunehmen, die durch das Argument der Öffnung des Wettbewerbs nicht gerechtfertigt sind. Vitako würde daher einen erläuternden Hinweis begrüßen, dass Institutionen der öffentlichen Hand dem privaten Kapital nicht gleichzusetzen sind, selbst wenn diese keine öffentlichen Auftraggeber nach § 99 GWB-E sind. Sonst müssten für solche Einrichtungen eigene Rechenzentren errichtet werden. Es ist indes aus Organisations-, Praktikabilitäts- und Sicherheitsgründen sowie aus Wirtschaftlichkeitsgründen sinnvoll, eine einheitliche IT-Infrastruktur für die öffentliche Hand zu gestalten.

Nach dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes (§ 108 Abs. 2 Satz 2 GWB-E) ist eine mittelbare Kontrolle des Auftragnehmers nur für Beteiligungen **eines** öffentlichen Auftraggebers möglich. Hierzu gibt es keinen ersichtlichen Grund. Zur Vermeidung von Missverständnissen sollte im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 13.11.2008, C-324/07 – Coditel Brabant; Urteil vom 19.04.2007, C-295/05 – Tragsa; Urteil vom 11.05.2006, C-340/04 – Cabotermo) die Begründung des § 108 Abs. 4 GWB-E dahingehend ergänzt werden, dass eine mehrstufige Beteiligungsstruktur mehrerer Träger eines gemeinsam kontrollierten Auftragnehmers einer In-house Vergabe nicht entgegensteht. Dies betrifft z.B. folgende Fallgestaltungen:

(mehrere Träger=öff. Auftraggeber) → Holding → (Tochtergesellschaft=AN)
oder

(öff. Auftraggeber + Verbund öff. Auftraggeber = öff. Auftraggeber) → Auftragnehmer

Zu Absatz 6:

Vitako unterstützt ausdrücklich die mit dem Richtlinienpaket eingeleitete Reglementierung der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit. Die Erweiterung des Aufgabenspektrums einer solchen Kooperation ermöglicht den beteiligten öffentlichen Auftraggebern die längerfristige gemeinsame Erfüllung von IT-Aufgaben, die oft aufgrund von Kapazitätsschwierigkeiten oder der Komplexität der Aufgaben von einem Betei-

lichten allein nicht zu lösen sind. Das Erweitern der möglichen Kooperation auf alle Aufgaben der Verwaltung, einschließlich etwaiger Hilfsleistungen wie IT-Dienste, ermöglicht den Erfahrungs- und Leistungsaustausch zwischen den unterschiedlichen IT-Dienstleistern. So können Synergien im Sinne einer wirtschaftlichen und sparsamen Erledigung der Verwaltungstätigkeit genutzt werden.

Unklar ist lediglich, wie die Markteteiligung von 20% (§ 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB-E) zu bemessen sein wird. Eine zügige Weisung in dieser Hinsicht würde der Rechtssicherheit dienen.

Zu Absatz 7:

Schließlich lässt die Richtlinie sowie die Regelung in § 108 Absatz 7 GWB-E zur Bemessung des Tätigkeitsprinzips einige Fragen offen. Nach Erwägungsgrund 32 der Richtlinie 2014/24/EU soll jede Tätigkeit in Ausführung der Aufgaben des/der kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber/s für die Erfüllung des Tätigkeitskriteriums relevant sein, ungeachtet des Begünstigten der Ausführung des Auftrags. Aus diesem Grund sollte präzisiert werden, dass nicht nur öffentliche Aufträge als Tätigkeit für den/die öffentlichen Auftraggeber herangezogen werden, sondern auch die Erfüllung von hoheitlichen Aufgaben, die z.B. kraft gesetzlicher Ermächtigung oder sonstiger Auftragsübertragung für den/die öffentlichen Auftraggeber erbracht werden. Erzielt etwa ein Auftragnehmer durch hoheitliche Aufgaben Umsätze dürfen diese nicht als „Fremdgeschäft“ gewertet werden, zumal eine Wettbewerbsverzerrung bei solchen Tätigkeiten nicht zu befürchten steht.

Im Sinne der Praktikabilität sollte ferner von einer Bemessung der durchschnittlichen Umsätze für die letzten drei Jahre vor Vergabe, also Auftragserteilung, abgesehen werden. Nach dem Wortlaut der gewählten Formulierung „...der letzten drei Jahre vor Vergabe...“ müsste man die Betrachtung tagesgenau anstellen. Das ist wenig praxisnah, da verlässliche Zahlen immer nur für komplette Wirtschaftsjahre vorliegen. Praktikabler wäre daher die Formulierung „...der letzten drei Wirtschaftsjahre vor Vergabe...“. Es wird zudem im Streitfall kaum zeitnah und in den kurzen Fristen im Nachprüfungsverfahren nicht realisierbar, unterjährige Bilanzen zu erstellen, um den erforderlichen Nachweis tagesgenau zu erbringen.

Nach den Erläuterungen in der Begründung zu § 108 Abs. 7 GWB-E stellen wir nun fest, dass die Bemessung der Tätigkeit einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit zur Feststellung ihres Marktanteils erst nach Entstehung der Kooperation erfolgen soll. Das halten wir für richtig: Im Fall einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit wird durch die unterschiedlichen Beiträge der kooperierenden öffentlichen Auftraggeber ein neues Betätigungsfeld der Kooperationspartner geschaffen, das in der Konstellation bislang von den Partnern nicht angeboten wurde. Eine Betrachtung etwaiger in der Vergangenheit erwirtschafteter Umsätze durch Beiträge einzelner Ko-

operationspartner entspricht nicht der neuen von der Interkommunalen Kooperation angebotenen Tätigkeit. Folglich ist eine ex-post Betrachtung etwaiger Umsätze oder gar Kosten des § 108 Abs. 7 Satz 1 und 2 GWB-E für die Bemessung der Tätigkeit nach § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB-E verfehlt; sie führt zu verfälschten Ergebnissen. Die Bemessung der Tätigkeit einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit stellt gerade das Paradebeispiel für eine Prognose über die Geschäftsentwicklung gemäß § 108 Abs. 7 Satz 3 GWB-E.

Zu § 113 Satz 2 Nummer 3 GWB-E (Sammelbeschaffungen, Zentrale Beschaffungsstellen)

Die Mitgliedstaaten können nach Artikel 37 Absatz 1 Richtlinie 2014/24/EU festlegen, dass von zentralen Beschaffungsstellen sowie im Rahmen zentraler Beschaffungstätigkeiten direkt, ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens, beschafft werden darf. Ausweislich der Begründung im Referentenentwurf fallen unter den Begriff „Sammelbeschaffungen“ des § 113 Satz 2 Nummer 3 GWB-E neben den Regelungen über Rahmenvereinbarungen auch die zentralen Beschaffungsstellen und die zentralen Beschaffungstätigkeiten. Die den Mitgliedstaaten nach der Richtlinie eingeräumte Befugnis zur Einführung der vorgenannten Institute wird damit nach dem Referentenentwurf an den Verordnungsgeber delegiert. Nach unserer Ansicht sollte der den Mitgliedstaaten eingeräumte Gestaltungsspielraum dergestalt ausgeübt werden, dass zentralisierte und gemeinsame Beschaffungstätigkeiten in den jeweils von den Richtlinien vorgesehenen Umfang ausdrücklich ermöglicht werden. Dies sollte am besten direkt im Gesetz oder doch zumindest in der noch zu erlassenden Durchführungsverordnung geschehen.

Hingegen sollte nicht vorgesehen werden, dass bestimmte Beschaffungen **zwingend** durch Rückgriff auf zentrale Beschaffungsstellen oder eine oder mehrere bestimmte zentrale Beschaffungsstellen durchzuführen sind (Artikel 37 Absatz 1, Unterabsatz 3, Richtlinie 2014/24/EU). Es muss den betroffenen Auftraggebern im Rahmen ihrer Organisationshoheit überlassen bleiben, ob und unter welchen Bedingungen ein Rückgriff auf die vorgenannten Institutionen gewünscht ist.

Zu § 114 GWB-E (Monitoring und Statistikpflichten)

Im Hinblick auf den Umstand, dass verlässliche und aussagekräftige Daten zur öffentlichen Auftragsvergabe in Deutschland bisher fehlen, ist aus unserer Sicht der Bedarf an einer bundesweiten Beschaffungstatistik im Kern nicht von der Hand zu weisen. Bei der Festlegung der zu erhebenden statistischen Daten sollte sich die noch zu fassende Rechtsverordnung aber auf das Maß und den Umfang beschränken, das von den EU-Vergaberichtlinien zwingend gefordert wird. Die Kosten und der Aufwand, der den Auftraggeber bei den ihn treffenden statistischen Erhebungen entstehen könnte, sollte so gering wie möglich sein, damit sich die Transaktionskosten für Vergabeverfahren nicht unnötig erhöhen und Vergabeverfahren schnell abge-

geschlossen werden können. Die Anforderungen an sämtliche öffentliche Auftraggeber statistische Daten erfassen sprengt diesen Rahmen, selbst wenn diese in der Bekanntmachung vergebener Aufträge enthalten sind. Dennoch sind diese Daten zunächst zu erfassen, zu extrahieren und zu übermitteln. In Anbetracht der Tatsache, dass diese Verpflichtung mit Inkrafttreten des Gesetzes eintritt und etwaige technische Lösungen zur Berichterstattung noch beschafft werden müssen, erscheint diese Anforderung nicht umsetzbar. Insoweit sollte § 114 Absatz 2 GWB-E komplett gestrichen werden, da diese Vorschrift ausweislich der Entwurfsbegründung über die zwingenden EU-Statistikpflichten hinausgeht und somit die Statistikbelastung bei den Auftraggebern erhöht.

In jedem Fall sollte aber sichergestellt werden, dass der bürokratische Aufwand sich auf ein Mindestmaß beschränkt. Die Übermittlung der zu erfassenden Daten an die zentrale Statistikstelle sollte möglichst kostengünstig nach Wahl des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers vollelektronisch und in einem automatisierten Verfahren erfolgen können.

Zu § 119 GWB-E (Verfahrensarten)

Ausdrücklich begrüßt wird, dass der deutsche Gesetzgeber nunmehr den vom europäischen Vergaberecht eingeräumten Gestaltungsspielraum ausgeschöpft und für die Auftraggeber in § 119 Absatz 2 GWB-E die Wahlfreiheit zwischen dem offenen und dem nicht offenen Verfahren vorgesehen hat. Davon werden ohne Verlust von Transparenz und Wettbewerb sowohl Auftraggeber als auch die Wirtschaftsteilnehmer profitieren. Damit wird das im Eckpunktepapier zur Reform des Vergaberechts vom 7. Januar 2015 gegebene Versprechen, die Vergabeverfahren vereinfachen und flexibler gestalten zu wollen, in diesem Punkt eingehalten. Das Erfordernis beim nicht offenen Verfahren den vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb nach objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien durchzuführen, ist nicht neu und entspricht der Rechtsprechung und der gängigen Praxis.

Zentrale Beschaffungsstellen § 120 Abs. 4 GWB-E

Die Regelung der zentralen Beschaffungsstellen erscheint sachdienlich und bietet ein gutes und effizientes Hilfsmittel bei öffentlichen Beschaffungen. Gerade im IT-Markt sind multinationale Unternehmen bei der Lieferung von Standardprodukten stark vertreten, so dass eine Bündelung der Nachfrage im kartellrechtlich zulässigen Rahmen wirtschaftlich sinnvoll erscheint. Zudem hilft bei solchen Standardbeschaffungen die Befreiung der zentralen Beschaffungsstelle sowohl hinsichtlich der Beauftragung zur Durchführung der Beschaffung als auch zum Abruf der Lieferung bzw. Leistung durch den öffentlichen Auftraggeber.

Vitako geht dabei davon aus, dass die Erfordernisse zur Bildung einer zentralen Beschaffungsstelle abschließend sind und somit jeder öffentliche Auftraggeber eine zentrale Beschaffungsstelle bilden bzw. sein kann, wenn er dauerhaft Lieferaufträge

und Dienstleistungen für andere öffentliche Auftraggeber vergibt, selbst wenn diese nicht die einzige Aufgabe der zentralen Beschaffungsstelle ist.

Zu §§ 122, 123 und 124 GWB-E (Eignungskriterien)

Für die tägliche Praxis der Eignungswertung wird es wesentlich auf die Gestaltung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung ankommen, die möglichst einfach zu handhaben und klar strukturiert sein muss.

Die Neustrukturierung der Eignungskriterien gemäß Art. 58 der Richtlinie 2014/24/EU erleichtert durch die klare Trennung zwischen zwingenden Ausschlussgründen und möglichen Ausschlussgründen die Wertung der Bieterangebote. Große inhaltliche Änderungen sind grundsätzlich damit nicht verbunden, das verleiht weiterhin Sicherheit bei der öffentlichen Vergabe.

Für die IT-Branche ist die Regelung in § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB-E, der einen Ausschluss aufgrund etwaiger wesentlicher Vertragsverletzungen des Auftragnehmers sehr hilfreich. Größere IT-Projekte verlaufen selten ohne Komplikationen und Störungen. Dauer, Höhe der Investitionen und Umsetzungsfristen bewegen jedoch die Vertragsparteien zu Kompromissen, zumal der Umfang der Projekte meist die Gerichte überfordert und erfahrungsgemäß etwaige gerichtliche Auseinandersetzungen äußerst langwierig sind. Aus diesem Grund sind Vertragsstrafen und Minderungen ein probates Mittel, um Bieter im Vergabeprozess daran zu hindern, alles zu versprechen und später kaum etwas davon zu halten. Vitako würde es daher begrüßen, wenn im Rahmen der Begründung festgehalten würde, dass diese Instrumente als vergleichbare Rechtsfolgen gelten und zusammen mit einer Schlechtleistung des Auftragnehmers den Ausschluss eines Bieters begründen können.

Zu §§ 125, 126 GWB-E

Wir begrüßen die Aufnahme der von der Rechtsprechung entwickelten Regelungen für eine Selbstreinigung eines Bieters, dessen Integrität zweifelhaft wurde in das Gesetz. Die Verpflichtung des Unternehmens zur Beseitigung des durch sein Fehlverhalten hervorgerufenen Schadens ist signifikant nicht nur zur Prävention solchen Fehlverhaltens, sondern stellt auch eine leicht zu überprüfende Tatsache ebenso wie die aktive Unterstützung der Ermittlungsbehörden dar. Für öffentliche Auftraggeber ist die Überprüfung der Selbstreinigung oft problematisch, da der Nachweispflicht des Auftragnehmers rechtlich und faktisch keine entsprechenden Prüfrechte des öffentlichen Auftraggebers entgegenstehen. Die Prüfung des Auftraggebers beschränkt sich daher oft auf eine Plausibilitätsprüfung der getroffenen Maßnahmen. Die in §§ 125 und 126 GWB-E genannten Maßnahmen entlasten somit die öffentlichen Auftraggeber.

Zu § 127 GWB-E Zuschlagskriterien

Die Reform des Vergaberechts stellt in Bezug auf die Zuschlagskriterien das Preis-Leistungs-Verhältnis mehr in Mittelpunkt. Dennoch bleibt es zulässig den Preis als einziges Zuschlagkriterium zu bewerten. Dies ist für standardisierte und marktübliche Produkte durchaus vom Vorteil und wird von uns begrüßt. Bei komplexeren IT-Beschaffungen ist es unumgänglich, u.a. qualitative Aspekte mit zu berücksichtigen. Die vom EU-Richtliniengeber geschaffene Möglichkeit zur stärkeren Berücksichtigung strategischer Ziele wird von uns ebenso positiv aufgenommen, wie deren Umsetzung im Referentenentwurf. Die konkrete Umsetzung bei der Beschaffung stellt die Vergabestellen jedoch vor große Herausforderungen, weil die dabei einzuhaltenden rechtlichen Vorgaben selbst in einem Spannungsfeld stehen und in der Praxis teilweise nur schwer und mit erheblichem Aufwand angewendet werden können. Es gibt zurzeit keine sichere Übersicht über mögliche Lebenszykluskosten bei IT-Beschaffungen. Breitere Akzeptanz kann daher wohl nur dadurch geschaffen werden, dass sich sowohl die Mitgliedstaaten als auch die EU-Kommission stärker darin engagieren, allgemeingültige und anerkannte Regeln oder Gütezeichen - wie z.B. bereits heute mit der Anerkennung des „Energy-Star“-Programms (Verordnung EG Nr.106/2008) bei IT-Komponenten - zu schaffen. Nur so können die Transaktions- und Bürokratieaufwände bei den einzelnen Beschaffungsstellen reduziert und die Akzeptanz von strategischer Ziele und von Nachhaltigkeitsaspekten bei den Vergabestellen gestärkt werden.

Die Verpflichtung, Nebenangebote zur Förderung von Innovationen zuzulassen und Mindestanforderungen sowie Zuschlagkriterien zu formulieren, stellt jeden öffentlichen Auftraggeber, der hoch technisierte Verfahren oder Produkte beschafft, vor eine große Herausforderung. Weder ist er in der Lage sämtliche Entwicklungen der IT-Branche zu verfolgen, um entsprechende innovative Produkte zu berücksichtigen, noch bereit Experimente bei so wesentlichen Beschaffungen wie z.B. das Ersetzen veralteter Systeme für die Verwaltung einzugehen. Aus diesem Grund darf das Ermessen des Auftraggebers beim Zulassen von Nebenangeboten nicht eingeschränkt werden.

Zu § 132 GWB-E (Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit)

Die Regelungen in § 132 GWB-E zu Auftragsänderungen sind für die tägliche Beschaffungspraxis von herausragender Bedeutung und werden von uns unterstützt. Insbesondere ist zu begrüßen, dass § 132 Absatz 2 GWB-E „Nachbestellungen“ bis zu 50% des ursprünglichen Auftragswerts auch ohne erneutes Vergabeverfahren zulässt. Die unterschiedlichen Fallgruppen von Vertragsänderungen erfahren in der Vorschrift eine klare Strukturierung und erleichtern dem Rechtsanwender dadurch die Prüfung, welche der Ausnahmeregelungen ggf. in Anspruch genommen werden können. Begrüßenswert ist zudem, dass in der Gesetzesbegründung zu verschiedenen Tatbestandsmerkmalen praxisnahe Beispiele angeführt werden, wann Auftragsände-

rungen möglich sind. So führt der Referentenentwurf zu § 132 Absatz 2 Nr. 1 GWB-E als Beispiel „Preisanpassungsklauseln“ an. Aus Sicht der Praxis sollte (für den IT-Bereich) klarstellend aufgenommen werden, dass dies darüber hinaus auch für die Änderungen und Nachträge aufgrund vertraglich allgemein vereinbarter Change-Request- bzw. Anpassungsklauseln sowie im speziellen bei Anpassungen von Software auf Grundlage von Softwarepflegeverträgen – z.B. wegen der Änderung rechtlicher Vorgaben - gilt.

So werden für den IT-Bereich in der Regel Verträge auf Basis der EVB-IT zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer geschlossen,¹ die entsprechende Regelungen z.B. in Ziffer 17 EVB-IT System-AGB, Ziffer 2 EVB-IT Service AGB und Ziffer 11 EVB-IT Dienstleistung enthalten. Die Klarstellung sollte auch für vergleichbare Bestimmungen erfolgen, z.B. im Rahmen der Regelungen der VOB/B. Allen genannten Vorschriften ist gemein, dass sie klare, genaue und eindeutig formulierte vertragliche Regelungen darstellen.

Zu § 133 GWB-E (Kündigung von öffentlichen Aufträgen)

Entsprechend der Vorgaben in den neuen EU-Vergaberichtlinien ist neben den Regelungen zum Umgang mit Auftragsänderungen nunmehr auch in § 133 GWB-E erstmals bestimmt, unter welchen vergaberelevanten Tatbeständen der öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit hat, den Vertrag mit dem Auftragnehmer zu kündigen. Positiv ist aufzunehmen, dass der Referentenentwurf etwaige mögliche Kündigungsgründe benennt, die Aufzählung jedoch nicht abschließend ist und die Ausübung des Kündigungsrechts im Ermessen des Auftraggebers liegt.

Gemäß § 134 Abs. 2 GWB-E bleibt der Auftragnehmer weiterhin auf den erarbeiteten Anteil seiner Vergütung berechtigt, es sei denn, es lag bei Vergabe ein zwingender Ausschlussgrund vor und die Leistung ist für den Auftraggeber nicht von Interesse. Der eher allgemein gehaltene Hinweis auf die Möglichkeit eines Schadensersatzes wirft viele Fragen auf. Unabhängig von der Frage nach den Verantwortlichkeiten und dem (Mit-)Verschulden stellt sich z.B. die Frage, ob ein solcher Schadensersatz auch die Kosten für ein neues Vergabeverfahren und etwaige Verzögerungen bei der anliegenden Beschaffung und somit Behinderungen der Verwaltung umfassen kann.

¹ vgl. dazu: http://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/Aktuelle_EVB-IT/aktuelle_evb_it_node.html

Zu § 135 Abs. 3 GWB-E (Freiwillige ex-ante-Transparenz-bekanntmachung)

Ausdrücklich zu begrüßen ist, dass der Referentenentwurf mit § 133 Abs. 3 GWB-E nunmehr die für den Auftraggeber vom EU-Recht geschaffene Möglichkeit einer „freiwilligen ex-ante-Transparenzbekanntmachung“ bei Auftragsvergaben in das nationale Recht aufnimmt.

Zu § 160 GWB-E (Einleitung, Antrag)

Vitako begrüßt, dass der Kabinettsbeschluss im Gegensatz zum Referentenentwurf zwar dem EuGH in den Rechtssachen „Uniplex“ (EuGH, Urt. v. 28.01.2010, Rs.C-406/08) und „NRA“ (EuGH, Urt. v. 28.01.2010, Rs.C- C-456/08) folgt, aber zugleich einen effektiven Bieterrechtsschutz und eine Beschleunigung von Vergabe- und Nachprüfungsverfahren ermöglicht, indem nun eine konkrete Frist zur Rüge binnen zehn Tagen nach Kenntnisnahme eines Vergabeverstößes festgelegt wird.

Für evtl. Fragen stehen wir gern zur Verfügung. Darüber hinaus bieten wir Ihnen den Austausch mit entsprechend fachlich versierten Experten aus den Vitako-Mitgliedsunternehmen an.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Marianne Wulff
Geschäftsführerin

(elektronisches Dokument, daher ohne Unterschrift)