

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

27.05.2015

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. Es stellt sich damit die Frage von Inhalt und Reichweite der Neuerung. Aus Sicht von Vitako soll damit nur zum Ausdruck gebracht werden, dass der Auftraggeber bei ihm durch einzelne Vorschriften explizit eingeräumten Ermessensentscheidungen (z.B. Fristverkürzungen und Fristfestlegungen, Nachfordern von Unterlagen) das Verhältnismäßigkeitsprinzip beachten muss. Es sollte daher klargestellt werden, dass mit der Einfü-

gung keinesfalls eine „allgemeine“ Verhältnismäßigkeitsprüfung und -überprüfung von Entscheidungen und Vorgaben verbunden ist, die über das im bisherigen Recht verankerte Maß hinaus hinausgeht. Soll der Grundsatz also eine besondere, übergeordnete vergaberechtliche Ausprägung erhalten, wäre diese noch zu präzisieren, ansonsten wäre die Aufnahme ins Gesetz schlichtweg überflüssig.

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 einen möglichst weitgehend digitalisierten Beschaffungsprozess 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 im Dialog mit den betroffenen Fachkreisen und Branchenvertretern gefüllt werden.

Aus Sicht der Praxis wird es dabei insbesondere wichtig sein, dass die betroffenen Vergabestellen die längere Umsetzungsfrist für die einzelnen „Module“ der Einführung der elektronischen Kommunikation 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 insbesondere die technischen und organisatorischen Rahmenbedingungen für die Einreichung und Öffnung elektronischer Angebote und Teilnahmem Bewerbungen. Zum Teil 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 Gesetzgebers führen jedoch nur teilweise zu mehr Rechtssicherheit, ohne dabei den Wettbewerb mehr zu fordern 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 auch, dass ausdrücklich nicht nur die Erfüllung der Aufgaben für den eigentlichen öffentlichen Auftraggeber, sondern auch für andere von ihm kontrollierten juristische Personen umfasst werden. In diesem Zusammenhang sollte jedoch die Regelung, da dadurch eine Verzerrung des Wettbewerbs nicht zu befürchten ist, dahingehend erweitert werden, dass nicht nur die Tätigkeiten für den kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder von ihm kontrollierte juristische Personen (also sogenannte Schwesterunternehmen) erfasst werden, sondern auch Tätigkeiten für eine den öffentlichen Auftraggeber kontrollierende juristische Person (z.B. eine Gebietskörperschaft). Dies widerspricht nicht dem offensichtlichen Willen des Gesetzgebers, das Tätigkeitskriterium bei lediglich organisatorisch gespaltenen juristischen Personen einheitlich zu betrachten.

Von Vitako weiterhin unterstützt wird ferner 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. Unklar ist jedoch, ob die Beteiligung anderer Einrichtungen des öffentlichen Sektors (die jedoch keine öffentlichen Auftraggeber sind) beim Auftragnehmer nach § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB-E, der Annahme eines In-house Geschäfts widersprechen, wenn die ausschlaggebende Kontrolle des Auftragnehmers durch den Auftraggeber sichergestellt ist. Da die Richtlinie 2014/24/EU in der Hinsicht von der Rechtsprechung des EuGH (Urt. v. 19.06.2014, Rs C-574/12 - „Such“) abweicht und eine Trennung des Kontrollkriteriums von der Beteiligung privaten Kapitals vornimmt.

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 ein Zusammenschluss mehrerer öffentlicher Auftraggeber.

Gerade 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. Aus diesem Grund sind mehrere kommunale IT-Dienstleister entstanden, deren Sinn und Zweck darin besteht, Leistungen nicht nur für die beteiligten Träger/Gebietskörperschaften zu erbringen, sondern auch für deren etwaigen weiteren Körperschaften bzw. Tochtergesellschaften. Dies wäre aber vergaberechtlich nur zulässig, wenn eine horizontale oder inverse In-house Vergabe bei einer Mehrfachbeteiligung zulässig ist.

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

Die Möglichkeit einer horizontalen In-house Vergabe wird in Bezug auf das Tätigkeitskriterium schon anerkannt. Dort werden die Umsätze von Schwesterunternehmen 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, wenn die Aufträge nicht erteilt werden dürfen.

Nach der vorgeschlagenen Regelung müssten sich, um eine zulässige Auftragserteilung zu erreichen, z.B. sämtliche nachfragenden Tochtergesellschaften an den kommunalen IT-Dienstleistern mitbeteiligen. Dies erhöht den organisatorischen Aufwand und wirkt sich gegen eine Vereinfachung und Erleichterung der Verwaltungstätigkeit aus.

Ebenfalls äußerst problematisch ist die erst in der Begründung (Seite 96) des Entwurfs zu entnehmende Forderung, dass bei einer inversen oder horizontalen In-house Vergabe die Kriterien des § 108 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 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 gestrichen werden.

Zu Absatz 4 und 5:

Im Hinblick auf den Umstand, dass in Deutschland die kommunalen 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 jedoch es unschädlich sein, wenn neben den öffentlichen Auftraggebern auch andere Einrichtungen der öffentlichen Hand beteiligt sind, die keine öffentlichen Auftraggeber sind, sofern die öffentlichen Auftraggeber das Kontrollkriterium erfüllen. Sonst müssten für Einrichtungen der öffentlichen Hand, die keine öffentlichen Auftraggeber sind, eigene Rechenzentren errichtet werden. Es ist aus Organisations-, Praktikabilitäts- und Sicherheitsgründen sowie aus Wirtschaftlichkeitsgründen sinnvoll, eine einheitliche IT-Infrastruktur für die öffentliche Hand zu gestalten.

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 Beteiligten 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 Marktbeteiligung 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, die jedoch erst die Rechtsprechung beantworten kann. Im Sinne der Praktikabilität sollte jedoch von einer Bemessung der durchschnittlichen Umsätze für die letzten drei Jahre vor Vergabe, also Auftragserteilung, abgesehen werden. Mit Blick auf die gewählte 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.

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

Die Mitgliedsstaaten 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 Mitgliedsstaaten 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 Mitgliedsstaaten eingeräumte Gestaltungsspielraum von Deutschland 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 sie treffenden statistischen Erhebungen entstehen können, sollte so gering wie möglich sein, damit sich die Transaktionskosten für Vergabeverfahren nicht unnötig erhöhen und Vergabeverfahren schnell abgeschlossen werden können. 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 öf-

fentlichen 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.

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

Die Neustrukturierung der Eignungskriterien gemäß Art. 58 der Richtlinie 2014/24/EU erleichtert durch die klare Trennung zwischen Ausschlussgründen und möglichen Ausschlussgründen die Wertung der Bieterangebote. Große inhaltliche Änderungen sind damit nicht verbunden, das verleiht weiterhin Sicherheit bei der öffentlichen Vergabe. Für die Praxis wird es wesentlich auf die Gestaltung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung ankommen.

Zu §§ 125, 126 GWB-E

Ebenfalls mit Interesse sieht die Praxis die Aufnahme im Gesetz der von der Rechtsprechung entwickelten Regelungen für eine Selbstreinigung eines Bieters, dessen Integrität zweifelhaft wurde. 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 Zuschlagskriterium 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 Mitgliedsstaaten als auch die EU-Kommission stärker darin engagieren, allgemeingültige und anerkannte Regeln/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.

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 gemäß § 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 Auftragsänderungen möglich sind. So führt der Referentenentwurf zu § 132 Absatz 2 Nr. 1 GWB-E als Beispiel „Preis Anpassungsklauseln“ 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 zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer Verträge auf Basis der EVB-IT geschlossen (vgl. dazu: http://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/Aktuelle_EVB-IT/aktuelle_evb_it_node.html), 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 sich darauf beschränkt, die etwaigen Kündigungsgründe zu benennen, auf die Formulierung etwaiger Ausgleichsregelungen aber verzichtet.

Zu § 135 Abs. 3 GWB-E (Freiwilligen ex-ante-Transparenzbekanntmachung)

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)

Unter Hinweis auf die fragliche Europarechtskonformität der aktuellen Regelung in § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 GWB sieht der Referentenentwurf eine wichtige Änderung für den Zugang zum Nachprüfungsverfahren vor. Es soll nach § 160 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 GWB-E nicht mehr darauf ankommen, dass ein erkannter Vergaberechtsverstoß „unverzüglich“ gegenüber dem Auftraggeber gerügt worden ist. In zeitlicher Hinsicht soll es – mit den Einschränkungen nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nummer 2 und 3 GWB-E – vielmehr ausreichend sein, dass vor der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens überhaupt ein Vergabeverstoß gerügt wird. Damit bleibt die Rügeobliegenheit als solches zwar erhalten, es wird aber auf die Festlegung einer einheitlichen Frist verzichtet. Der Referentenentwurf geht so ohne Not über die vom Gerichtshof der Europäischen Union 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) aufgestellten Anforderungen an einen effektiven Bieterrechtsschutz hinaus und bringt die Gebote der Effektivität und Beschleunigung von Vergabe- und Nachprüfungsverfahren nicht hinreichend zur Geltung. Nach dem EuGH (Urt. v. 28.01.2010, Rs.C-406/08) steht es jedoch *„den Mitgliedstaaten frei, Fristen für die Verfahrenseinleitung vorzuschreiben“*.

Daher wird angeregt, die Vorschrift § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB-E wie folgt neu zu fassen: *„1. der Antragsteller den geltend gemachten Verstoß gegen Vergabevorschriften vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannt und **innerhalb von 10 Kalendertagen** gegenüber dem Auftraggeber gerügt hat.“*

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)