

Vorläufige Stellungnahme

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts

I. Grundsätzliches

Das Bundeskabinett hat am 07.01.2015 „Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts“ beschlossen. Daraus geht hervor, dass die Bundesregierung die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien dazu nutzen will, das nationale Vergaberecht u. a. einfach, anwenderfreundlich und rechtssicher zu gestalten. Diese Zielsetzung begrüßt die deutsche Industrie ausdrücklich.

Der BDI bezweifelt jedoch, dass diese Ziele mit der eingeleiteten Vergaberechtsumsetzung erreicht werden können. Denn Vereinfachung und Anwenderfreundlichkeit werden nicht erreicht, indem man die Struktur des Vergaberechts allgemein dahingehend ändert, dass die gleichen Vorschriften sich nunmehr auf einer anderen Regelungsebene wiederfinden. Eine echte Strukturreform des Vergaberechts müsste vielmehr darauf abzielen, die Landesvergabegesetze mit ihrer Vielzahl unterschiedlicher Regelungen abzuschaffen. Jedes dieser Gesetze fördert die Zersplitterung des Vergaberechts und führt nicht zu einem vereinfachten und rechtssicheren Vergaberecht zugunsten der Praktikabilität für anbietende Unternehmen und Auftraggeber. Denn bundesweit anbietende Unternehmen müssen sich mit großem bürokratischem Aufwand bei jeder Ausschreibung auf neue Anforderungen einstellen. Dies geht vor allem zulasten kleiner und mittlerer Unternehmen. KMU beteiligen sich immer weniger an öffentlichen Ausschreibungen, wie die Erfahrungen in einigen Bundesländern gezeigt haben.

Auch mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts wird u. a. beabsichtigt, die Struktur des nationalen Vergaberechts zu vereinfachen und anwenderfreundlicher zu gestalten. Allerdings erweist sich bei eingehender Betrachtung, dass dieses Ziel nicht durchgängig erreicht wurde.

Der Versuch, den Ablauf des Vergabeverfahrens erstmals im 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vorzuzeichnen, führt einerseits dazu, dass das GWB erheblich umfänglicher geworden ist, weil Regelungen, die sich bislang in den Vergabe- und Vertragsordnungen finden, nunmehr auf Gesetzebene geregelt werden sollen (z. B. Leistungsbeschreibung, Eignungsprüfung, Ausschlussgründe, Zuschlag). Andererseits werden diese Themen im GWB aber nicht umfassend geregelt, sondern bedürfen einer Konkretisierung. Zudem fehlen wesentliche Regelungen, die ebenfalls zum Ablauf des Vergabeverfahrens gehören, wie z. B. zu Eignungsnachweisen, Fristen, Prüfung und Wertung der Angebote und Dokumentation.

Dokumenten Nr.
D 0704

Datum
28. Mai 2015

Seite
1 von 18

**Bundesverband der
Deutschen Industrie e.V.**
Mitgliedsverband
BUSINESSEUROPE

Telekontakte
T: +493020281512
F: +493020282512

Internet
www.bdi.eu

E-Mail
A.Mundt@bdi.eu

Äußerst misslich kommt hinzu, dass nicht geprüft werden kann, ob die europäischen Vergaberichtlinien vollständig umgesetzt worden sind, weil bestimmte Themenkreise im GWB nur angerissen werden, die möglicherweise konkretisierenden Verordnungsentwürfe bislang aber nicht vorgelegt wurden.

Für Sektorenauftraggeber verursacht die neue Struktur darüber hinaus einen Mehraufwand, weil für sie – neben der Sektorenverordnung – im GWB künftig mehrere Abschnitte gelten sollen.

Diese Strukturproblematik bestand im bisherigen dreistufigen System nicht. Der BDI befürwortet daher weiterhin eine Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien unter Beibehaltung der Vergabeordnungen VOB, VOL und VOF. Diese hat zudem den Vorteil, dass auch die unmittelbar betroffenen Auftragnehmer ihre Expertise einbringen können, um gemeinsam mit den Auftraggebern in bewährter Weise eine handhabbare Vergabepraxis zu erarbeiten.

II. Im Einzelnen

Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Im Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft nicht berücksichtigt sind die Kosten für Erklärungen, Nachweise und Gütezeichen, die durch die Vorgaben im GWB begründet werden. Zudem fehlen die Kosten für freiberufliche Leistungen (vgl. Begründung zum Referentenentwurf). Darüber hinaus beinhalten die Kosten für die Wirtschaft, die mit der Umstellung auf die elektronische Vergabe einhergehen, aus unserer Sicht nicht die Kosten für die Signaturen. Schulungs- und Fortbildungskosten für Mitarbeiter, die aufgrund der umfangreichen vergaberechtlichen Neuerungen notwendig werden, sind nicht aufgeführt.

Artikel 1, § 97 Abs. 1 GWB

Die deutsche Industrie begrüßt ausdrücklich die Aufnahme der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit in § 97 Abs. 1 GWB. Ergänzt werden muss der Grundsatz der Nichtdiskriminierung, den die EU-Vergaberichtlinien ebenfalls vorgeben.

Artikel 1, § 97 Abs. 2 GWB

Alternativ kommt die Aufnahme des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung, den die EU-Vergaberichtlinien vorgeben, auch in § 97 Abs. 2 GWB in Betracht.

Nach § 97 Abs. 2 GWB ist eine Ungleichbehandlung künftig möglich, wenn sie aufgrund *eines* Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet ist. Bislang hieß es dazu „aufgrund *dieses* Gesetzes“. Diese erhebliche Erweiterung auf bundes- oder landesgesetzliche Vorschriften oder untergesetzliche

Normen, z. B. Rechtsverordnungen (vgl. Begründung zum Referentenentwurf), wird kritisch beurteilt, da die vergaberechtlichen Konsequenzen nicht absehbar sind. Nach Auffassung des BDI muss es beim derzeitigen Wortlaut bleiben.

Artikel 1, § 97 Abs. 3 GWB

§ 97 Abs. 3 GWB sieht vor, dass strategische Aspekte nach Maßgabe dieses Teils *berücksichtigt werden*. Dies impliziert eine zwingende Berücksichtigung. Die EU-Vergaberichtlinien sowie die Begründung zum Referentenentwurf sehen jedoch ein Ermessen des Auftraggebers vor. Die vorgesehene Umsetzung im GWB geht darüber hinaus. § 97 Abs. 3 GWB muss daher entsprechend umformuliert werden („*können ... berücksichtigt werden*“).

Im Übrigen bleibt es bei der Kritik des BDI an der Vorgabe strategischer Aspekte: Die deutsche Industrie tritt seit langem dafür ein, dass allgemeine politische bzw. „strategische“ Aspekte bei der Auftragsausführung nur berücksichtigt werden dürfen, wenn sie strikt auf den Auftragsgegenstand bezogen, d. h. direkt produkt- bzw. leistungsbezogen sind.

Es besteht die Gefahr, dass die unternehmerische Freiheit erheblich beeinträchtigt wird, wenn durch Vorgabe vor allem bestimmter sozialer Kriterien in die Unternehmensführung „hineingeredet“ wird. Dies kann dazu führen, dass sich Unternehmen aus dem Markt um öffentliche Aufträge zurückziehen bzw. kleine und mittlere Unternehmen – entgegen der mit den Richtlinien beabsichtigten verstärkten Beteiligung von KMU – sich gar nicht erst an Ausschreibungen beteiligen.

Die deutsche Industrie lehnt es nach wie vor ab, dass politische Ziele allein über das Vergaberecht *durchgesetzt* werden. Dies sollte dem jeweiligen gesetzlichen Kontext vorbehalten bleiben. Sollen beispielsweise Sozialstandards erhöht werden, sollte dies im Wege der allgemeinen Sozialgesetzgebung erfolgen, nicht aber über den Umweg des öffentlichen Auftragswesens. Denn diesem werden damit erhebliche zusätzliche Schwierigkeiten aufgebürdet, die den Hauptzielen der öffentlichen Beschaffung – einer möglichst effizienten Bedarfsdeckung und dem fairen und unverzerrten Bieterwettbewerb – empfindlich zuwiderlaufen.

Werden beliebige, sich z. T. im Zeitablauf auch ändernde politische Interessen allein über das Vergaberecht durchgesetzt, gefährdet dies zudem eine wirtschaftliche Beschaffung. Hinzu kommt, dass jede zusätzliche Anforderung an die Auftragsausführung die Vergabe verkompliziert und zu mehr Rechtsunsicherheit führt und in der Folge vermehrt mit Vergabenachprüfungsverfahren gerechnet werden muss.

Nötig ist daher eine wirtschaftlich vernünftige Eingrenzung der Definition und Reichweite strategischer Aspekte. Strategische Aspekte sind danach insofern hinnehmbar, als sie im Rahmen des allgemein geltenden Rechts (z. B. ratifiziertes Recht) gefordert werden. Denn jedes Unternehmen muss sich ohnehin an geltendes Recht halten.

Artikel 1, § 97 Abs. 4 GWB

Die EU-Vergaberichtlinien sehen eine Losvergabe optional und bei Nichtgebrauch eine zwingende Begründungspflicht vor. Die derzeitige deutsche Regelung in § 97 Abs. 3 GWB geht darüber hinaus. Dies ist nach der Richtlinie zwar zulässig. Allerdings sollten zumindest die zweckmäßigen Überlegungen des Erwägungsrundes 78 bei der Anwendung der nationalen Vorschrift einbezogen werden. Als Gründe für eine Gesamtvergabe gelten danach beispielsweise, dass eine Aufteilung nach Auffassung des Auftraggebers den Wettbewerb beschränken könnte oder dass die Ausführung des Auftrags technisch übermäßig erschwert oder kostspielig würde, oder dass mit der Notwendigkeit zur Koordinierung der verschiedenen Auftragnehmer für die Lose die ernsthafte Gefahr einer Untergrabung der sachgerechten Ausführung des Auftrags verbunden sein könnte.

Der BDI sieht seine bisherige Positionierung zu § 97 Abs. 3 GWB i. d. F. des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.04.2009 durch den Erwägungsgrund 78 bestätigt. Seinerzeit hatte die deutsche Industrie argumentiert, dass die zwingende Vorgabe zur Losaufteilung zu einer Segmentierung der Aufträge führt, die sowohl bei Auftraggebern als auch bei Auftragnehmern zu mehr Bürokratie führen wird. Darüber hinaus wurde eine beträchtliche Erhöhung des Koordinierungsaufwands für Auftraggeber befürchtet, weil diese einheitliche Beschaffungsvorgänge künstlich aufspalten und getrennt voneinander vergeben müssen.

Artikel 1, § 97 Abs. 5 GWB

§ 97 Abs. 5 GWB ist exemplarisch für die Problematik, die die neue Struktur des 4. Teils des GWB mit sich bringt: Es sollen die wichtigsten Vergabevorschriften im 4. Teil des GWB abgebildet werden, ohne jedoch die Themen umfassend regeln zu können. Dies führt zum einen dazu, dass die Regelungen an anderer Stelle konkretisiert werden und Anwender künftig Vorschriften zum gleichen Thema auf zwei unterschiedlichen Regelungsebenen suchen müssen. Zum anderen besteht wie vorliegend die Gefahr, dass aufgrund der Kürze der Vorschriften im GWB wichtige grundlegende Aussagen – wie hier zu den Übergangsfristen – fehlen.

Denn § 97 Abs. 5 GWB regelt die grundsätzliche Verwendung elektronischer Mittel im Vergabeverfahren für Auftraggeber und Unternehmen. Damit wird versucht, der Vorgabe der EU-Vergaberichtlinien nachzukommen, die elektronische Vergabe für Aufträge ab den EU-Schwellenwerten zwingend einzuführen. Allerdings sehen die Richtlinien im Gegensatz zu § 97 Abs. 5 GWB die Möglichkeit vor, Übergangsfristen vorzusehen. Das Wort „grundsätzlich“ in § 97 Abs. 5 GWB lässt zwar Ausnahmen zu. Es ist jedoch kein Fall bekannt, dass sich die Ausnahmen auch auf (Übergangs-)Fristen beziehen können. Der BDI fordert daher, die Übergangsfristen in § 97 Abs. 5 GWB zu regeln.

Grundsätzlich begrüßt der BDI das Bestreben, entschlossen auf eine ausschließlich elektronische Vergabe hinzuwirken. Auch die deutsche Industrie

ist von Anfang an für einen konsequenten Übergang zur elektronischen Vergabe eingetreten und hat dies stets mit eigenen Aktivitäten auf europäischer wie auch auf nationaler Ebene unterstützt.

Es darf allerdings nicht verkannt werden, dass aufgrund des Versäumnisses, rechtzeitig nötige Rahmenparameter oder -vereinbarungen für eine flächendeckende e-Vergabe, insbesondere zu elektronischen Signaturen und anwendbaren IT-Sicherheitsstandards zu schaffen, äußerst gravierende Inkompatibilitäten zwischen den mittlerweile zahlreich entstandenen e-Vergabe-Anwendungen entstanden sind. Es gibt keine Einigung in Bezug auf Datenformate, Übertragungsformate, Soft- und Hardware usw. Gerade für KMU ist dieser Zustand unhaltbar.

Angesichts dieser Situation ist für Unternehmen eine Umstellung auf elektronische Kommunikation mit den verschiedenen öffentlichen Auftraggebern aufwendiger als die hergebrachte Kommunikation im Papierwege. Wesentlicher Hintergrund dafür ist, dass erfolgreich arbeitende Unternehmen typischerweise mit einer Vielzahl zentraler, regionaler und lokaler Auftraggeber im In- und Ausland zusammenarbeiten, die jeweiligen elektronischen Systeme der öffentlichen Auftraggeber jedoch – soweit überhaupt vorhanden – äußerst unterschiedliche Anforderungen in technischer Sicht aufweisen. Dies würde die anbietenden Unternehmen dazu zwingen, eine Vielzahl unterschiedlicher technischer Anforderungen, die sich oft sogar widersprechen, gleichzeitig erfüllen zu müssen, was für die Unternehmen oft aufwändiger als die Fortführung der papiergestützten Kommunikation wäre. Dies gilt insbesondere für die Angebotsabgabe, während der Download von Dokumenten eher unproblematisch ist.

Dringend erforderlich ist daher eine verstärkte Interoperabilitäts- und Standardisierungsoffensive. Das Projekt XVerGabe sollte daher intensiv weiter verfolgt werden, indem Auftraggeber, Lösungsanbieter und Bieter gemeinsam an einer Standardisierung arbeiten.

Zu bedenken ist schließlich auch, dass bei einer zwingenden e-Vergabe trotz fehlender Interoperabilität der Systeme jedes auftraggeberseitige oder plattformseitige technische Problem, das für einen Bieter zum Ausschluss von der Vergabe führt, zum Gegenstand von Vergaberechtsschutzverfahren und Vertragsverletzungsverfahren gemacht werden kann oder gar zum Rückzug von Bietern aus öffentlichen Beschaffungsmärkten führt.

Erschwerend tritt die bislang vielerorts noch unzureichende Breitbandversorgung hinzu.

Aus den vorgenannten Gründen ist es unerlässlich, die speziell für die e-Vergabe bestehenden längeren Umsetzungsfristen voll auszuschöpfen, um die Zeit zu nutzen, die immer noch gravierenden und leider erheblich unterschätzten Interoperabilitätsprobleme zu überwinden. Diese längeren Umsetzungsfristen müssen aus dem GWB hervorgehen, da sie wesentlich sind.

Mit Blick auf die weitere Ausgestaltung der Regelungen zur elektronischen Vergabe wird an dieser Stelle mangels Vorlage konkreter Regelungen nur davon abgeraten, die e-Vergabevorschriften 1:1 umzusetzen. Das Risiko der

fehlerhaften Anwendung dieser schwer verständlichen Formulierungen würde ansonsten sehenden Auges Auftraggebern und Auftragnehmern aufgebürdet mit dem an sich vermeidbaren Ergebnis, dass letztlich die Vergabenachprüfungsinstanzen angerufen werden müssten und sich Vergaben dadurch verzögern könnten.

Im Übrigen ist eine Erstreckung der elektronischen Vergabe auf den Unterschwellenbereich zwar im Sinne einer einheitlichen Lösung erstrebenswert, jedoch angesichts der derzeit bestehenden vielfältigen Anwendungsprobleme keinesfalls innerhalb der für die Richtlinienumsetzung geltenden Fristen.

Artikel 1, § 97 GWB

Es wird angeregt, bei den Grundsätzen der Vergabe in § 97 GWB das Verbot des ungewöhnlichen Wagnisses aufzunehmen. Bekanntlich war in § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A 2006 dieses wie folgt geregelt: „Dem Auftragnehmer soll kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus abschätzen kann.“

Das Bundeswirtschaftsministerium hatte die Regelung in der Fassung der VOL/A 2009 mit dem Argument der „Straffung“ der VOL/A gestrichen und angemerkt, dass das Verbot in § 2 Abs. 1 Satz 2 VOL/A weiterlebe („Dabei darf kein Unternehmen diskriminiert werden“).

Die Rechtsprechung ist jedoch bezüglich der weiteren Geltung des Verbots des ungewöhnlichen Wagnisses uneinheitlich. Im Jahr 2011 entschied das OLG Düsseldorf in einem Grundsatzbeschluss, dass es das Verbot ungewöhnlicher Wagnisse nach der VOL/A 2009 nicht mehr gibt. Zum anderen haben sich im Vorfeld der Entscheidung des OLG Düsseldorf mit dem OLG Dresden (02.08.2011, WVerg 0004/11), dem OLG Jena (22.08.2011, 9 Verg 2/11) und der 3. Vergabekammer des Bundes (01.02.2011, VK 3-126/10 und VK-3 135/10), mehrere Vergabenachprüfungsinstanzen für eine Fortgeltung des Verbots unter der VOL/A 2009 ausgesprochen. Nichtsdestotrotz hat das OLG Düsseldorf seine Auffassung in mehreren Entscheidungen bekräftigt (07.11.2011, VII-Verg 90/11; 24.11.2011, VII-Verg 62/11; 07.12.2011, VII-Verg 96/11; 18.04.2012, VII-Verg 93/11).

Eine Ausnahme ließ jedoch auch das OLG Düsseldorf in allen vorgenannten Beschlüssen zu. Auch wenn einzelne Regelungen nach der VOL/A 2009 kein ungewöhnliches Wagnis mehr darstellen könnten, sei es möglich, dass diese im Einzelfall unzumutbar und aus diesem Grunde vergaberechtswidrig sind. In dem Beschluss vom 07.12.2011 (VII-Verg 96/11) heißt es hierzu: „Regelungen, die vergaberechtlich nach früherem Recht als Aufbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses zu tadeln waren, lassen sich nach derzeit geltender Rechtslage ... allenfalls ... unter dem Gesichtspunkt der (Un-) Zumutbarkeit einer für Bieter oder Auftragnehmer kaufmännisch vernünftigen Kalkulation beanstanden.“

Eine höchstrichterliche Entscheidung liegt insoweit (noch) nicht vor. Da auch die VOB/A das Verbot des ungewöhnlichen Wagnisses enthält und in summa zu den Lieferleistungen keine Unterschiede erkennbar sind, plädiert der BDI dafür, dieses in den Grundsätzen des § 97 GWB aufzunehmen. Eine solche Regelung schützt im Übrigen nicht nur die Bieter, sondern ist in

gewisser Hinsicht auch eine „Messlatte“ für den Auftraggeber bei der Erstellung von zusätzlichen Vertragsbedingungen sowie der Leistungsbeschreibung.

Artikel 1, § 103 Abs. 5 GWB

Es ist davon auszugehen, dass die Definition der Rahmenvereinbarungen in § 103 Abs. 5 GWB auch Sektorenauftraggeber erfassen soll. Da in § 103 Abs. 5 GWB jedoch nur „öffentliche Auftraggeber“ erwähnt sind, während in § 103 Abs. 1 GWB „öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber“ genannt werden, ist insoweit eine Klarstellung erforderlich.

§ 103 Abs. 5 Satz 1 GWB ist bei richtlinienkonformer Umsetzung wie folgt zu ergänzen: „(...) Preis *und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge*“.

Artikel 1, § 106 GWB

Die dynamische Verweisung auf die EU-Richtlinien, die die jeweiligen EU-Schwellenwerte enthalten, wird grundsätzlich begrüßt. Allerdings ist aus der GWB-Regelung nicht ersichtlich, dass die EU-Schwellenwerte alle zwei Jahre angepasst werden und sich daher in diesem Turnus ändern können, ohne dass dies die jeweilige, im GWB angegebene Richtlinie wiedergibt. Für die Vergabepaxis kann dies zur Annahme falscher EU-Schwellenwerte und damit des falschen Vergaberechtsregimes führen mit der Folge möglicher Rechtsunsicherheit der Vergabe.

Artikel 1, § 108 GWB

Der BDI kritisiert die erheblich zu weit gehenden, ordnungspolitisch höchst kritischen Ausnahmeregelungen für vergabefreie Inhouse-Geschäfte und öffentlich-öffentliche Kooperationen, die eine innovative Aufgabenerledigung im Wettbewerb behindern und einer Marktöffnung entgegenstehen. Angesichts der zwingenden Umsetzung der europäischen Vorgaben ist bei der Transformation in nationales Recht strikt darauf zu achten, dass Ausnahmen von einer rechtlichen Regelung generell restriktiv auszulegen sind. Dies gilt zum einen für die Fälle der Inhouse-Vergaben und der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit, die als Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen sind. Dies gilt zum anderen aber auch für die in § 108 GWB enthaltenen unbestimmten ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe. Keinesfalls darf die Regelung in § 108 GWB zulasten der Privatwirtschaft über eine 1:1-Umsetzung der europäischen Richtlinien hinausgehen. Vielmehr bedarf § 108 GWB einer einschränkenden Konkretisierung.

So sollte § 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB, der vorsieht, dass „die Durchführung der Zusammenarbeit nach Nummer 1 ausschließlich durch Überlegungen *im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse* bestimmt wird“, ersetzt werden durch die Formulierung im Erwägungsgrund 33 der Richtlinie

2014/24/EU „die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich von Erwägungen des öffentlichen Interesses bestimmt“.

In der Gesetzesbegründung zu § 108 Abs. 6 Nr. 2 sollte zudem der Begriff „Finanztransfer“ ersetzt werden durch „Kostenerstattungen“.

Im Hinblick auf den in § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB enthaltenen Schwellenwert (weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten) fordert der BDI eine Klarstellung, dass davon auch Drittbeteiligungen umfasst sind. Analog zu § 138 Abs. 2 GWB sollten daher auch Umsätze der Tochter- und Beteiligungsgesellschaften berücksichtigt werden. Andernfalls droht die 80-Prozent-Klausel durch zielgerichtete Auslagerungen von Umsätzen in rechtlich eigenständige Tochtergesellschaften ins Leere zu laufen. Der BDI schlägt daher vor, § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB wie folgt zu formulieren: „die öffentlichen Auftraggeber, *einschließlich ihrer Tochter- und Beteiligungsgesellschaften*, auf dem offenen Markt weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten *gegenüber Dritten* erbringen, die durch die Zusammenarbeit nach Nummer 1 erfasst sind.“

Um der Tendenz der ausufernden Erweiterung der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen vor allem in der Entsorgungs-, Bau- und IT-Branche zu begegnen, ist weiter ein Verständnis zugrunde zu legen, nach dem sich die Zusammenarbeit auf Aufgaben der Daseinsvorsorge „im engeren Sinne“ beziehen muss. Denn es gilt nach wie vor der Grundsatz der sparsamen Verwendung von Steuermitteln. Kommunen müssen nicht alles machen, was rechtlich möglich ist. Insbesondere dürfen die kooperativ wahrgenommenen Aufgaben nicht im Gegensatz zu öffentlichen Dienstleistungen und öffentlichem Interesse stehen.

Auch im Rahmen von § 108 Abs. 1 GWB besteht die Notwendigkeit der Einbeziehung der Drittumsätze von Tochterunternehmen. Entsprechend der Bemessung der Prozentwerte in § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB sollte hier eine Verbundklausel gewählt werden, da sonst Drittumsätze auf Tochter- und Beteiligungsgesellschaften ausgelagert werden könnten. Der BDI schlägt daher vor, § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB wie folgt klarstellend umzuformulieren: „mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person, *einschließlich ihrer Tochter- und Beteiligungsgesellschaften*, der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde, und“

Zudem regt der BDI an, einen klarstellenden Satz als § 108 Abs. 9 GWB anzufügen, dass der Wegfall der Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Vergaberechts zwingend zur Ausschreibungspflicht führt. Dies entspricht der EuGH-Rechtsprechung und darf im Zuge der Kodifizierung der Regelungen für vergabefreie Inhouse-Geschäfte und öffentlich-öffentliche Kooperationen nicht vergessen werden.

Der BDI fordert darüber hinaus im Sinne einer ex-post-Transparenz eine Veröffentlichungspflicht für öffentliche Aufträge bzw. Verträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors, die nach § 108 GWB vom Vergaberecht ausgenommen sind. Eine entsprechende Regelung könnte als § 108 Abs. 10 GWB eingefügt werden.

Es muss überprüfbar sein, ob die Voraussetzungen für eine ausschreibungsfreie Auftragsvergabe tatsächlich vorgelegen haben. Der Grundsatz der Transparenz gebietet es deshalb, dass potenzielle Wettbewerber über entsprechende Vertragsschlüsse durch Bekanntmachung, z. B. im Amtsblatt der Europäischen Union, in Kenntnis gesetzt werden.

Artikel 1, § 113 GWB

Die Verordnungsermächtigung in § 113 GWB erscheint nicht vollständig. Zumindest fehlen in der Aufzählung in § 113 Nr. 4 GWB – wenn nicht, wie aus Sicht des BDI erforderlich, bereits in § 97 Abs. 5 GWB geregelt – die Übergangsfristen für die zwingende Einführung der elektronischen Vergabe.

Artikel 1, § 121 GWB

Die Regelung zur Leistungsbeschreibung verdeutlicht einmal mehr die Problematik, die die neue Struktur des 4. Teils des GWB mit sich bringt: Zum einen soll der Ablauf des Vergabeverfahrens erstmals im 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) abgebildet werden, ohne jedoch die Themen umfassend zu regeln. Dies führt zu dem, dass die Regelungen an anderer Stelle konkretisiert werden und Anwender künftig Vorschriften zum gleichen Thema auf zwei unterschiedlichen Regelungsebenen suchen müssen. Zum anderen besteht die Gefahr, dass aufgrund der Kürze der Vorschriften im GWB wichtige grundlegende Aussagen fehlen. So passt § 121 GWB nicht auf das Verhandlungsverfahren und den wettbewerblichen Dialog. Auch Planungsleistungen werden nicht in § 121 GWB abgebildet, da diese grundsätzlich nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden können.

In § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB fehlt zudem der elementare Grundsatz, dass die Leistungsbeschreibung produkt- und herstellernerneutral, d. h. nichtdiskriminierend sein muss.

Artikel 1, § 122 Abs. 2 Satz 2 GWB

Die Formulierung in § 122 Abs. 2 Satz 2 GWB „Die Eignungskriterien können Folgendes betreffen: ...“ suggeriert im Gegensatz zur Gesetzesbegründung „vollständig ... ausgefüllt“, dass auch andere Eignungskriterien möglich sind. Nach Ansicht des BDI ist daher wie folgt zu ergänzen: „Die Eignungskriterien können *ausschließlich* Folgendes betreffen: ...“

Artikel 1, § 124 GWB

Auf den ersten Blick ist aus § 124 GWB nicht klar ersichtlich, ob der Ausschlussgrund ein vorheriges Verfahren betrifft (z. B. Nrn. 1 und 7) oder das laufende Verfahren (z. B. Nrn. 8 und 9). Zur Vereinfachung schlägt der BDI

daher vor, die fakultativen Ausschlussgründe in § 124 GWB entsprechend zu kennzeichnen und zu sortieren.

Darüber hinaus muss angesichts der erheblichen wirtschaftlichen Konsequenzen im Interesse von Auftraggebern und Unternehmen auch künftig sichergestellt sein, dass kein Unternehmen leichtfertig vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wird. Um die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit im Vergabeverfahren zu wahren, ist sicherzustellen, dass insbesondere die fakultativen Ausschlussgründe von einem Vergabeverfahren hinreichend vergleichbar sind betreffend der notwendigen Schwere eines Rechtsverstoßes und des erforderlichen Nachweises durch den Auftraggeber.

Artikel 1, § 125 GWB

Die Möglichkeit für Unternehmen, im Anschluss an ein regelwidriges Verhalten ihre Zuverlässigkeit durch bestimmte Maßnahmen nachzuweisen (sog. Selbstreinigung), wird ausdrücklich begrüßt. Die Regelung leistet einen wichtigen Beitrag zur Rechtsklarheit im Sektor der Korruptionsbekämpfung und -überwindung und zur Rechtssicherheit im Binnenmarkt für öffentliche Aufträge insgesamt.

Wichtig ist, dass die Voraussetzungen für die Selbstreinigung einheitlich geregelt sind. Wichtig ist ebenfalls, dass der Erfolg einer Selbstreinigung anhand objektiver Kriterien bestimmt wird. Der Maßnahmenkatalog des § 125 Abs. 1 GWB ist jeder Einzelfallprüfung zugrunde zu legen. Wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind, ist die Selbstreinigung als erfolgreich anzusehen und der betreffende Wirtschaftsteilnehmer nicht von dem Vergabeverfahren auszuschließen.

§ 125 Abs. 1 Nr. 1 GWB knüpft an die Zahlung bzw. die Verpflichtung zur Zahlung eines Ausgleichs für verursachte Schäden an. Klarzustellen ist in diesem Zusammenhang, dass das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht des betroffenen Wirtschaftsteilnehmers, die Existenz und Höhe eines streitigen Schadensersatzanspruches vor einem ordentlichen Gericht im Rahmen eines Schadensersatzprozesses zu klären, durch den Selbstreinigungsprozess nicht beeinträchtigt wird.

§ 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB geht über den Richtlinienwortlaut hinaus, indem das Unternehmen eine „aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden *und dem öffentlichen Auftraggeber*“ nachzuweisen hat. Die EU-Vergaberichtlinien sehen jedoch nur eine „aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden“ vor. Der Zusatz „*und dem öffentlichen Auftraggeber*“ ist somit zu streichen. Der Hinweis in der Gesetzesbegründung auf das OLG Düsseldorf von 2004 geht insoweit fehl, da der EU-Richtlinienwortlaut maßgeblich ist. Auch die Erwägungsgründe der EU-Vergaberichtlinien geben insoweit keinen Anlass für eine darüber hinausgehende Regelung im nationalen Recht.

Artikel 1, § 127 GWB

Der BDI begrüßt, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird. Es wird davon ausgegangen, dass die Formulierung des § 127 Abs. 1 GWB es dem Auftraggeber gestattet, das wirtschaftlichste Angebot entweder auf der Grundlage des „besten Preis-Leistungsverhältnisses“ oder allein auf der Grundlage des Preises oder der Kosten zu ermitteln. Dies ist auch sachgerecht, denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass für manche Auftragsvergaben nur der günstigste Preis/Kosten entscheidend ist. Dem Auftraggeber soll insofern die Möglichkeit belassen werden, bei der Festlegung der Grundlagen für das wirtschaftlichste Angebot zu wählen.

Auch für die Beschränkung der alleinigen Kriterien Preis/Kosten nur auf bestimmte Auftraggeber oder bestimmte Arten von Aufträgen sieht der BDI national keinen Handlungsbedarf. Es ist daher richtig, jedem Auftraggeber die Wahl bei der Festlegung der Grundlagen für das wirtschaftlich günstigste Angebot zu überlassen.

Die deutsche Industrie tritt seit langem dafür ein, dass allgemeinerpolitische bzw. „strategische“ Aspekte nur berücksichtigt werden dürfen, wenn sie strikt auf den Auftragsgegenstand bezogen, d. h. direkt produkt- bzw. leistungsbezogen sind. Dass eine Verbindung der Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand auch gegeben sein soll, wenn der Herstellungsprozess betroffen ist (vgl. § 127 Abs. 3 S. 2 GWB), sieht der BDI als zu weitgehend an. Richtigerweise erfährt dieser aus Sicht der deutschen Industrie zu weitgehende Auftragsgegenstandsbezug durch § 127 Abs. 4 GWB eine richtlinienkonforme Begrenzung. Damit wird die weite Zulassung von Zuschlagskriterien insofern eingeschränkt, als der Auftraggeber nur Zuschlagskriterien vorgeben darf, die die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleisten, die keine willkürliche Zuschlagserteilung ermöglichen und die zudem überprüfbar sind.

Artikel 1, § 128 Abs. 2 GWB

Die deutsche Industrie tritt seit langem dafür ein, dass allgemeinerpolitische bzw. „strategische“ Aspekte bei der Auftragsausführung nur berücksichtigt werden dürfen, wenn sie strikt auf den Auftragsgegenstand bezogen, d. h. direkt produkt- bzw. leistungsbezogen sind.

Es besteht die Gefahr, dass die unternehmerische Freiheit erheblich beeinträchtigt wird, wenn durch Vorgabe vor allem bestimmter sozialer Kriterien in die Unternehmensführung „hineingeredet“ wird. Dies hat bereits auf Länderebene dazu geführt, dass sich Unternehmen aus dem Markt um öffentliche Aufträge zurückziehen bzw. kleine und mittlere Unternehmen – entgegen der mit den EU-Vergaberichtlinien beabsichtigten verstärkten Beteiligung von KMU – sich gar nicht erst an Ausschreibungen beteiligen.

Die deutsche Industrie lehnt es nach wie vor ab, dass allgemeinerpolitische bzw. „strategische“ Aspekte allein über das Vergaberecht durchgesetzt werden (vgl. auch die Ausführungen zu § 97 Abs. 3 GWB). Dies sollte dem jeweiligen gesetzlichen Kontext vorbehalten bleiben. Sollen beispielsweise

Sozialstandards erhöht werden, sollte dies im Wege der allgemeinen Sozialgesetzgebung erfolgen, nicht aber über den Umweg des öffentlichen Auftragswesens. Denn diesem werden damit erhebliche zusätzliche Schwierigkeiten aufgebürdet, die den Hauptzielen der öffentlichen Beschaffung – einer möglichst effizienten Bedarfsdeckung und dem fairen und unverzerrten Bieterwettbewerb – empfindlich zuwiderlaufen.

Werden beliebige politische Interessen allein über das Vergaberecht durchgesetzt, gefährdet dies zudem eine wirtschaftliche Beschaffung. Hinzu kommt, dass jede zusätzliche Anforderung an die Auftragsausführung die Vergabe verkompliziert und zu mehr Rechtsunsicherheit führt und in der Folge vermehrt mit Vergabenachprüfungsverfahren gerechnet werden muss.

Nötig ist daher eine wirtschaftlich vernünftige Eingrenzung der Definition und Reichweite strategischer Aspekte. Strategische Aspekte sind danach insofern hinnehmbar, als sie im Rahmen des allgemein geltenden Rechts (z. B. ratifiziertes Recht) gefordert werden. Denn jedes Unternehmen muss sich an geltendes Recht halten.

Der BDI regt an, das Diskriminierungsverbot und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus Gründen der Rechtsklarheit in § 128 Abs. 2 Satz 3 GWB wie folgt ergänzend aufzunehmen: „Sie können wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange umfassen, *soweit sie mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts vereinbar und angemessen sind.*“

Artikel 1, § 129 GWB

§ 129 GWB wird als überflüssig erachtet und sollte gestrichen werden. Dies gilt vor allem mit Blick auf die Öffnungsklausel für die Bundesländer. Eine echte Strukturreform des Vergaberechts müsste darauf abzielen, die Landesvergabegesetze mit ihrer Vielzahl unterschiedlicher Regelungen zumindest im Geltungsbereich ab den EU-Schwellenwerten abzuschaffen. Jedes dieser Gesetze fördert die Zersplitterung des Vergaberechts und führt nicht zu einem vereinfachten und rechtssicheren Vergaberecht zugunsten der Praktikabilität für anbietende Unternehmen und Auftraggeber. Denn bundesweit anbietende Unternehmen müssen sich mit großem bürokratischem Aufwand bei jeder Ausschreibung auf neue Anforderungen einstellen. Dies geht vor allem zulasten kleiner und mittlerer Unternehmen und hat bereits dazu geführt, dass sich die Zahl der Angebote erheblich verringert hat.

Artikel 1, § 133 GWB

In § 133 GWB fehlt eine Ausgleichsregelung, dass bei einer Kündigung aufgrund Rechtsverstößes gemäß § 133 Nrn. 1 und 3 GWB dem gutgläubigen Vertragspartner ein Vergütungsanspruch zusteht. Denn eine wesentliche Vertragsänderung, die ein neues Vergabeverfahren erfordert hätte, oder ein Gemeinschaftsrechtsverstoß eines Auftraggebers dürfen nicht im Ergebnis durch ein Kündigungsrecht des Auftraggebers „belohnt“ werden, ohne dass der Auftragnehmer, wenn er keine Kenntnis von dem Rechtsverstoß

des Auftraggebers hatte, zweifelsfrei Ersatz für im Vertrauen auf den Bestand des Vertrags getätigte Aufwendungen bzw. ihm durch die Kündigung entstandenen Schaden beanspruchen kann. Im Sinne der Vermeidung von Rechtsunklarheiten ist hierzu eine ergänzende, ausdrückliche Regelung erforderlich. Die Kündigungsgründe nach § 133 Nrn. 1 und 3 GWB müssen als „freie“ Kündigung behandelt werden, bei der der Auftragnehmer seinen Anspruch auf Vergütung, abzüglich ersparter Aufwendungen, behält.

Artikel 1, § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB

Der BDI begrüßt es, dass die Vergaberechtsreform genutzt werden soll, die Rügeobliegenheit des Auftragnehmers an die Rechtsprechung des EuGH anzupassen und das Erfordernis der Unverzüglichkeit der Rüge zu streichen. Der BDI hatte bereits in seiner Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts aus dem Jahr 2008 vorgeschlagen, den unbestimmten Rechtsbegriff „unverzüglich“ gesetzlich zu konkretisieren und dafür eine Rügefrist von 14 Kalendertagen vorgeschlagen. Sollte sich im Verlauf der Diskussion zum jetzigen Referentenentwurf herausstellen, dass die Formulierung in § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB den Anforderungen des EuGH nicht genügt, votiert der BDI für eine 14-tägige Rügefrist.

III. Sonstiges

Die nachfolgenden Ausführungen betreffen Themenkreise der EU-Vergaberichtlinien, die zwar nicht im Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts enthalten sind, möglicherweise aber im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens noch thematisiert und – als zumindest teilweise vergabeverfahrensrelevante Vorschriften – aufgenommen werden könnten. Vorsorglich nehmen wir daher auch hierzu Stellung.

Fristen

Die Möglichkeit, die Mindestfristen für Teilnahmeanträge und die Einreichung von Angeboten erheblich zu verkürzen (z. B. Art. 27-31 RL 2014/24/EU), beurteilt der BDI kritisch.

Denn bereits die derzeit gültigen Mindestfristen sind so knapp bemessen, dass Angebote innerhalb dieser Zeit nur schwerlich mit der gebotenen Sorgfalt vorbereitet werden können. Eine weitere Mindestfristverkürzung mag zwar vordergründig vorteilhaft für Auftraggeber erscheinen, kann aber mit erheblichen Nachteilen verbunden sein: Können Angebote nicht mehr hinreichend vorbereitet werden, besteht vermehrt Fehleranfälligkeit und die Gefahr des Ausschlusses. Ist die Bearbeitungszeit zu knapp bemessen, steht zudem zu befürchten, dass sich Unternehmen gar nicht erst an Ausschreibungen beteiligen. Dies trübe insbesondere kleine und mittlere Unternehmen. Handelt es sich um einen Folgeauftrag, würde der Vorteil, den der bisherige Auftragnehmer bereits hat, durch eine Fristverkürzung weiter vergrößert. Eine Fristverkürzung kann zudem zu höheren Preisen für öffentliche

Aufträge führen, da Unternehmen möglicherweise einen „Sicherheitspuffer“ einkalkulieren, wenn nicht genug Zeit für eine auskömmliche Kalkulation bleibt.

Stattdessen sollten Auftraggeber aufgefordert werden, je nach Auftragsgegenstand längere als die derzeit geltenden Mindestfristen vorzusehen. Auch Art. 47 Abs. 1 betont das Augenmaß bei der Festsetzung von Fristen: Je komplizierter Auftragsgegenstand und Nachweise sind, desto längere Fristen sind für die Angebotsausarbeitung nötig. Allenfalls beim Einkauf von Standardgütern kann eine Fristverkürzung in Betracht kommen.

Letztlich sprechen auch Sinn und Zweck der Fristverkürzung dagegen, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Da Ausschreibungsunterlagen nicht in andere Sprachen übersetzt werden, wirkt eine Verkürzung der Mindestfristen bei grenzüberschreitenden Ausschreibungen besonders wettbewerbsfeindlich und Markt abschottend. Geschützt werden dadurch nur Inländer.

Verhandlungsverfahren

Die Einfügung von Mindestgarantien für ein transparentes und diskriminierungsfreies Verhandlungsverfahren (insb. Art. 29 Abs. 1, 4 und 6 RL 2014/24/EU) wird nachdrücklich begrüßt. Derartige Bedingungen sind für das Verhandlungsverfahren unabdingbar.

In Art. 29 Abs. 3 Satz 1 ist geregelt, dass die Auftraggeber mit den Bietern verhandeln, „um den Inhalt der Angebote zu verbessern“. Unklar ist, wie weit eine solche „Angebotsverbesserung“ gehen kann. Jedenfalls darf dies nicht zu einer „Preisdrückerei“ und zu Verschlechterungen der kommerziellen Konditionen (Vertragsbedingungen) zu Lasten der Bieter i. S. eines missbräuchlichen Verhaltens führen. Denn dies wäre insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen nachteilig und würde mittelfristig aller Voraussicht nach zu einer Verschlechterung der Anbieterstrukturen im öffentlichen Auftragswesen führen.

Innovationspartnerschaft

Ziel dieser neuen Verfahrensart, die z. B. in Art. 31 RL 2014/24/EU geregelt ist, ist die Entwicklung und der anschließende Kauf eines neuen „innovativen“ Produkts/Dienst- oder Bauleistung als Gegenstand eines einheitlichen Vergabeverfahrens. Voraussetzung für eine Innovationspartnerschaft ist, dass der Beschaffungsbedarf nicht durch bereits auf dem Markt verfügbare Produkte, Dienst- oder Bauleistungen befriedigt werden kann, d. h. es ist eine echte Innovation erforderlich. Um zuverlässig beurteilen zu können, ob eine vorgestellte Entwicklung oder Projektidee im Vergleich zu anderen wirklich „innovativ“ ist, müsste der Auftraggeber die nötige umfassende Marktkenntnis besitzen. Eine fehlerhafte Entscheidung zugunsten eines vermeintlich innovativen Unternehmens würde sich zugleich auch als Diskriminierung wirklich innovativer Wettbewerber und sogar innovationsfeindlich auswirken.

Kritisch ist Art. 31 Abs. 2 UAbs. 3 zu beurteilen. Danach kann der öffentliche Auftraggeber am Ende jeder Phase darüber befinden, ob er die Partnerschaft beendet und ein neues Vergabeverfahren für die übrigen Phasen einleitet. Ohne eine nähere Regelung des Ausstiegsszenarios, insbesondere bezüglich des „Eigentums“ am eingebrachten unternehmerischen Know-how, ist zu befürchten, dass sich Unternehmen nicht um Innovationspartnerschaften bemühen werden, weil das Risiko des Verlusts unternehmerischen Know hows bzw. die Gefahr der Ausforschung zu groß ist.

Unabhängig vom neuen Instrument der Innovationspartnerschaft können innovative Güter und Dienstleistungen nach wie vor im offenen, unverzerrten Wettbewerb unter möglichst vielen Anbietern bei möglichst großer, EU-weiter Transparenz der Ausschreibungen und durch die Zulassung von Nebenangeboten beschafft werden.

Vorherige Einbeziehung von Bewerbern oder Bietern

Mit Blick auf die vorherige Einbeziehung von Bewerbern oder Bietern (sog. Projektantenproblematik, vgl. z. B. Art. 41 UAbs. 1 RL 2014/24/EU) ist es nach Ansicht des BDI notwendig, dass der Auftraggeber seiner Pflicht, angemessene Maßnahmen zur Sicherstellung eines unverfälschten Wettbewerbs zu ergreifen, zum Schutz von Bietern vor einem späteren Ausschluss vom Vergabeverfahren effektiv nachkommt, vor allem, wenn Unternehmen auf Wunsch des Auftraggebers frühzeitig in die Vorhabenplanung involviert werden.

Art. 41 UAbs. 2 S. 1 erläutert die in Betracht kommenden Maßnahmen (Unterrichtung über einschlägige Informationen, Festlegung angemessener Fristen für den Eingang der Angebote und Ausschluss vom Verfahren). Der Ausschluss ist ultima ratio (vgl. Art. 41 UAbs. 2 S. 2).

Der BDI geht davon aus, dass weder Auftraggeber noch der vorbefasste Bieter bzw. Bewerber an einem Ausschluss wegen vorheriger Einbeziehung interessiert sind. Positiv ist daher die Festlegung, dass kein automatischer Ausschluss erfolgen darf, sondern eine Einzelfallprüfung des Auftraggebers erforderlich ist. Denn auch beratende Unternehmen, z. B. Planer bei Bauvorhaben, wollen sich oft um den entsprechenden Auftrag bewerben.

Begrüßt wird das in Art. 41 UAbs. 3 vorgesehene Recht des Bewerbers oder Bieters, vor einem beabsichtigten Ausschluss nachzuweisen, dass die Beteiligung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens den Wettbewerb nicht verzerren kann.

Der BDI weist darauf hin, dass eine Verkürzung der derzeit bestehenden Mindestfristen für den Eingang von Angeboten und Teilnahmeanträgen abgelehnt wird. Eine solche Verkürzung wäre insbesondere bei der vorherigen Einbeziehung von Bewerbern oder Bietern kontraproduktiv.

Gütezeichen

Nach Ansicht der Industrie führt die Gütezeichenregelung (vgl. z. B. Art. 43 RL 2014/24/EU) zur Marktabschottung der Mitgliedstaaten untereinander und zu mehr Rechtsunsicherheit, weil die Mitgliedstaaten derzeit nationale Gütesiegel mit unterschiedlichen Anforderungen nutzen. KMU und Unternehmen, die sich nur gelegentlich an öffentlichen Aufträgen beteiligen, werden durch die Vorgabe von Gütesiegeln finanziell besonders belastet und möglicherweise abgehalten, sich an öffentlichen Aufträge zu beteiligen.

Problematisch ist aus Sicht der Industrie insoweit auch, dass bei der Forderung spezifischer Gütesiegel zwar gleichwertige Gütesiegel akzeptiert werden müssen (so Art. 43 Abs. 1 S. 3), nicht aber andere Nachweise. Hier regen wir an zu überlegen, ob mit Blick auf Transparenz und Nichtdiskriminierung gleichwertige (andere) Nachweise zugelassen werden können.

Als hinderlich erweist sich zudem, dass die nationale Gleichwertigkeit von Gütesiegeln festgestellt werden muss, wenn beispielsweise ein polnisches Gütezeichen gefordert wird, ein Unternehmen aber nur das entsprechende deutsche Gütezeichen besitzt. Wird ein nationales Gütezeichen gefordert, bestehen rechtliche Bedenken mit Blick auf eine unzulässige Diskriminierung und eine Vereinbarkeit der Richtlinie mit europäischem Primärrecht. Insofern sind klarstellende Hinweise unabdingbar, welche Anforderungen an Auftragnehmer mit Blick auf die Vorgabe von Gütezeichen gestellt werden dürfen.

Varianten

Nach derzeitiger Rechtslage müssen Varianten bzw. Nebenangebote (vgl. z. B. Art. 45 RL 2014/24/EU) vom Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen zugelassen werden. Fehlt die Zulassung, sind Nebenangebote zwingend auszuschließen. Die neuen EU-Richtlinien ändern diese Praxis nicht. Der BDI bedauert dies. 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 ausgeschlossen werden, wichtig gewesen. Allerdings bestimmt EG 48, dass aufgrund der Bedeutung von Innovationen Auftraggeber aufgefordert werden sollen, so oft wie möglich Varianten zuzulassen. Nach diesem Appellcharakter ist Art. 45 so zu verstehen, dass die Hürden für die Zulassung von Nebenangeboten möglichst niedrig anzusetzen sind.

Einheitliche europäische Eigenerklärung

Die Einführung der einheitlichen europäischen Eigenerklärung (vgl. z. B. Art. 59 RL 2014/24/EU) als vorläufiger Nachweis, dass der Bewerber oder Bieter bestimmte Bedingungen erfüllt, wird als standardisierende Maßnahme grundsätzlich als hilfreich angesehen. Sie kann – je nach Ausgestaltung – dazu beitragen, dass die Nachweiserbringung bei grenzüberschreitenden Aufträgen erleichtert wird und Bürokratie abbauen.

Allerdings vermag die einheitliche europäische Eigenerklärung das Grundproblem nicht zu lösen, dass Eignungsnachweise oft unreflektiert und damit zu umfangreich abgefordert werden. Grundsätzlich gilt, dass sich jedermann rechtstreu verhält. Daher kommt es bei der Forderung von Eignungsnachweisen generell ganz entscheidend darauf an, dass diese zweckmäßig und angemessen sind und mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und darüber hinaus die allgemein für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Grundsätze Beachtung finden.

Die Vorschrift des Art. 59 Abs. 4, nach dem ein Auftraggeber den Bieter oder Bewerber jederzeit während des Verfahrens zur Vorlage sämtlicher oder eines Teils der zusätzlichen Unterlagen auffordern kann, darf nicht dazu führen, dass während jeder Phase des Verfahrens alle Unterlagen beim Bieter oder Bewerber vorrätig sein müssen. Dies würde den Sinn und Zweck der einheitlichen europäischen Eigenerklärung konterkarieren. Hier ist daher eine Klarstellung erforderlich, dass der „jederzeitige“ Nachweis der Unterlagen nur bedeuten kann, dass der Auftraggeber eine angemessene Frist zur Beibringung der Unterlagen setzen muss.

Lebenszykluskostenrechnung

Der BDI begrüßt die stärkere Fokussierung auf die Berücksichtigung von Lebenszykluskosten. Es wird davon ausgegangen, dass unter die möglichen Lebenszykluskosten (vgl. z. B. Art. 68 RL 2014/24/EU) auch die Planungskosten fallen.

Macht ein Auftraggeber von der Möglichkeit der Lebenszykluskostenrechnung Gebrauch, kann dem eine Verkürzung der derzeit bestehenden Mindestfristen für den Eingang von Angeboten und Teilnahmeanträgen aufgrund der Komplexität der vom Bieter oder Bewerber bereitzustellen Daten für die Lebenszykluskostenrechnung entgegenstehen.

Unterauftragsvergabe

Der BDI lehnt die z. B. in Art. 71 Abs. 3 RL 2014/24/EU vorgesehene Möglichkeit der Direktzahlung an Unterauftragnehmer ab.

Die Möglichkeit des Auftraggebers, eine Zahlung direkt an den Unterauftragnehmer vorzunehmen, läuft dem grundlegenden Prinzip der Gegenseitigkeitspflicht im deutschen Zivilrecht zuwider, das bei der Vertragsabwicklung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer einerseits und zwischen Auftragnehmer und Unterauftragnehmer andererseits gilt und nach dem sich grundsätzlich jeder an seinen Vertragspartner zu halten hat.

Die Regelung zur Direktzahlung mag vordergründig für Unterauftragnehmer von Vorteil sein. Sie kann aber auch erhebliche Probleme aufwerfen, wenn der Auftraggeber auf Wunsch des Unterauftragnehmers direkt zahlt, jedoch noch vertragliche Ansprüche des Auftragnehmers an den Unterauftragnehmer, z. B. wegen Schlechtleistung, bestehen. Eine direkte Zahlung

an den Unterauftragnehmer darf keinesfalls dazu führen, dass dem Auftragnehmer noch zustehende Rechte durch die Direktzahlung des Auftraggebers an den Unterauftragnehmer verlustig gehen.

Zudem ist eine rechtssichere Zahlung durch den Auftraggeber mit befreiender Wirkung unsicher. Es ist nicht auszuschließen, dass die Regelung bei unangemessener Direktzahlung des Auftraggebers an den Unterauftragnehmer zu Regressansprüchen gegen den Auftraggeber führt. Dem Auftraggeber ist grundsätzlich nicht bekannt, wie hoch der Zuschlag des Auftragnehmers auf die Leistung des Unterauftragnehmers ist. Hier besteht ein Risiko des Auftraggebers, dass dieser zu viel oder zu wenig zahlt.

Eine Direktzahlung an Unterauftragnehmer ist auch aus insolvenzrechtlichen Gründen bedenklich, da sie vom Insolvenzverwalter angefochten werden kann. Der Auftraggeber trägt dann das Insolvenzrisiko.

Im Übrigen ist die Regelung zur Direktzahlung nicht immer KMU-freundlich. So kommt es durchaus vor, dass Auftragnehmer ein spezialisiertes KMU ist, während der ein großes Unternehmen als Unterauftragnehmer beteiligt ist (Bsp. Feuerwehrfahrzeuge).