

## Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts für die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen

Der Bundesverband der Sicherheitswirtschaft (BDSW) ist Wirtschafts- und Arbeitgeberverband für die private Sicherheitsdienstleistungswirtschaft. Der Schwerpunkt der Tätigkeiten der angeschlossenen Mitgliedsunternehmen ist die vielfältige Erbringung von privaten Sicherheitsdienstleistungen. Der BDSW repräsentiert derzeit ca. 900 Mitgliedsunternehmen mit einem Marktanteil von 80 Prozent bei privaten Sicherheitsdienstleistungen nach Umsatz und Beschäftigten. Der Umsatz beträgt derzeit ca. 5,4 Milliarden Euro. In der privaten Sicherheitsdienstleistungswirtschaft arbeiten insgesamt 185.682 Beschäftigte.

Neuregelungen zur öffentlichen Auftragsvergabe, wie der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts für die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen sowie das dem Referentenentwurf zu Grunde liegende Modernisierungspaket der Europäischen Union durch die Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe (z. B. Richtlinie 2014/24/EU), tangieren den BDSW und seine angeschlossenen Mitgliedsunternehmen unmittelbar. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang darüber hinaus das am 7. Januar 2015 durch die Bundesregierung beschlossene Eckpunktepapier zur Modernisierung des Vergaberechts.

Der BDSW unterstützt ausdrücklich die längst notwendige Neustrukturierung des nationalen Vergaberechts durch den vorgelegten Referentenentwurf vom 30. April 2015.

Nach einer ersten Prüfung gibt der vorgelegte Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts zur öffentlichen Auftragsvergabe allerdings auch Kritik zu zahlreichen Entwurfsregelungen. Wir nehmen deshalb zu dem vorgelegten Entwurfspapier wie folgt Stellung:

### § 97 GWB-E - Grundsätze der Vergabe

Zunächst begrüßt der BDSW, dass der Referentenentwurf in § 97 Absatz 3 GWB-E in der beabsichtigten Fassung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Berücksichtigung des Qualitätsaspektes ausdrücklich anspricht.

Was der Gesetzgeber allerdings unter dem Begriff „Qualität“ als Vergabekriterium versteht, lässt er in der Begründung zu Absatz 3 hingegen in nicht nachvollziehbarer Weise völlig offen. Stattdessen verweist er in der Gesetzesbegründung nur allgemein auf eine vermeintlich konkrete Ausgestaltung der Möglichkeiten zur Einbeziehung dieses neuen strategischen Vergabeziels bei den jeweiligen gesetzlichen Einzelschriften.

Sinnvoll wäre hier bereits gewesen, den Begriff „Qualität“ zu konkretisieren. Eine Konkretisierung könnte der Gestalt erfolgen, dass wenn der Auftraggeber Qualitätskriterien berücksichtigt, hierbei **eine angemessene und ausgewogene** Gewichtung zwischen Qualität und Preis, wie z. B. der Berücksichtigung von 60 Prozent Qualität und 40 Prozent Preis, zu Grunde legt, um der Vergabe an den billigsten Bieter wie so oft in der Vergangenheit wirkungsvoll zu begegnen. Eine angemessene und ausgewogene Gewichtung zwischen Qualität und Preis sollte insbesondere dann zur Grundlage gemacht werden, wenn Branchen wie beispielsweise die private Sicherheitsdienstleistungswirtschaft Bestbieterhandbücher durch nationale und / oder europäische Sozialpartner mit Unterstützung der Europäischen Kommission für eine qualitätsgestützte Dienstleistung bei öffentlichen Auftragsvergabe entwickelt haben.

Um den Begriff der „Qualität“ in § 97 Absatz 3 GWB-E nicht als inhaltslose Hülle dastehen zu lassen, wäre es angezeigt, in diesem Zusammenhang auch ganz konkret auf die Berücksichtigung von DIN-Zertifizierungen oder bspw. Labels zu verweisen, wie es das Eckpunktepapier der Bundesregierung zur Reform des Vergaberechts vom 7. Januar 2015 unter IV., Ziffer 2. ausführt.

## **§ 124 GWB-E - Fakultative Ausschlussgründe**

Öffentliche Auftraggeber können unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme ausschließen, wenn es z. B. bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat.

Der BDSW begrüßt grundsätzlich diesen in § 124 Ziffer 1. GWB-E geregelten Ausschlussgrund. Bei dieser Formulierung scheint es auf Grund seiner Bedeutung angezeigt, **den Bereich des Tarifrechts als besondere bestehende arbeitsrechtliche Verpflichtung** beim fakultativen Ausschlussgrund gemäß § 124 Ziffer 1. hervorzuheben und direkt in den Gesetzestext aufzunehmen.

Daraus ergibt sich folgender Formulierungsvorschlag zum § 124 Ziffer 1. GWB-E:

*„1. das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen, **insbesondere gegen Tarifrecht** verstoßen hat.“*

## **§ 125 GWB-E - Selbstreinigung**

Danach können öffentliche Auftraggeber Unternehmen trotz Vorlage eines Ausschlussgrundes nach § 123 bzw. § 124 GWB-E von einer Teilnahme an Vergabeverfahren nicht ausschließen, wenn das Unternehmen sogenannte Selbstreinigungsmaßnahmen nachgewiesen hat.

Hier sollte in den Gesetzestext in Absatz 1 ausdrücklich der **schriftliche Nachweis** zu Selbstreinigungsmaßnahmen aufgenommen werden.

Hieraus ergibt sich folgender Formulierungsvorschlag:

*„(1) Öffentliche Auftraggeber schließen ein Unternehmen, bei dem ein Ausschlussgrund nach § 123 oder § 124 vorliegt, nicht von der Teilnahme an dem Vergabeverfahren aus, wenn das Unternehmen **durch schriftliche Unterlagen** nachgewiesen hat...“*

## **§ 127 GWB-E - Zuschlag**

Der BDSW begrüßt zunächst den Vorschlag im Referentenentwurf zur Zuschlagsregelung. Danach wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Danach erläutert der Gesetzestext selbst, dass sich das wirtschaftliche Angebot nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis bestimmt. Zu dessen Ermittlung wiederum können neben dem Preis auch qualitative Aspekte berücksichtigt werden. Richtigerweise greift § 127 Absatz 5 GWB-E auf, dass die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufgeführt sein müssen.

Die Gesetzesbegründung zu § 127 Absatz 1 GWB-E bleibt jedoch deutlich hinter den Erwartungen der Formulierung des Gesetzesvorschlages zurück. Insofern verweisen wir auf unsere Ausführungen zu § 97 GWB-E.

Trotz der in der Gesetzesbegründung zu § 97 Absatz 3 GWB-E angekündigten Konkretisierung des Qualitätsbegriffs, lässt sich eine solche in der Begründung zu § 127 Absatz 1 GWB-E nicht wiederfinden. Eine Definition, was genau qualitative Aspekte sind, fehlt vollständig. Hierbei ist beispielsweise **auf Bestbieterhandbücher, DIN-Zertifizierungen und Labels** zurückzugreifen. Die Gesetzesbegründung bleibt auch hier hinter dem Eckpunktepapier der Bundesregierung vom 7. Januar 2015 zu IV., Ziffer 2. zurück.

Durch den Hinweis in der Begründung des Referentenentwurfes, dass auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses auch künftig zulässigerweise der Zuschlag allein auf das preislich günstigste Angebot erteilt werden kann, konterkariert der gut gemeinte gesetzgeberische Ansatz die Berücksichtigung von Qualitätskriterien. Dem billigsten Angebot werden erneut Tür und Tor geöffnet.

Hier bedarf es nach Einschätzung des BDSW ausdrücklicher Darstellungen, wie der Begriff der „Qualität“ im Rahmen der zukünftigen öffentlichen Auftragsvergabe ausgefüllt werden soll.

### **§ 132 GWB-E - Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit**

In § 132 des Referentenentwurfes zur Modernisierung des Vergaberechts werden wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrages während der Vertragslaufzeit angesprochen. Insbesondere wird hervorgehoben, wann ein neues Vergabeverfahren notwendig ist oder eine Änderung des öffentlichen Auftrages ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig ist.

Aus der Sicht des BDSW als tarifschließender Arbeitgeberverband wäre es deshalb begrüßenswert, wenn der Gesetzgeber bei der Novellierung des Vergaberechts **die Möglichkeit der Preisanpassung des öffentlichen Auftrags durch neue Tarifvertragsabschlüsse während der Vertragslaufzeit ausdrücklich hervorhebt**. In der Vergangenheit war das ein besonderes Dilemma bei Dienstleistungsaufträgen für die öffentliche Hand, die Preisanpassungen der Dienstleister nicht oder nur unzureichend zuließen. Regelmäßig werden längerfristige Vertragslaufzeiten zwischen drei und fünf Jahren abgeschlossen. Es sollte Ziel sein, die während dieser Zeit abgeschlossenen Lohntariferhöhungen beim öffentlichen Auftraggeber umzusetzen, zu deren Umsetzung der Bieter gesetzlich und / oder tarifrechtlich selbst verpflichtet ist.

Wir unterbreiten deshalb folgenden Formulierungsvorschlag zu § 132 Absatz 2, Ziffer 5 (neu):

*„5. durch Tarifabschlüsse der Sozialpartner auf Bundes- oder Landesebene während der Vertragslaufzeit Preisanpassungen durch Tarifierhöhungen notwendig werden.“*

Der BDSW hält deshalb die **Aufnahme einer Regelung zu einer Preisanpassungsklausel** in die Neuregelung zur Modernisierung des Vergaberechts für dringend geboten, die sich auf Tarifvertragsabschlüsse der Sozialpartner während der Laufzeit eines öffentlichen Auftrages auswirken. Dies trägt der Beschaffung einer nachhaltigen, qualitätsgesicherten und aller während der Vertragslaufzeit eintretenden Lebenszykluskosten am besten Rechnung.

### **§ 134 GWB-E - Informations- und Wartepflicht**

Der Referentenentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts greift in § 134 GWB-E Informations- und Wartepflichten des öffentlichen Auftraggebers gegenüber Unternehmen auf, dessen Angebot offensichtlich keine Berücksichtigung finden soll. Der öffentliche Auftrag darf erst unter Berücksichtigung bestimmter Fristen nach Absendung dieser Informationspflicht geschlossen werden.

§ 134 Absatz 1, Satz 5 GWB-E bestimmt jedoch, dass die Frist am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber beginnt, der Tag des Zugangs beim betroffenen Bieter bzw. Bewerber jedoch irrelevant sei.

Der BDSW fordert, § 134 Absatz 1, Satz 5 neu zu formulieren und in dieser Entwurfsfassung jedenfalls ganz zu streichen, da hier eine **Beweislastumkehr und Risikoverlagerung allein zu Lasten des Auftragnehmers** im Zusammenhang mit dem Zugang der Informationsabsendung vorgenommen wurde. Für den Zugangsnachweis sollten deshalb die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen und die von der Rechtsprechung ausgearbeiteten Grundsätze für den Zugangsnachweis gelten. Wenn der Gesetzgeber in dieser Regelung auch auf den Zugang durch **elektronischen Versand** setzt, entsteht **zusätzlich eine besondere Problematik**.

Das in den deutschen Prozessordnungen, insbesondere in der Zivilprozessordnung und in der Verwaltungsgerichtsordnung geregelte Beweisrecht enthält in der Regel abschließend alle möglichen Beweismittel, nämlich Augenschein, Zeugenbeweis, Sachverständiger, Urkunden und die Parteivernehmung. Als Objekte des Augenscheins kann ein Beweisantritt mit elektronischen Dokumenten durch die Vorlage und Übermittlung der Datei erfolgen. Allerdings ist der gerichtliche Spruchkörper bei der beweisrechtlichen Würdigung in seiner Entscheidung frei. Er kann grundsätzlich die Integrität und Authentizität des elektronischen Dokuments im Zweifel ziehen und daher zu der Überzeugung gelangen, dass das Dokument nicht geeignet ist, den dokumentierten Sachverhalt zu beweisen. Gerade im Hinblick auf unsignierte elektronische Dokumente werden die Gerichte nach dem gegenwärtigen Sachstand diesen regelmäßig keine oder allenfalls eine sehr geringe Beweiskraft zuerkennen. Insofern bedarf es bei der Aufnahme von Regelungen zum Zugang elektronischer Dokumente eines besonderen Augenmerks auch und gerade für den Zugangsnachweis, der mit der Auslösung der Geltendmachung von subjektiven Rechten der Bieter einhergehen kann.

In diesem Punkt aber auch wegen der im Referentenentwurf aufgenommenen Risikoverlagerung und Beweislastumkehr zu Lasten der Bieter wird **die jetzige Regelung des § 134 Absatz 1, Satz 5 GWB-E abgelehnt**.

### **§ 168 GWB-E - Entscheidung der Vergabekammer**

Der Referentenentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts regelt in Kapitel 2 die Grundsätze des Nachprüfungsverfahrens. Nach 168 Absatz 1 entscheidet die Vergabekammer, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Danach formuliert der Entwurf in Satz 2, dass die Vergabekammer an die Anträge nicht gebunden ist und auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken kann.

Auch diese Regelung **verstößt** nach Auffassung des BDSW **gegen prozessuale, insbesondere gegen zivilprozessuale bzw. verwaltungsprozessuale Grundsätze**, wie sie in § 308 ZPO bzw. § 88 VwGO geregelt sind. Danach ist das Gericht als Spruchkörper an die Anträge der Antragsteller bzw. das Klagebegehren der Kläger gebunden und darf selbst nicht darüber hinausgehen.

Nach unserer Auffassung sollte deshalb **§ 168 Absatz 1, Satz 2 GWB-E vollständig gestrichen** werden.

Bad Homburg, 11. Mai 2015

gez. RA Andreas Paulick  
- Geschäftsführer -