

**Stellungnahme
des Bundesverbandes Öffentlicher Banken Deutschlands (VÖB)
zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie
für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts
(Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014)
(Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergModG)
vom 30. April 2015**

Der VÖB begrüßt den vorgelegten Referentenentwurf und das mit dem Gesetz verfolgte Ziel, Vergabeverfahren effizienter, einfacher und flexibler zu gestalten. Allerdings werden nach unserer Ansicht bei einzelnen Vorschriften des Referentenentwurfs die Spielräume, die die neuen europäischen Vergaberichtlinien einräumen, nicht oder nur zum Teil genutzt. Darüber hinaus beinhalten einzelne gesetzliche Bestimmungen nicht eindeutige oder unklare Formulierungen.

Wir vermögen derzeit noch nicht abzuschätzen, ob in der zukünftigen deutschen Vergabeverordnung noch Klarstellungen oder Ergänzungen aufgenommen werden. Da ein Entwurf der Vergabeverordnung noch nicht vorliegt, haben wir uns erlaubt, auf fehlende Präzisierungen im geänderten Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hinzuweisen.

Aus unserer besteht hinsichtlich folgender Punkte Anpassungsbedarf:

1. Einsatz elektronischer Mittel (Entwurf zu § 97 Abs. 5 GWB)

Die neuen europäischen Vergaberichtlinien sehen verlängerte Umsetzungsfristen für die Einführung der Vorschriften über die elektronische Vergabe vor, so beispielsweise in Art. 90 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe. Bei der deutschen Umsetzung, insbesondere im Entwurf zu § 97 Absatz 5 GWB (im Folgenden: GWB-neu) wurde die Option für verlängerte Fristen nicht genutzt.

In der Begründung zu § 97 Abs. 5 GWB-neu wird lediglich erwähnt, dass mit der grundsätzlichen Vorgabe zur Nutzung elektronischer Mittel die von den Richtlinien vorgesehenen Übergangsfristen erfasst seien. Es ist unklar, was dieser Hinweis bedeutet.

Es besteht aus unserer Sicht das Risiko, dass die Verpflichtung zur Verwendung elektronischer Mittel für Auftraggeber und Unternehmen bereits mit Inkrafttreten des neuen GWB gilt.

Dies würde dem Eckpunktepapier der Bundesregierung vom 7. Januar 2015 zur Reform des Vergaberechts widersprechen, in dem angekündigt wurde, im Rahmen der Umsetzung der Richtlinien darauf zu achten, „dass alle Betroffenen ausreichend Zeit für die notwendigen technischen Anpassungen haben.“

Wir regen daher an, im Gesetz ausdrücklich vorzusehen, dass die von den Richtlinien geregelten verlängerten Umsetzungsfristen von den Auftraggebern ausgeschöpft werden dürfen.

2. Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit (§ 108 GWB-neu)

a) Begünstigte der Tätigkeiten

Eine der Voraussetzungen für nicht vom Anwendungsbereich des Vergaberechts erfasste Inhouse-Geschäfte ist, dass ein bestimmter prozentualer Anteil der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person (Auftragnehmer) der Ausführung von Aufgaben dient, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber betraut wurde (§ 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB-neu). Die Vorschrift stellt darauf ab, dass der Auftragnehmer von dem öffentlichen Auftraggeber mit der Ausführung der Tätigkeiten betraut wurde. In aller Regel ist zwar der öffentliche Auftraggeber Empfänger der Leistung, zwingend ist dies aber nicht. Wir begrüßen daher ausdrücklich die Klarstellung in der Begründung zu § 108 GWB-neu, wonach es „unerheblich ist ..., ob der Begünstigte der Ausführung des Auftrags der Auftraggeber selbst oder ein davon abweichender Nutzer der Leistung ist.“ Diese Klarstellung findet sich in ähnlicher Weise auch in dem Erwägungsgrund 32 der Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe. Dieser Aspekt ist in der Praxis von besonderer Bedeutung.

Daher regen wir an, die Formulierung aus der Gesetzesbegründung direkt in den Gesetzestext selbst aufzunehmen. Nur so kann sichergestellt werden, dass sich dies als einheitlicher Maßstab etabliert und der Anwendungsbereich für Inhouse-Geschäfte nicht eingeschränkt wird.

b) Bestimmung des Umfangs der Tätigkeit

§ 108 Absatz 7 GWB-neu regelt, wie der prozentuale Anteil der Tätigkeiten für den öffentlichen Auftraggeber zu berechnen ist. Danach ist auf den Gesamtumsatz oder einen anderen geeigneten tätigkeitsgestützten Wert, zum Beispiel die Kosten, abzustellen. § 108 Abs. 7 Satz 3 GWB-neu bestimmt das Verfahren, wenn für die letzten drei Jahre vor der Vergabe des Auftrags keine Angaben vorliegen oder diese nicht aussagekräftig sind. Danach ist eine Glaubhaftmachung ausreichend. Diesbezüglich wird jedoch lediglich auf die Kosten abgestellt. Nicht abgestellt wird dagegen auf den Gesamtumsatz sowie andere geeignete tätigkeitsgestützte Werte – im Gegensatz zu Artikel 12 Abs. 5 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU.

Daher regen wir in § 108 Abs. 7 Satz 3 GWB-neu eine Ergänzung an, dass nicht nur hinsichtlich der Kosten, sondern auch hinsichtlich des Gesamtumsatzes sowie anderer geeigneter tätigkeitsgestützter Werte eine Glaubhaftma-

chung zulässig ist. Nur so werden die Spielräume, welche die europäischen Vergaberichtlinien vorsehen, vollständig genutzt.

3. Statistikpflichten (§ 114 Abs. 2 GWB-neu)

§ 114 Abs. 2 GWB-neu schreibt Auftraggebern vor, Daten zu erheben und zu übermitteln, die für die Erstellung einer Statistik zu öffentlichen Aufträgen und Konzessionen oberhalb und unterhalb der jeweils geltenden Schwellenwerte erforderlich sind. Auch in der Gesetzesbegründung ist die Rede davon, dass Daten über Aufträge unterhalb der Schwellenwerte erhoben und übermittelt werden müssen.

Aus unserer Sicht ist eine Datenerhebung unterhalb der Schwellenwerte nicht zielführend. Unterhalb der Schwellenwerte legen der Bund bzw. die Bundesländer in speziellen Gesetzen zum Vergaberecht oder in den jeweiligen Haushaltsordnungen fest, ob für bestimmte Aufträge/Auftraggeber Vergabeverfahren zur Anwendung gelangen, welche Vergabevorschriften anwendbar sind und welche nicht. Die Voraussetzungen für die Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften sowie die inhaltlichen Anforderungen an diese Verfahren sind in den genannten Gesetzen sehr unterschiedlich geregelt. Eine Sammlung von Daten für statistische Zwecke unterhalb der Schwellenwerte erscheint uns deshalb wenig zielführend. Zudem müssten auch Auftraggeber, die unterhalb der jeweiligen Schwellenwerte nicht zur Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften verpflichtet sind, Daten über Aufträge unterhalb der Schwellenwerte erheben und übermitteln.

Wir regen deshalb an, § 114 Abs. 2 GWB-neu dahingehend einzuschränken, dass die Pflicht zur Erfassung und Übermittlung von Daten grundsätzlich nur für Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte Anwendung findet. Lediglich für unterhalb von Schwellenwerten liegende Aufträge von Bundesbehörden, soweit diese dem Vergaberecht unterliegen, halten wir eine Datenerhebung und -übermittlung für gerechtfertigt. Dies entspricht unseres Erachtens auch dem tradierten Rechtsverständnis, nachdem der Bund unterhalb der Schwellenwerte den Bundesländern die Regelung des Vergaberechts für deren jeweilige Landesverwaltung überlässt.

4. Zuschlag (§ 127 GWB-neu)

In § 127 GWB-neu werden im Wesentlichen die Anforderungen an die Zuschlagskriterien geregelt. Die europäischen Vergabe-Richtlinien sehen insoweit vor, dass als Zuschlagskriterien unter bestimmten Voraussetzungen auch die „Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals“ festgelegt werden darf (siehe zum Beispiel Art. 67 Abs. 2 lit. b der Vergabe-Richtlinie 2014/24).

Im deutschen Recht ist dies derzeit nur bei der Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungen zulässig. Dabei besteht die Einschränkung, dass das Gewicht

dieser drei Kriterien zusammen höchstens 25 Prozent betragen darf (§ 4 Abs. 2 Sätze 2 bis 4 Vergabeverordnung).

In § 127 GWB-neu fehlt eine Regelung, nach der die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals als Zuschlagskriterium festgelegt werden darf. Wir befürchten deshalb, dass die Rechtsprechung die Festlegung solcher Zuschlagskriterien wegen der Trennung von Eignungsprüfung und Angebotsbewertung für unzulässig halten könnte. Das deutsche Vergaberecht würde dann den Spielraum, den die europäischen Vergaberichtlinien bieten, nicht nutzen.

Wir regen deshalb an, in § 127 GWB-neu einen Absatz aufzunehmen, der klar regelt, dass die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals als Zuschlagskriterien festgelegt werden können. Dabei sollte keine Beschränkung des Gewichts dieser Kriterien vorgenommen werden.

5. Rechtsdienstleistungen / Vergabe öffentlicher Aufträge über soziale und andere besondere Dienstleistungen (§ 130 GWB-neu)

§ 130 GWB-neu regelt die Vergabe öffentlicher Aufträge über soziale und andere besondere Dienstleistungen. Unter den Begriff der anderen besonderen Dienstleistungen fallen unter anderem auch Dienstleistungen im juristischen Bereich mit einem Auftragswert von mindestens 750.000 Euro, die nicht gemäß § 116 Nr. 1 GWB-neu vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgeschlossen sind. Eine Rahmenvereinbarung über Rechtsberatungsleistungen mit einer mehrjährigen Laufzeit könnte daher gemäß § 130 GWB-neu zu vergeben sein.

Als Erleichterung gegenüber der Vergabe anderer Dienstleistungen, die nicht diesen Vorschriften unterfallen, sieht § 130 GWB-neu lediglich vor, dass öffentliche Auftraggeber zwischen den verschiedenen Verfahrensarten frei wählen dürfen. Damit stellt § 130 GWB-neu deutlich strengere Anforderungen an die Vergabe der betreffenden Leistungen als es die Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe zulassen würde. Letztere schreibt lediglich eine Veröffentlichung entsprechender Bekanntmachungen (Art. 75 der Richtlinie) sowie die Anwendung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung vor (Art. 76 der Richtlinie). Die Richtlinie lässt somit ein „Vergaberecht light“ zu, während § 130 GWB-neu die Durchführung formalisierter Vergabeverfahren vorschreibt.

In dem oben erwähnten Eckpunktepapier der Bundesregierung vom 7. Januar 2015 hatte diese hinsichtlich der sozialen Dienstleistungen, die ebenfalls in den Anwendungsbereich des § 130 GWB-neu fallen, Folgendes ausgeführt: „Die EU-Richtlinien ermöglichen es daher den Mitgliedstaaten, für bestimmte – insbesondere soziale – Dienstleistungen vereinfachte Vergabeverfahren vorzusehen. Diesen Spielraum wollen wir für die Umsetzung nutzen und ein deutlich erleichtertes Vergabeverfahren für soziale Dienstleistungen einführen.“ Die Vorschrift des § 130 GWB bleibt hinter dieser Ankündigung deutlich zurück.

Ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 130 GWB-neu werden Rechtsberatungsdienstleistungen in der Regel von Unternehmen in dem jeweiligen Mitgliedstaat erbracht. Dies entspricht auch unserem Kenntnisstand. Daher halten wir den höheren Schwellenwert von 750.000 Euro sowie ein vereinfachtes Vergabeverfahren für notwendig und auch gerechtfertigt. Rechtsberatungsleistungen sind überdies häufig geprägt durch die Vertraulichkeit des Mandatsgegenstands und haben daher ein starkes persönliches Moment, welches in formalisierten Vergabeverfahren nicht oder nur unzureichend berücksichtigt werden kann. Dafür wären Verfahren, die die öffentlichen Auftraggeber nach der Maßgabe der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung frei gestalten können, wesentlich besser geeignet.

Wir regen deshalb an, Art. 75 und 76 der Richtlinie 2014/24/EU über die Vergabe öffentlicher Aufträge „eins zu eins“ in das deutsche Vergaberecht umzusetzen und auf diese Weise für die betroffenen Dienstleistungen ein „Vergaberecht light“ zu schaffen.

6. Verhältnis des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes zur Verordnung (EU) Nr. 537/2014 und dem Abschlussprüfungsreformgesetz

Nach dem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucher (BMJV) für das Abschlussprüfungsreformgesetz vom 27. März 2015 (AReG) soll in § 318 Abs. 1a HGB vorgesehen werden, dass sich die zulässige Gesamtbestelldauer für Abschlussprüfer von zehn auf 20 Jahre verlängert, wenn der Abschlussprüfer nach einem Auswahl- und Vorschlagsverfahren gemäß Art. 16 Abs. 2 bis 5 der VO (EU) Nr. 537/2014 bestellt wird. Es ist nicht zweifelsfrei ersichtlich, wie sich dieses besondere Verfahren zu den Verfahrensarten nach § 119 GWB-neu verhält.

Wir schlagen daher eine Klarstellung im Vergaberechtsmodernisierungsgesetz oder – in Abstimmung mit dem BMJV – im Abschlussprüfungsreformgesetz vor.