

Vorläufige Stellungnahme

Referentenentwurf einer Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts

I. Grundsätzliches

Die Vorlage des umfangreichen Referentenwurfs einer Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts am 11.11.2015 ist die zweite Stufe nach der Vorlage des Regierungsentwurfes eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts. Ob mit der Strukturreform im Vergaberecht – das Vergabeverfahren für Liefer- und Dienstleistungen sowie für freiberufliche Leistungen in der Vergabeverordnung zu verorten – oberhalb der EU-Schwellenwerte das Ziel der Bundesregierung erreicht werden kann, das deutsche Vergaberechts vereinfacht und anwenderfreundlich zu gestalten, wird bezweifelt.

Dokumenten Nr.
D 0754

Datum
3. Dezember 2015

Seite
1 von 12

II. Im Einzelnen

Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Laut Verordnungsentwurf sind die Ausführungen zum Erfüllungsaufwand identisch mit denen des Regierungsentwurfes für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, da der „Erfüllungsaufwand bereits detailliert unter Einbeziehung der Auswirkungen der zu erlassenden Rechtsverordnungen in der Begründung des Regierungsentwurfes dargestellt“ worden sei. Dies verwundert, da der Verordnungsentwurf erst lange nach dem Gesetzentwurf vorgelegt wurde. Da bereits im Gesetzentwurf im Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft die Kosten für Erklärungen, Nachweise und Gütezeichen, die durch die Vorgaben im GWB begründet werden, nicht berücksichtigt wurden, fehlen diese auch jetzt, obwohl damit deutliche Kosten verbunden sein dürften. Zudem fehlten und fehlen die Kosten für freiberufliche Leistungen (vgl. Begründung zum Referentenentwurf). Darüber hinaus beinhalteten und 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, waren und sind ebenfalls nicht aufgeführt.

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

Gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe, § 4 VgV-E

Gemäß § 4 Absatz 1 VgV-E können mehrere öffentliche Auftraggeber vereinbaren, bestimmte öffentliche Aufträge gemeinsam zu vergeben.

Telekontakte
T: +493020281512
F: +493020282512

Internet
www.bdi.eu

E-Mail
A.Mundt@bdi.eu

Aus Sicht des BDI darf dies jedoch nicht dazu führen, dass der Anwendungsbereich des deutschen Kartellrechts durch die VgV beschränkt wird. Eine entsprechende Zusammenarbeit/gemeinsame Auftragsvergabe von Kommunen läuft im Ergebnis auf ein „Einkaufskartell“ bzw. (z. B. bei der gemeinsamen Vermarktung von kommunal gesammelten Altpapier) auf ein „Vertriebskartell“ hinaus, dessen Zulässigkeit am Maßstab des GWB zu prüfen ist.

Der BDI befürwortet daher in der Begründung zur VgV-E eine Klarstellung, dass eine entsprechende Zusammenarbeit nur im Rahmen der kartellrechtlichen Grenzen zulässig sein darf.

Dokumentation und Vergabevermerk, § 8 Abs. 2 VgV-E

Laut § 8 Absatz 2 VgV-E fertigt der öffentliche Auftraggeber über jedes Vergabeverfahren einen Vermerk an. Die Mindestanforderungen an einen solchen Vergabevermerk sind in § 8 Absatz 2 Satz 2 VgV-E enthalten. Von diesen Mindestanforderungen nicht umfasst ist jedoch die zwingende Dokumentation des Datums der Erstellung des Vermerks. Dies ist jedoch essentiell, um sicherzustellen, dass der Vergabevermerk nicht nachträglich geändert wurde.

Grundsätze der Kommunikation, § 9 Abs. 1 und 3 VgV-E

§ 9 Abs. 1 VgV-E schreibt vor, dass „elektronische Mittel“ durch die öffentlichen Auftraggeber und Unternehmen zu verwenden sind. Um welche Mittel es sich hier genau handeln kann oder muss, wird nicht erwähnt. Art. 2 Nr. 19 Richtlinie 2014/24/EU enthält eine Legaldefinition. Hierauf sollte Bezug genommen werden.

Wahl der Verfahrensart, § 14 Abs. 3 VgV-E

§ 14 Abs. 3 VgV-E regelt die Voraussetzungen dafür, wann öffentliche Auftraggeber vom „offenen Verfahren“ und vom „nicht offenen Verfahren“ absehen und stattdessen das „Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb“ oder den „Wettbewerblichen Dialog“ wählen können. Dies gilt unter anderem für Angebote von Bietern, deren Preis die vor Einleitung des Vergabeverfahrens festgelegten und dokumentierten eingeplanten Haushaltsmittel des öffentlichen Auftraggebers übersteigen.

Es besteht hier die Gefahr, dass mit dieser Regelung das offene und nicht offene Verfahren umgangen werden, indem zunächst sehr niedrige bzw. nicht marktkonforme Haushaltsmittel angesetzt werden, die von allen Angeboten überschritten werden, um anschließend in ein Verhandlungsverfahren übergehen zu können.

Der BDI regt daher an, in der Begründung zu § 14 Abs. 3 VgV einen Hinweis aufzunehmen, dass in ein Verhandlungsverfahren bzw. einen wettbe-

werblichen Dialog nur übergegangen werden darf, wenn zunächst Haushaltsmittel in Ansatz gebracht wurden, die auf einer realistischen Kostenschätzung unter Berücksichtigung der Marktspezifika beruhen.

Verkürzung der Mindestfristen für die Einreichung von Angeboten und Teilnahmeanträgen am Beispiel von §§ 15, 16 17, 18, 19, 20, 38 VgV-E

Die Möglichkeit, die Mindestfristen für Teilnahmeanträge und die Einreichung von Angeboten erheblich zu verkürzen, beurteilt der BDI weiterhin äußerst 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 träfe insbesondere kleine und mittlere Unternehmen, aber auch die Auftraggeber, wenn Aufträge deswegen nicht realisiert werden können. 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 Richtlinie 2014/24/EU, der in § 20 VgV-E umgesetzt wurde, 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.

Die Argumentation des BMWi, die europäischen Regelungen zu den Mindestfristen seien zwingend umzusetzen, wird in dieser Pauschalität auch von der EU-Kommission nicht geteilt. Auf Nachfrage, ob das nationale Recht längere Fristen setzen könne als diejenigen, die in den neuen Vergaberichtsrichtlinien festgelegt worden sind, differenziert die EU-Kommission dahingehend, dass es allgemein betrachtet dem nationalen Recht nicht erlaubt sei, längere Fristen zu setzen, als die, die für alle Vergaben gelten würden. Jedoch sei es denkbar, dass das nationale Recht bei der Umsetzung von Art. 47 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU in seinen Bestimmungen präzisieren könnte, dass bei komplexen Aufträgen und Aufträgen, bei denen für die Ausarbeitung der Angebote mehr Zeit erforderlich sei, die öffentlichen Auftraggeber längere Mindestfristen zu beachten haben. Der BDI fordert eine entsprechende Anpassung der Mindestfristen im Verordnungsentwurf.

Besonders problematisch erweist sich aus Sicht des BDI, dass die verkürzten Mindestfristen auf die umfangreichen Regelungen zu den einzelnen Verfahrensarten in den §§ 15 bis 19 sowie den § 38 VgV-E verteilt sind. § 20 VgV-E, der den Grundsatz der angemessenen Fristsetzung enthält und als Obersatz bei der Anwendung der jeweiligen Mindestfristen zu beachten ist, steht damit in keinem räumlichen Zusammenhang mit den einzelnen Mindestfristen. Ein „Übersehen“ des Korrektivs in § 20 VgV-E wird damit erheblich erleichtert. Um der Bedeutung des Regelungsinhalts des § 20 VgV-E („Angemessene Fristsetzung“) gerecht zu werden, fordert der BDI, die erforderliche Sachnähe dadurch sicherzustellen, dass die Mindestfristen für alle Verfahren in § 20 VgV-E nach dem Grundsatz der angemessenen Fristsetzung geregelt werden. Dafür spricht auch die bisherige Regelung in § 12 EG VOL/A, die unter der Überschrift „Fristen“ alle Fristen bündelt.

Wettbewerblicher Dialog, § 18 Abs. 8 S. 4 VgV-E und § 17 Abs. 8 S. 4 SektVO-E

Art. 30 Abs. 6 UA 2 Richtlinie 2014/24/EU stellt darauf ab, dass *durch die Änderung* der Wettbewerb verzerrt wird oder eine Diskriminierung von Beteiligten erfolgt. Nach § 18 Abs. 8 S. 4 VgV-E bzw. § 17 Abs. 8 S. 4 SektVO-E sollen demgegenüber bereits grundlegende Änderungen an sich unzulässig sein. Bei einem innovativen Verfahren wie dem Wettbewerblichen Dialog erachtet der BDI diese Einschränkung als nicht zielführend, weil sich hier im Laufe des Verfahrens ein erhöhter Änderungsbedarf ergeben kann, dem die Richtlinie 2014/24/EU Rechnung tragen will. Art. 30 Abs. 6 UA 2 Richtlinie 2014/24/EU sollte daher 1:1 umgesetzt werden, um keine inhaltliche Änderung zu bewirken.

Innovationspartnerschaft, § 19 Abs. 9 VgV-E

Nach § 19 Abs. 9 VgV-E kann der öffentliche Auftraggeber am Ende jedes Entwicklungsabschnitts darüber befinden, ob er die Partnerschaft beendet. Es fehlt eine detaillierte Regelung des Ausstiegsszenarios. 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.

Vergabeunterlagen, § 29 Abs. 2 VgV-E

Nach § 29 Abs. 2 VgV-E sind die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL Teil B) in der Regel zum Vertragsgegenstand zu machen.

Aus Sicht des BDI gibt es keinen Grund, von der bisherigen Regelung des § 11 Abs. 1 VOL/A, der lediglich in die VgV überführt werden soll, abzuweichen. Der BDI schlägt daher vor, § 29 Abs. 2 VgV-E wie folgt zu fassen:
„Die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen

(VOL/B) sind grundsätzlich zum Vertragsgegenstand zu machen. Dies gilt nicht für die Vergabe freiberuflicher Leistungen. Zusätzliche Allgemeine Vertragsbedingungen dürfen der VOL/B nicht widersprechen. Für die Erfordernisse einer Gruppe gleichgelagerter Einzelfälle können Ergänzende Vertragsbedingungen Abweichungen von der VOL/B vorsehen.“

(Wieder-)Aufnahme des Verbots des ungewöhnlichen Wagnisses, § 31 VgV-E

In der Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts hatte der BDI angeregt, bei den Grundsätzen der Vergabe in § 97 GWB das Verbot des ungewöhnlichen Wagnisses aufzunehmen. Da dies im GWB nicht aufgenommen wurde, sollte dies nunmehr unbedingt in der VgV erfolgen. Eine entsprechende Regelung könnte bei der Leistungsbeschreibung in § 31 VgV-E aufgenommen werden.

Bekanntlich war das Verbot des ungewöhnlichen Wagnisses in § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A 2006 dies 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.“

In einer jüngsten Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 21.10.2015 (VII-Verg 28/14) heißt es schließlich dazu, dass sich seit Entfall des früher in der VOL/A bestehenden Verbots einer Überbürdung ungewöhnlicher Wagnisse auf Bieter/Auftragnehmer im Jahr 2009 bei einigen Vergabesenaten die Meinung durchgesetzt habe, der Antragsteller des Nachprüfungsverfahrens könne lediglich unzumutbare Anforderungen (Wagnisse) in den Vergabeunterlagen mit Erfolg beanstanden. Damit wird deutlich, dass die jetzige Entscheidungspraxis von derjenigen vor dem Entfall zulasten der Bieter abweicht. Das BMWi hatte jedoch seinerzeit keine Änderung der materiellen Rechtslage beabsichtigt. Daher plädiert der BDI dafür, das Verbot des ungewöhnlichen Wagnisses nunmehr in § 31 der VgV (wieder) 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.

Da auch die VOB/A das Verbot des ungewöhnlichen Wagnisses enthält und in summa zu den Lieferleistungen hier keine Unterschiede erkennbar sind, würde dies einen Beitrag zur Rechtsangleichung darstellen.

Leistungsbeschreibung, § 31 Abs. 4 VgV-E

§ 31 Abs. 4 VgV-E lautet: „In der Leistungsbeschreibung kann ferner festgelegt werden, ob Rechte des geistigen Eigentums übertragen oder dem öffentlichen Auftraggeber daran Nutzungsrechte eingeräumt werden müssen.“ Der Zusatz „oder dem öffentlichen Auftraggeber daran Nutzungsrechte eingeräumt werden müssen.“ entspricht nicht dem Richtlinien text und ist daher zu streichen.

Nachweisführung durch Gütezeichen, § 34 VgV-E

- § 34 Abs. 2 Nr. 3 VgV-E müsste richtlinienkonform (vgl. Art. 43 Abs. 1 Nr. 3 Richtlinie 2014/24/EU) wie folgt ergänzt werden: „Das Gütezeichen wurde im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens entwickelt, an dem alle *relevanten* interessierten Kreise teilnehmen können.“
- § 34 Abs. 5 VgV-E lautet: „Hatte ein Unternehmen aus Gründen, die ihm nicht zugerechnet werden können, nachweislich keine Möglichkeit, das vom öffentlichen Auftraggeber angegebene oder ein gleichwertiges Gütezeichen innerhalb einer *angemessenen Frist* zu erlangen, (...)“. Art. 43 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU lautet hingegen: „innerhalb der *einschlägigen Fristen*“. Sowohl die Verwendung des Wortes „einschlägigen“ als auch die Mehrzahl „*Fristen*“ legen den Schluss nahe, dass damit unterschiedliche Fristen und daher die Angebotsfristen gemeint sind. Dann müsste „*angemessener Frist*“ in „*der einschlägigen Fristen*“ geändert werden und in der *Verordnungsbegründung* darauf hingewiesen werden, dass damit die Angebotsfristen gemeint sind.“

- Besonders problematisch ist aus Sicht der Industrie für die Praxis, dass bei der Forderung spezifischer Gütesiegel zwar gleichwertige Gütesiegel akzeptiert werden müssen (§ 34 Abs. 4 VgV-E), aber nur unter den engen Voraussetzungen des § 34 Abs. 5 VgV-E andere Nachweise zulässig sind. Dies fördert Zwangsmitgliedschaften in einer bestimmte Standards setzenden Organisation oder einer anderen Gütezeichen ausstellenden Organisation, greift erheblich in die Unternehmenspolitik ein und geht weit über das eigentliche Ziel, die Erfüllung leistungsbezogener Merkmale nachzuweisen, hinaus. Bereits heute erfüllen viele Unternehmen und ihre Zulieferer die Anforderungen bestehender Gütezeichen und gehen sogar über diese hinaus, z. B. durch firmeninterne (Management-)Systeme. Sie können jederzeit die Anforderungen durch anderweitige Belege und/oder Erklärungen nachweisen, ohne auf kostenintensive Gütezeichen zurückgreifen zu müssen.

Wir regen daher an zu überlegen, ob mit Blick auf Transparenz und Nicht-diskriminierung gleichwertige (andere) Nachweise zugelassen werden können.

Nebenangebote, § 35 VgV-E

Nach § 35 Abs. 1 VgV-E *können* Auftraggeber Nebenangebote zulassen. Die Formulierung „können“ gibt nicht den Gedankengehalt des Erwägungsgrunds 48 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU wieder. Dort heißt es: „Aufgrund der Bedeutung von Innovation sollten die öffentlichen Auftraggeber aufgefordert werden, so oft wie möglich Varianten zuzulassen.“ Dieser Appell an die Auftraggeber sollte sich im Wortlaut des § 35 VgV-E wiederfinden.

Unteraufträge, § 36 VgV-E

- Der BDI begrüßt ausdrücklich, dass die in Art. 71 Abs. 3 RL 2014/24/EU vorgesehene Möglichkeit der Direktzahlung an Unterauftragnehmer nicht in die VgV-E übernommen worden ist. Dabei muss es bleiben.

Denn die Möglichkeit des Auftraggebers, eine Zahlung direkt an den Unterauftragnehmer vorzunehmen, würde dem grundlegenden Prinzip der Gegenseitigkeitspflicht im deutschen Zivilrecht zuwider laufen, 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).

- § 36 Abs. 3 Satz 1 VgV-E müsste richtlinienkonform (vgl. Art. 71 Abs. 5 S. 1 Richtlinie 2014/24/EU) wie folgt ergänzt werden: „(...) mitteilt, *soweit sie bekannt sind* und (...).
- § 36 Abs. 3 Satz 3 VgV-E widerspricht Art. 71 Abs. 5 UA 4 Richtlinie 2014/24/EU.
- § 36 Abs. 6 VgV-E müsste geändert werden. Es muss deutlich werden, dass neben der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung auch andere Nachweise zulässig sind.

Auswahl geeigneter Unternehmen, § 42 VgV-E

In § 42 VgV-E sollte die Überschrift in „Auswahl geeigneter Unternehmen“ geändert werden. Die derzeit im Entwurf gewählte Überschrift „Auswahl der geeigneten Unternehmen (...)“ vermittelt den (falschen) Eindruck, dass bereits eine Vorauswahl geeigneter Unternehmen stattgefunden hat und durch § 42 eine weitere Auswahl (an sich geeigneter) Unternehmen stattfindet.

Rechtsformen von Unternehmen, § 43 Abs. 2 VgV-E

In § 43 Abs. 2 VgV-E sollte der letzte Halbsatz wie folgt geändert werden: „...; solche Bedingungen müssen durch sachliche Gründe gerechtfertigt *und angemessen* sein.“ Denn das Kriterium der Angemessenheit ist ebenfalls in Art. 19 Abs. 2 UA 2 Richtlinie 2014/14/EU enthalten und darüber hinaus verfassungsrechtlich geboten.

Erlaubnis zur Berufsausübung, § 44 VgV-E

Die Überschrift des § 44 VgV-E „Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung“ sollte in „*Erlaubnis zur Berufsausübung*“ geändert werden. Wie sich bereits aus den Anmerkungen des Ordnungsgebers selbst zu § 44 VgV-E ergibt, ist „Erlaubnis“ der richtige Begriff. Der Zusatz „Befähigung“ hat daher keinen Mehrwert und ist zu streichen.

Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit, § 45 Abs. 4 Nr. 3 VgV-E

In § 45 Abs. 4 Nr. 3 VgV-E sollten die Begriffe „Bilanzen oder Bilanzauszüge“ ersetzt werden durch „*Jahresabschlüsse oder Auszügen von Jahresabschlüssen*“. Gemäß Anhang XII, b) Richtlinie 2014/24/EU soll die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch die Vorlage von „*Jahresabschlüssen oder Auszügen von Jahresabschlüssen*“ nachgewiesen werden. Der Begriff „Jahresabschluss“ ist weiter als der Begriff „Bilanz“. Die Beschränkung auf Bilanzen oder Bilanzauszüge ist daher europarechtswidrig. § 45 Abs. 4 Nr. 3 VgV-E sollte daher in Einklang mit der VRL wie oben vorgeschlagen präzisiert werden.

Technische und berufliche Leistungsfähigkeit, § 46 VgV-E

- In § 46 Abs. 1 S. 2 VgV-E sollte der Begriff „Effizienz“ durch „*Leistungsfähigkeit*“ ersetzt werden. Art. 58 Abs. 4 UA 3 Richtlinie 2014/24/EU benennt als Kriterien für die Beurteilung der beruflichen Leistungsfähigkeit: Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Erfahrung und Zuverlässigkeit. Der Begriff „Effizienz“ ist dort nicht erwähnt und wird auch bisher, soweit ersichtlich, vom deutschen Gesetzgeber als Kriterium der Eignung in den vergaberechtlichen Regelungen nicht verwendet.
- Für § 46 Abs. 2 VgV-E regen wir folgende Anpassung der Vorschrift an: „*Der öffentliche Auftraggeber kann die berufliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens verneinen, wenn er anhand von Tatsachen festgestellt hat, dass das Unternehmen kollidierende Interessen hat, die die Auftragsdurchführung negativ beeinflussen können, soweit das Unternehmen seine Leistungsfähigkeit nicht durch geeignete Maßnahmen nachweist.*“ Art. 58 Abs. 4 UA 2 Richtlinie 2014/24/EU adressiert lediglich die berufliche, nicht aber die technische Leistungsfähigkeit. Aufgrund der gravierenden Folgen sollte § 46 Abs. 2 VgV weiter konkretisiert werden, um den Ausnahmecharakter zu verdeutlichen. Dabei sollten die widersprüchlichen Interessen und der nachteilige Einfluss durch Tatsachenfeststellungen des öffentlichen Auftraggebers näher konkretisiert werden.

Beleg der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen, § 48 VgV-E

- Der BDI begrüßt ausdrücklich die Regelung des § 48 Abs. 3 VgV-E, nach der der öffentliche Auftraggeber als vorläufigen Beleg der Eignung die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) akzeptiert. Denn eine zwingende Nutzung der EEE ist nicht vom Wortlaut der EU-Vergaberichtlinien gedeckt. Aus Sicht des BDI sollte überdies ausdrücklich klargestellt werden, dass die Abgabe einer EEE für Bieter nicht verpflichtend, sondern lediglich eine von ihm frei wählbare Option ist.
- § 48 Abs. 7 VgV-E sollte wie folgt ergänzt werden: „(...) zu *vervollständigen oder* zu erläutern.“ Art. 59 Abs. 4 UA 2 Richtlinie 2014/24/EU sieht die Möglichkeit, Bescheinigungen nicht nur zu erläutern, sondern auch zu vervollständigen, ausdrücklich vor.

Beleg der Einhaltung von Normen der Qualitätssicherung und des Umweltmanagements, § 49 Abs. 1 S. 2 VgV-E

Art. 62 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU spricht von akkreditierten Stellen aus anderen Mitgliedsstaaten, während § 49 Abs. 1 S. 2 VgV-E dies auf Stellen aus sämtlichen Drittstaaten ausweitet. Hier ist zu überlegen, ob diese Aufweitung durch die VgV europarechtskonform ist und ob nicht eine Beschränkung auf EU-Mitgliedstaaten sachgerechter wäre.

Einheitliche Europäische Eigenerklärung, § 50 VgV-E

- Nach § 50 Abs. 2 VgV-E kann ein öffentlicher Auftraggeber den Bieter oder Bewerber jederzeit während des Verfahrens zur Vorlage sämtlicher oder eines Teils der zusätzlichen Unterlagen auffordern. Dies darf allerdings nicht dazu führen, dass während jeder Phase des Verfahrens alle Unterlagen beim Bieter oder Bewerber vorrätig sein müssen. Sonst würden Sinn und Zweck der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) konterkariert. 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.
- In § 50 VgV-E fehlt eine Regelung, dass eine EEE wiederverwendbar ist. Die Wiederverwendbarkeit der EEE sieht Art. 59 Abs. 1 UA 5 Richtlinie 2014/24/EU ausdrücklich vor. Daher muss § 50 VgV-E entsprechend ergänzt werden.

Aufhebung von Vergabeverfahren, § 63 Absatz 1 VgV-E

Gemäß § 63 Absatz 1 Satz 1 VgV-E kann der öffentliche Auftraggeber ein Vergabeverfahren jederzeit ganz oder bei Vergaben nach Losen auch teilweise aufheben. Damit wird die Möglichkeit der Aufhebung von Vergabeverfahren zum Nachteil der Bieter und Bewerber anders als im derzeitigen § 20 VOL/A 2. Abschnitt ins freie Ermessen der öffentlichen Auftraggeber gestellt. Dieser Nachteil wird auch nicht durch § 63 Absatz 1 Satz 2 VgV-E ausgeglichen. Dieser kompensiert lediglich das negative Interesse, nicht

aber den entgangenen Gewinn. Damit stünde der Bewerber oder Bieter lediglich so, als wäre der Vertrag gar nicht zustande gekommen. Die Unternehmen befürchten, dass dies vermehrt dazu führen wird, dass aufgrund angeblicher Unwirtschaftlichkeit willkürlich aufgehoben und anschließend die Bieter in dem nachfolgenden Verhandlungsverfahren durch zulässige Preisverhandlungen im Preis gedrückt werden und/oder die Bierrangfolge verändert wird.

Der BDI schlägt daher entsprechend § 20 EG VOL/A folgende Formulierung für § 63 Absatz 1 VgV-E vor:

„Die Vergabeverfahren können ganz oder bei Vergabe nach Losen auch teilweise aufgehoben werden, wenn

- (a) kein Angebot eingegangen ist, das den Bewerbungsbedingungen entspricht,
- (b) sich die Grundlagen der Vergabeverfahren wesentlich geändert haben,
- (c) kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde,
- (d) andere schwerwiegende Gründe bestehen.“

Dieser Vorschlag wird trotz einer Entscheidung des BGH (Beschluss vom 20.03.2014 – X ZB 18/13), wonach Primärrechtsschutz bei der Aufhebung einer Ausschreibung der Vergabestelle einen Kontrahierungszwang vorgegeben würde und somit nicht bestehen soll, durch aktuelle Rechtsprechung einiger Oberlandesgerichte und Vergabekammern gestützt.

Zeitlich vor aber auch nach der BGH-Entscheidung haben das OLG München (Beschlüsse vom 06.12.2012 - Verg 25/12 und vom 04.04.2013 - Verg 4/13) und das OLG Rostock (Beschluss vom 18.03.2015 - 17 Verg 5/14) den Primärrechtsschutz bejaht und somit die Aufhebung der Aufhebung angeordnet. Die Aufhebung der Aufhebungsentscheidung verstoße nicht gegen die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Antragsgegners und postuliere auch keinen Kontrahierungszwang. Darüber hinaus werde der Antragsgegner mit der Aufhebung der Aufhebungsentscheidung und der Zurücksetzung des Ausschreibungsverfahrens in den Zustand vor der Aufhebung nicht dazu gezwungen, die Ausschreibung mit einem Zuschlag abzuschließen. Ihm verblieben neben der Zuschlagserteilung vielmehr noch andere Handlungsalternativen. Es unterfiele der Dispositionsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers, auf welche Art und Weise er ein Ausschreibungsverfahren vergaberechtskonform und ohne Verstoß gegen bieterschützende Vorschriften zum Abschluss bringen wolle.

Andere Entscheidungen (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.03.2013 - 15 Verg 3/13; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 25.09.2015 - 1 VK 37/15; VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 13.11.2015 - VK 1 - 16/15) setzen früher an, dass die Aufhebung eine reine Ermessensentscheidung sei; dieses Ermessen sei von der Vergabestelle ermessensfehlerfrei auszuüben. Ermessensfehlerfrei wäre es bei Aufhebung infolge Unwirtschaftlichkeit nicht, wenn eine Aufklärung vor Aufhebung unterbleibt (unmittelbar angeordnet nur für unangemessen niedrige Preise). Auch dies würde durch die neue Regelung ausgeschlossen werden.

Einhellige Rechtsprechung ist zudem, dass in Ausnahmefällen eine Aufhebung der Aufhebung erfolgen kann, z. B. bei Scheinaufhebung oder Diskriminierung eines Bieters. Begründet wird dies damit, dass zumindest ein sachlicher Grund vorliegen müsse, der zur Aufhebung berechtigt. Ein sachlicher Grund wird hierbei viel weiter angesehen als die in der VOL abschließend aufgezählten Aufhebungsgründe. Auch diese Möglichkeit würde wohl mit der derzeit vorgeschlagenen Regelung im Entwurf der VgV zur Aufhebung des Vergaberechts entfallen.