

Stellungnahme zum Entwurf einer Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts

1 Einleitung

Anlass für den vorgelegten Entwurf einer Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts sind die Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (Richtlinie 2014/24/EU), die Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Richtlinie 2014/25/EU) und die Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen (Richtlinie 2014/23/EU) der Europäischen Union. Sie sind bis zum 18. April 2016 in nationales Recht umzusetzen.

Der GdW Bundesverband Deutscher Wohnungs – und Immobilienunternehmen e.V. begrüßt den Ansatz, die Bestimmungen der Richtlinien möglichst textgetreu in nationales Recht umzusetzen.

Ausdrückliches Ziel des Gesetzgebers ist die Schaffung eines möglichst übersichtlichen und leicht handhabbaren Regelwerks zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen. Zur Verwirklichung dieser Zielvorgabe ist der Entwurf eine tragfähige Grundlage.

Neben dem im Entwurf vorgenommenen Implementierungen hätte es darüber hinaus einer Integration auch der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil A-EG in die Vergabeverordnung (VgV) bedurft. Mit dieser Zusammenführung wäre die Zielvorgabe eines schlanken und einfachen Vergaberechts nahezu erreicht worden.

Kritisch sehen wir, dass zahlreiche Regelungen der VOB/A-EG von denen des GWB und der VgV abweichen. Genannt seien etwa die Bestimmungen zur Nachforderungen von unvollständigen Unterlagen oder zur Unbeachtlichkeit fehlender Preisangaben. Dies führt zu Unsicherheiten in der Praxis und dient nicht der Zielsetzung des Entwurfs.

Im Weiteren beschränken wir uns in unseren Anmerkungen auf diejenigen Vorschriften, die für die Wohnungswirtschaft von Relevanz sind.

2 Im Einzelnen

2.1 Zu § 3 VgV-E – Schätzung des Auftragswertes

Gem. § 3 Abs. 1 VgV-E ist bei der Schätzung des Auftragswertes vom voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistung ohne Umsatzsteuer auszugehen. Satz 2 sieht vor, dass dabei der Wert der Leistungen, die in einem funktionalen Zusammenhang stehen, bei der Auftragswertberechnung zusammenzurechnen sind. Weiter soll nach Abs. 2 die Aufteilung eines Auftrages nicht in der Absicht erfolgen, den Auftrag im Anwendungsbereich der Verordnung zu entziehen, es sei denn, dass objektive Gründe die Aufteilung rechtfertigen.

Die Vorschrift soll Art. 5 der Richtlinie 2014/24/EU umsetzen. Dies gelingt in einem wesentlichen Punkt nicht:

Gem. § 3 Abs.1 S. 2 VgV-E soll der Wert der Leistungen, die "in einem funktionalen Zusammenhang stehen" zusammengerechnet werden. Aus der Richtlinie selber erscheint diese Vorgabe nicht erkennbar und entspricht daher nicht einer 1:1 – Umsetzung. Sie ist auch nicht mit der Rechtsprechung des EuGH in Sachen "Autalhalle" (Urt. v. 15.03.2012 – C574/10) zu begründen.

Der vor dem EuGH zu entscheidende Sachverhalt betraf eine einheitliche freiberufliche Leistung, nämlich eine Architektenleistung für ein und dasselbe öffentliche Gebäude. Insofern war ein einheitlicher Charakter in Bezug auf die wirtschaftliche und technische Funktion der Leistung zweifelsfrei zu bejahen und der Auftragswert somit zu kumulieren. Ob ein solcher "funktionaler Zusammenhang" auch in Planungsleistungen wie etwa der Architektur, der Tragwerkplanung, der Haustechnik oder Vermessung bestanden hätte, war nicht Gegenstand der Entscheidung.

Die Aufnahme eines funktionalen Zusammenhangs in § 3 Abs. 1 S. 2 VgV-E führt dazu, dass bei der Auftragswertberechnung zukünftig die Honorare sämtlicher Planungsleistungen für ein Bauvorhaben zusammengezählt werden müssten. Angesichts des ab dem 01.01.2016 geltenden EU-Schwellenwertes i.H.v. 209.000 € und der Tatsache, dass bei fast allen Planungsleistungen für Bauvorhaben der öffentlichen Hand zukünftig von einem funktionalen Zusammenhang auszugehen sein dürfte, wäre immer europaweit auszuschreiben. Dies kann nicht gewollt und ist schlicht abzulehnen.

Der GdW fordert daher,

§ 3 Abs. 1 S. 2 VgV – E zu streichen.

Im besonderen Maß gilt das vorgenannte im "Zusammenspiel" mit § 3 Abs. 7 VgV-E. Vorgesehen ist die Streichung der aktuell gültigen Fassung, wonach bei freiberuflichen Leistungen bei Teilaufträgen die Werte derselben freiberuflichen Leistung zur Schätzung des Auftragswertes herangezogen werden.

Eine Streichung hätte zur Folge, dass künftig z.B. Aufträge für Fachplanungsleistungen und Begutachtungen in Zusammenhang mit Bauvorhaben sehr häufig europaweit vergeben werden müssten, obgleich ihr Wert deutlich den Schwellenwert unterschreitet und keine Binnenmarktrelevanz besteht.

Anders als die Begründung auch hier annimmt, erscheint der Wegfall dieser Regelung nicht mit Hinweis auf das EuGH-Urteil "Autalhalle" erforderlich. Erneut wird darauf hingewiesen, dass diese Entscheidung nicht die Zusammenrechnung verschiedenartiger freiberuflicher Leistungen zum Gegenstand hatte, sondern die Zusammenrechnung gleichartiger freiberuflicher Leistungen (Objektplanung) aus funktional zusammengehörenden Bauabschnitten. Verschiedenartige Dienstleistungen waren also nicht Gegenstand des Urteils.

Ein Festhalten an der Entwurfsfassung würde die Beauftragung unnötig verkomplizieren. Gerade kleinere Kommunen müssten externe Dienstleister in Anspruch nehmen. Bauvorhaben würden dabei nicht nur teurer, sondern deren Realisierung auch länger. Dies konterkariert die mit dem Bündnis für bezahlbares Wohnen und Bauen verbundene Zielsetzung.

Der GdW fordert daher,

die bisher in § 3 Abs. 7 S. 3 VgV-E enthaltene Regelung, wonach bei losweiser Vergabe einer Zusammenrechnung der Auftragswerte nur für Teilaufträge derselben freiberuflichen Leistung nötig war, zu übernehmen.

2.2

Zu § 8 VgV-E - Dokumentation und Vergabevermerk

Gemäß § 8 VgV-E ist das Vergabeverfahren von Beginn an fortlaufend in Textform nach § 126b BGB zu dokumentieren. Dabei umfasst die Dokumentation alle Informationen, die für die Begründung von Entscheidungen auf jeder Stufe des Vergabeverfahrens erforderlich sind.

Diese Dokumentationspflicht erscheint viel zu umfassend und gefährdet das gesetzgeberische Ziel zur Vereinfachung des Vergaberechts.

Bei richtigem Verständnis ist das gesamte Vergabeverfahren in Textform, also auf einem dauerhaften Datenträger, zu dokumentieren. Gemeint sind u.a. auch sämtliche interne Beratungen und Gespräche. Dies dürfte weit über den bisher geforderten Vergabevermerk hinausgehen.

Der GdW fordert daher,

die Dokumentationspflicht auf das Notwendige zu beschränken.

2.3

Zu den §§ 25, 26 - Elektronische Auktionen

Mit den §§ 25, 26 VgV-E werden sogenannte elektronische Auktionen eingeführt.

Gem. der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2015 nimmt Art. 35 "Bestimmte öffentliche Bauaufträge, die intellektuelle Leistungen z.B. die Gestaltung von Bauwerken zum Inhalt haben" von elektronischen Auktionen expliziert aus.

Diese Ausnahme sollte auch im Gesetzestext selber ihren Niederschlag finden.

Der GdW fordert,

in § 26 klarzustellen, dass bestimmte öffentliche Bauaufträge, die intellektuelle Leistungen, z.B. die Gestaltung von Bauwerken, zum Inhalt haben, von elektronischen Auktionen ausgenommen ist.

2.4.

Zu § 36 VgV-E – Unteraufträge

§ 36 Abs. 1 VgV-E sieht vor, dass der öffentliche Auftraggeber Unternehmen auffordern kann, die vorgesehenen Unterauftragnehmer "falls zumutbar" zu benennen.

Die Formulierung "falls zumutbar" erscheint zu unbestimmt und ist streitanfällig. Es ist nicht erkennbar, warum die in früheren Entwürfen verwendete Begrifflichkeit "falls bekannt" nicht übernommen worden ist. Diese Formulierung wäre auch durch die Richtlinienvorgabe in Art. 71 Abs. 2 AVR abgedeckt.

Der GdW schlägt daher vor,

in § 36 Abs. 1 VgV-E die Wörter "falls zumutbar" durch "falls bekannt" zu ersetzen.

2.5

Zu § 77 VgV-E - Kosten

Gem. § 77 Abs. 2 – E gilt, dass soweit der öffentliche Auftraggeber außerhalb von Planungswettbewerben darüber hinaus die Ausarbeitung von Lösungsvorschläge für die gestellte Planungsaufgabe in Form von Entwürfen, Plänen, Zeichnungen, Berechnungen oder anderen Unterlagen verlangt, einheitlich für alle Bewerber eine angemessene Vergütung festzusetzen ist. Gesetzliche Gebühren – oder Honorarordnungen und der Urheberrechtsschutz bleiben hiervon unberührt.

Gerade letzterer Nachsatz, wonach die HOAI davon unberührt bleiben soll, erscheint irreführend. So ist anerkannt, dass die HOAI für im Vergabeverfahren angeforderte Ausarbeitungen gerade keine Anwendung findet.

Der GdW fordert,

§ 77 Abs. 2 Satz 2 zu streichen.

3

Zur Verordnung zur Statistik über die Vergabe öffentlicher Auftraggeber und Konzessionen (Vergabestatistik-Verordnung)

Soweit öffentlich auszuschreiben ist, ist aus Sicht der Wohnungswirtschaft Folgendes anzumerken:

Die Verordnung verpflichtet Auftraggeber bei Vergabe öffentlicher Aufträge über 25.000,- EUR netto eine Reihe statistischen Daten an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zu übermitteln. Die Datenübermittlung soll für den Oberschwellenbereich in einem vollautomatisierten elektronischen Verfahren erfolgen, so die Referentenbegründung.

Auch für den Unterschwellenbereich wird unter Federführung des Ministeriums für Wirtschaft und Energie ebenfalls ein elektronisches Verfahren entwickelt.

Die Erfüllung dieser Verpflichtung ist nicht bußgeldbewehrt, dennoch ist von einer Umsetzung auszugehen. Diese wird, zumindest in der Einführungsphase, wiederum Personal binden und ggf. die Anschaffung zusätzlich EDV Programme notwendig machen.

Der Referentenentwurf geht bundesweit von Mehrkosten durch die VergStatVO von 36,72 Mio. EUR aus, ohne dass diese Zahl belegt ist. Festzustellen ist, dass auch dieser Mehraufwand bei den betroffenen Auftraggebern anfällt und die Baupreise weiter erhöht, während die so gewonnenen Daten keinen ersichtlichen Mehrwert für die Auftraggeber darstellen.

Aus Sicht der Wohnungswirtschaft ist diese VO nicht sinnvoll.

II

Zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG – Drs. 367/15)

Der GdW nimmt das derzeit laufende Gesetzgebungsverfahren zur Modernisierung des Vergaberechts sowie die am 09.11.2015 erfolgte Anhörung zum Gesetzentwurf im Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestages zum Anlass, auf folgende Aspekte im Rahmen des Vergaberechtsmodernisierungsgesetz hinzuweisen:

Losvergabe – Zusammengefasste Vergaben (§ 97 Abs. 4 GWB-E)

§ 97 Abs. 4 GWB-E sieht im Rahmen der losweisen Vergabe von öffentlichen Aufträge u.a. vor, dass "mehrere Teil- oder Fachlose auch zusammen vergeben werden dürfen, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern."

Durch den Vorrang der losweisen Vergabe sollen die Interessen mittelständischer Unternehmen gefördert werden. Insofern ist der Vorrang der losweisen Vergabe zu unterstützen.

Gerade bei größeren Bauprojekten zeigt sich aber, dass je größer die Zahl der z.B. an einem Bauprojekt beteiligten Unternehmen ist, desto

umständlicher die Koordination einzelner Gewerke und die anschließende Beseitigung von Mängeln ist. Gerade bei mangelhaften Bauleistungen wird häufig versucht, die Verantwortung hierfür auf andere Beteiligte abzuwälzen.

Der öffentliche Auftraggeber hat insofern Schwierigkeiten, den richtigen Ansprechpartner zur Mängelbeseitigung zu finden. Diese Schwierigkeiten bestehen bei einer Leistung aus einer Hand nicht. Insofern bestimmt die Leistungsvergaberichtlinie 2014/24/EU im Erwägungsgrund 78 mit Recht, dass Grund einer möglichen Ausnahme von der Losvergabe sein kann, dass "mit der Notwendigkeit zur Koordinierung der verschiedenen Auftragnehmer für die Lose die ernsthafte Gefahr der Untergrabung der sachgerechten Ausführung eines Auftrages verbunden sein kann". Dieser Erwägungsgrund muss sich im Gesetz widerspiegeln.

Der GdW fordert daher,

dass ein "erheblicher Koordinierungsaufwand" Grund für eine zusammengefasste Vergabe und ein Abweichen von der Losvergabe sein kann.

GdW Bundesverband
deutscher Wohnungs- und
Immobilienunternehmen e.V.

Mecklenburgische Str. 57
14197 Berlin
Telefon: +49 (0)30 82403-0
Telefax: +49 (0)30 82403-199

Brüsseler Büro des GdW
3, rue du Luxembourg
1000 Bruxelles
BELGIEN
Telefon: +32 2 5 50 16 11
Telefax: +32 2 5 03 56 07

E-Mail: mail@gdw.de
Internet: <http://www.gdw.de>