

1. Dezember 2015

**Stellungnahme
des Bundesverbandes Öffentlicher Banken Deutschlands (VÖB)
zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie
für eine Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts
vom 9. November 2015**

I. Vorbemerkung

Wir bedanken uns für die Einräumung der Möglichkeit zur Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) für eine Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts. Der VÖB begrüßt, dass die Vorschriften des zweiten Abschnitts der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) sowie die Vorschriften der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) zukünftig entfallen und sich die entsprechenden Vorschriften im Wesentlichen aus der Neufassung der Vergabeverordnung ergeben werden. Bedauerlich ist in diesem Zusammenhang, dass - systemwidrig - der zweite Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) erhalten bleiben und nicht in die Neufassung der Vergabeverordnung integriert werden wird. Eine Integration in die Vergabeverordnung hätte zu einer Vereinheitlichung der Vorschriften und damit zu einer Verringerung des Aufwands auf Seiten der Auftraggeber und der Bieter geführt.

Wir verweisen ergänzend auch auf unsere Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 26. Mai 2015.

Die folgenden Anmerkungen und Änderungsvorschläge beziehen sich auf den Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie mit Bearbeitungsstand vom 9. November 2015.

II. Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (E-VgV - Artikel 1)

1. Funktionaler Zusammenhang bei der Schätzung des Auftragswertes (§ 3 Abs. 1 E-VgV)

Nach dem Entwurf der Vergabeverordnung („E-VgV“) sollen bei der Schätzung des Auftragswertes die Einzelwerte aller Leistungen, „die in einem funktionalen Zusammenhang stehen“, zusammengerechnet werden (§ 3 Abs. 1 E-VgV).

Der Begriff des funktionalen Zusammenhangs ist sehr weit und seine Bedeutung völlig unklar. Er wird zudem von den umzusetzenden EU-Richtlinien nicht verwendet und auch der Europäische Gerichtshof verwendet ihn nicht isoliert. In seiner Entscheidung vom 15. März 2012 (Rs. C-574/10), die in der Begründung zu § 3 Abs. 2 E-VgV zitiert wird, verlangt der Gerichtshof vielmehr, dass *„bei der Beurteilung, ob Dienstleistungen ... als einheitlicher Auftrag anzusehen sind, der einheitliche Charakter in Bezug auf ihre wirtschaftliche und technische Funktion zu prüfen“* sei (Rz. 41). Etwas später spricht der Gerichtshof in der zitierten Entscheidung davon, dass die fraglichen *„Leistungen in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität“* aufweisen (Rz. 45). Der Europäische Gerichtshof stellt also viel strengere Anforderungen an den Zusammenhang von Einzelleistungen als § 3 Abs. 1 E-VgV.

Die Vorschrift des § 3 Abs. 1 E-VgV birgt deshalb die Gefahr, dass zukünftig viel mehr Leistungen in die Auftragswertschätzung einzubeziehen sind, als es das EU-Vergaberecht fordert. Wir schlagen deshalb vor, § 3 Abs. 1 Satz 2 E-VgV ersatzlos zu streichen.

2. Vermeidung von Interessenkonflikten (§ 6 E-VgV)

Wir begrüßen, dass die bisherige Vorschrift über Interessenkollisionen überarbeitet wird. Angesichts der hohen Bedeutung dieser Vorschrift regen wir allerdings an, den in § 6 Abs. 3 Nr. 3 lit. b E-VgV verwendeten Begriff eines „in das Vergabeverfahren eingeschalteten Unternehmens“ entweder zu definieren oder durch einen klareren Begriff zu ersetzen.

Da das Unternehmen in das Vergabeverfahren eingeschaltet worden sein muss und eine solche Einschaltung nur von Seiten des öffentlichen Auftraggebers möglich ist, dürfte der Kreis der in Frage kommenden Unternehmen in der Praxis deckungsgleich sein mit den in § 6 Abs. 1 E-VgV genannten Beschaffungsdienstleistern. Wir schlagen deshalb vor, dass in § 6 Abs. 3 Nr. 3 lit. b E-VgV statt von „in das Vergabeverfahren eingeschalteten Unternehmen“ von „Beschaffungsdienstleistern“ gesprochen wird.

3. Dokumentation der Vorbereitung der Auftragsbekanntmachung und der Vergabeunterlagen (§ 8 Abs. 1 E-VgV)

Nach § 8 Abs. 1 E-VgV soll zukünftig unter anderem die „Vorbereitung der Auftragsbekanntmachung und der Vergabeunterlagen“ dokumentiert werden. Der Begriff der „Vorbereitung der Auftragsbekanntmachung und der Vergabeunterlagen“ ist sehr unbestimmt und umfassend. Die Vorschrift birgt deshalb die Gefahr, dass die Dokumentationspflicht sehr weit ausgelegt wird, was mit einem sehr großen zusätzlichen Arbeitsaufwand für die öffentlichen Auftraggeber verbunden wäre und zu einer großen Rechtsunsicherheit mit Blick auf Vergabenaachprüfungsverfahren führen würde.

Wir schlagen deshalb vor, dass in § 8 Abs. 1 E-VgV konkretisiert wird, wie weit die Dokumentationspflicht genau reicht. Vorstellbar wäre zum Beispiel, die Dokumentationspflicht auf Entwürfe der genannten Unterlagen zu beschränken.

4. Übersendung von Dokumentation und Vergabevermerk an die Europäische Kommission (§ 8 Absätze 5 und 6 E-VgV)

Nach § 8 Abs. 5 E-VgV hat der öffentliche Auftraggeber Dokumentation und Vergabevermerk zukünftig auf Verlangen unter anderem an die Europäische Kommission zu versenden. Dagegen sieht Artikel 84 Absatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU lediglich vor, einen Bericht bzw. dessen Hauptelemente nach Aufforderung zu übermitteln. Wir regen an, dem öffentlichen Auftraggeber diesbezüglich ein Wahlrecht zwischen der Übersendung der Gesamtdokumentation oder eines Berichts einzuräumen.

Des Weiteren sieht § 8 Abs. 6 E-VgV vor, dass die Pflicht des § 5 Abs. 1 E-VgV zur vertraulichen Behandlung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Unternehmen davon unberührt bleiben soll.

Es ist unklar, ob die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie die weiteren vertraulichen Informationen in den an die Kommission zu übersendenden Dokumenten vorab von dem öffentlichen Auftraggeber zu schwärzen sind bzw. geschwärzt werden dürfen. Wir schlagen vor, dies (zumindest in der Gesetzesbegründung) klarzustellen.

5. Verhandlungsverfahren (§ 17 Abs. 13 E-VgV)

Nach § 17 Abs. 13 E-VgV muss bis zum Schluss eines Verhandlungsverfahrens echter Wettbewerb bestehen, sofern ursprünglich eine ausreichende Anzahl von Angeboten oder geeigneten Bietern vorhanden war.

Es kann unter Umständen sinnvoll sein, ein Preferred-Bidder-Verfahren durchzuführen, bei dem am Ende nur noch mit dem besten Bieter verhandelt wird. Wir regen an, dass der Verordnungsgeber in der Verordnung klarstellt, dass das Preferred-Bidder-Verfahren weiterhin zulässig ist.

6. Fristverlängerung bei Maßnahmen zum Schutz der Vertraulichkeit (§ 41 Abs. 3 E-VgV)

§ 41 Abs. 3 E-VgV verweist auf die Vorschrift des § 5 Abs. 2 E-VgV, in der die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers zur vertraulichen Behandlung von Unterlagen über das Ende eines Vergabeverfahrens hinaus geregelt ist. Dieser Verweis geht fehl und ist entsprechend zu korrigieren.

Vorsorglich weisen wir darauf hin, dass ein pauschaler Verweis auf § 5 Abs. 3 E-VgV dazu führen würde, dass nach § 41 Abs. 3 Satz 2 E-VgV die Angebotsfrist stets um fünf Tage verlängert werden müsste. Dies wäre nicht angemessen und würde die Dauer eines Vergabeverfahrens unverhältnismäßig verlängern, obwohl möglicherweise von den Bietern nur die Einreichung einer Verschwiegenheitserklärung verlangt würde (siehe § 5 Abs. 3 Satz 2 E-VgV).

7. Nachforderung von Unterlagen (§ 56 Abs. 2 E-VgV)

In § 56 Abs. 2 Satz 1 E-VgV wird geregelt, dass der öffentliche Auftraggeber die Bewerber bzw. Bieter auffordern kann, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren. In demselben Satz wird geregelt, dass der Auftraggeber die Bewerber bzw. Bieter auffordern kann, fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen nachzureichen oder zu vervollständigen. Die Korrektur leistungsbezogener Unterlagen wird also nicht geregelt.

Wir schlagen vor, dass die öffentlichen Auftraggeber in § 56 Abs. 2 Satz 1 E-VgV ermächtigt werden, die Bewerber bzw. Bieter aufzufordern, auch leistungsbezogene Unterlagen zu korrigieren.

8. Unterrichtung der Bewerber und Bieter (§ 62 E-VgV)

Wir regen an, im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens derzeit bestehende Überlappungen zwischen § 134 GWB-E und § 62 E-VgV zu beseitigen.

Zudem sollten bestimmte Informationen, wie solche über den Verlauf und die Fortschritte der Verhandlungen entsprechend Artikel 55 Abs. 2 lit. d der Richtlinie 2014/24/EU nur gegenüber solchen Bietern mitgeteilt werden müssen, die ein ordnungsgemäßes Angebot eingereicht haben.

9. Übergangsfrist bzgl. der Grundsätze der Kommunikation (§ 81 E-VgV)

Nach § 81 Abs. 2 E-VgV können öffentliche Auftraggeber bis zum 18. Oktober 2018 - mit Ausnahme bestimmter Fälle - von der Verwendung elektronischer Mittel bei der Kommunikation absehen. Die Reichweite der Ausnahmenvorschrift des § 81 Abs. 2 E-VgV ist in weiten Teilen unklar. So stellt sich zum Beispiel die Frage, ob bestimmte Pflichten in Bezug auf die Verwendung elektronischer Mittel, die ab dem 18. Oktober 2018 uneingeschränkt gelten werden, bis dahin nur teilweise umgesetzt werden dürfen.

Die Unklarheiten können für die öffentlichen Auftraggeber erhebliche Folgen haben, da für die Ermöglichung der Verwendung elektronischer Mittel in der Regel Investitionen erforderlich und entsprechende Vorlaufzeiten einzuhalten sind. Wir schlagen deshalb vor, § 81 Abs. 2 E-VgV klarer zu fassen.

10. Sonstiges zum Entwurf der Vergabeverordnung

Im Entwurf des Vierten Teils des GWB wird bei der Bemessung von Fristen stets von „Kalendertagen“ gesprochen (siehe z. B. § 134 Abs. 1 E-GWB). In dem Entwurf der VgV ist dagegen teilweise von „Kalendertagen“ (siehe z. B. § 61 Abs. 3 E-VgV) und teilweise von „Tagen“ die Rede (siehe z. B. § 15 Abs. 2 E-VgV). Wir schlagen vor, bei der Bemessung von Fristen auch in der Vergabeverordnung stets den Begriff des Kalendertages zu verwenden.

III. Vergabe öffentlicher Aufträge über soziale und andere besondere Dienstleistungen (E-VgV, Abschnitt 3, §§ 64 ff.)

1. Vorbemerkung

Wir begrüßen im Grundsatz die Regelungen in Abschnitt 3 der E-VgV (§§ 64 ff.), da diese gegenüber der Regelung in § 130 E-GWB einen deutlichen Fortschritt bedeuten. Begrüßenswert sind die nunmehr niedergelegten Abweichungen für soziale und andere besondere Dienstleistungen in § 65 wie die Berücksichtigung von Erfolg und Qualität bereits erbrachter Leistungen des Bieters oder des vom Bieter eingesetzten Personals. Allerdings werden diese Regelungen nicht der Besonderheit der einzukaufenden Dienstleistungen gerecht, welche in der Regel einer vertrauensvollen, persönlichen und engen Zusammenarbeit bedarf. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Rechtsdienstleistungen.

2. Ergänzende Verfahrensregeln (§ 65 Abs. 3 E-VgV)

Nach § 65 Abs. 3 E-VgV können bei der Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen bei den Zuschlagskriterien „Erfolg und Qualität bereits erbrachter Leistungen“ berücksichtigt werden, „soweit dies nicht bereits im Rahmen der Eignung berücksichtigt worden ist“. Damit wird für die Zuschlagskriterien der sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen im Gegensatz zu den allgemeinen Zuschlagskriterien nach § 58 E-VgV ein Doppelverwertungsverbot eingeführt.

Es ist zunächst nicht ersichtlich, warum soziale und andere besondere Dienstleistungen insoweit anders behandelt werden, als andere öffentliche Aufträge. Zudem besteht nach zutreffender Ansicht kein Bedarf an einem Doppelverwertungsverbot, da eine „Doppelverwertung“ auch bei Verwendung derselben Kriterien bei der Eignungsprüfung und der Zuschlagsentscheidung nicht vorliegt. Im Rahmen der Eignungsprüfung geht es bei den Kriterien „Erfolg und Qualität bereits erbrachter Leistungen“ um eine Einschätzung der Leistungsfähigkeit der Bieter auf der Grundlage vergangener Leistungen. Bei der Bewertung der Zuschlagskriterien „Erfolg und Qualität bereits erbrachter Leistungen“ geht es dagegen darum, einen Eindruck von der zukünftigen Leistungserbringung und der Herangehensweise an die zukünftigen Leistungen zu erhalten.

Wir schlagen deshalb vor, in § 65 Abs. 3 E-VgV den letzten Halbsatz („soweit dies nicht bereits im Rahmen der Eignung berücksichtigt worden ist“) ersatzlos zu streichen.

IV. Vergabestatistikverordnung (E-VergStatVO)

1. Anwendungsbereich der Vergabestatistikverordnung (E-VergStatVO)

Die Vergabestatistikverordnung soll Statistikpflichten auch für Vergaben unterhalb der maßgeblichen Schwellenwerte begründen (§ 2 Abs. 2 i. V. m. § 4 E-VergStatVO). Adressat dieser Pflichten sollen alle öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 E-GWB sein (§ 2 Abs. 2 E-VergStatVO). Aus unserer Sicht ist eine Datenerhebung unterhalb der Schwellenwerte in dieser Form nicht angemessen. 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.

Gemäß § 4 Nr. 3 E-VergStatVO sollen die öffentlichen Auftraggeber insbesondere die Verfahrensart melden, differenziert nach öffentlicher Ausschreibung, beschränkter Ausschreibung und freihändiger Vergabe. Die Bezugnahme auf diese Verfahrensarten zeigt, dass die genannten Vorschriften der E-VergStatVO davon ausgehen, dass sämtliche öffentlichen Auftraggeber unterhalb der maßgeblichen Schwellenwerte zur Anwendung des jeweils ersten Abschnitts der VOL/A und der VOB/A verpflichtet sind. Dies trifft jedoch nicht zu. So sind zum Beispiel Unternehmen des Bundes in der Rechtsform einer bundesunmittelbaren juristischen Person des öffentlichen Rechts sowie deren privatrechtlich organisierten Tochtergesellschaften unterhalb der jeweils geltenden Schwellenwerte nicht zur Anwendung der VOL/A und der VOB/A verpflichtet (siehe § 112 Abs. 2 der Bundeshaushaltsordnung). Entsprechendes gilt nach den Landeshaushaltsordnungen für vergleichbare Unternehmen der Länder.

Wir gehen davon aus, dass der Verordnungsgeber keine Statistikpflicht für öffentliche Auftraggeber beabsichtigt, die unterhalb der Schwellenwerte nicht zur Anwendung von VOL/A und VOB/A verpflichtet sind. Daher schlagen wir vor, in § 2 Abs. 2 E-VergStatVO als weitere Voraussetzung aufzunehmen, dass die öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der maßgeblichen Schwellenwerte verpflichtet sind, die Vorschriften des ersten Abschnitts der VOL/A und der VOB/A anzuwenden.

2. Datenabfrage bei Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte (§ 3 Abs. 1 E-VergStatVO)

Es stellt sich für uns die Frage nach Sinn und Zweck des Umfangs der Datenabfrage bei Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte u. a. mit Blick auf die Regelungen in § 3 Abs. 1 Nrn. 15 - 20 E-VergStatVO zur Anzahl diverser Angebote und zu Bietern sowie Nr. 22 zur Berücksichtigung umweltbezogener, so-

zialer und innovativer Aspekte. Durch die Abfrage dieser Informationen entsteht der Eindruck einer "Nachprüfung".