



**Bundesvereinigung
Mittelständischer
Bauunternehmen e.V.**

Stellungnahme

der Bundesvereinigung Mittelständischer Bauunternehmen e. V. (BVMB) zum Referentenentwurf einer Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Stand: 9. November 2015)

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat mit Datum vom 10. November 2015 den Verbänden, u. a. auch der BVMB, den Referentenentwurf einer Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Stand: 9. November 2015) mit der Bitte um Stellungnahme bis 1. Dezember 2015 übermittelt. Leider war die vom BMWi erbetene Reaktionszeit für eine Stellungnahme bzw. für Kommentare der BVMB zu dem Referentenentwurf sehr knapp bemessen, so dass die ca. 700 Mitglieder der BVMB nicht befragt werden konnten. Gleichwohl haben wir uns innerhalb des kurzen Zeitraums mit dem o. a. Referentenentwurf näher beschäftigt und geben hierzu unsere Stellungnahme ab.

Wir begrüßen es sehr, dass das Bundeskabinett am 8. Juli 2015 den „Gesetzesentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts“ beschlossen hat und in diesem Zusammenhang auch den Referentenentwurf einer Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts am 10. November 2015 vorgelegt hat. Die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien soll nach Ansicht der Bundesregierung dazu genutzt werden, das nationale Vergaberecht nicht nur einfacher und anwendungsfreundlicher, sondern auch rechtssicherer zu gestalten. Die BVMB begrüßt diese Zielsetzung ausdrücklich.

Gleichwohl bezweifelt die BVMB, dass mit der eingeleiteten Vergaberechtsumsetzung und dem Referentenentwurf für eine Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts diese Ziele erreicht werden können. Bei genauerer Betrachtung fällt auf, dass eine Vielzahl von Regelungen nun komplizierter und umfangreicher gestaltet worden sind. Von einer echten Strukturreform des Vergaberechts kann nicht die Rede sein. Der o. a. Regierungsentwurf und der o. a. Referentenentwurf fördern letztendlich die Zersplitterung des Vergaberechts und gewährleisten kein vereinfachtes und rechtssicheres Vergaberecht zugunsten der Praktikabilität für die Auftraggeber- und Auftragnehmerseite. Vielmehr sehen sich die anbietenden Unternehmen mit einem noch größeren bürokratischen Aufwand bei jeder Ausschreibung konfrontiert. Vor allem kleine und mittlere Unternehmen werden hierdurch benachteiligt.

Die in § 14 Abs. 2 VgV vorgesehene Gleichstellung des offenen Verfahrens mit dem nicht offenen Verfahren führt zu einer Wettbewerbseinschränkung und wird von den Mitgliedern der BVMB nicht akzeptiert. Durch die vorgesehene Gleichstellung haben öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit, ohne besondere Begründung willkürlich das nicht offene Verfahren zu wählen. Damit besteht die Gefahr, dass der Wettbewerb erheblich eingeschränkt wird. Auftraggeber können nun zumindest durch entsprechende Auswahl-

kriterien und Eröffnungsanforderungen, auch im Teilnahmewettbewerb, Einfluss auf die Anzahl und den konkreten Kreis der Teilnehmer am Vergabeverfahren nehmen. Das war bisher durch das Primat des offenen Verfahrens, das eine absolute Chancengleichheit für alle Bieter bot, erfolgreich verhindert worden. Nunmehr besteht dieser Garant nicht mehr. Stattdessen nehmen die Intransparenz im Vergabeverfahren und die Wettbewerbseinschränkung zu. Es steht zu befürchten, dass eine Gleichbehandlung dieser Vergabeverfahren in der gesetzlichen Regelung und in der Mantelverordnung dazu führen wird, dass auch im Unterschwellenwertbereich entsprechende Regelungen der VOB/A bzw. der VOL/A erlassen werden. Gerade in diesen Bereichen ist das Auftragsvolumen der kleinen und mittelständischen Unternehmen aber besonders hoch, so dass dort eine Wettbewerbseinschränkung zu massiven Verletzungen der unternehmerischen Interessen führen wird. Im Umkehrschluss führt dies auch zu Beeinträchtigungen der haushaltsrechtlichen Grundsätze der öffentlichen Auftraggeber, da der größtmögliche Wettbewerb, welcher Garant für eine wirtschaftliche Beschaffung ist, damit nicht umfänglich gewährleistet werden kann.

Vor diesem Hintergrund fordert die BVMB für die mittelständischen Bauunternehmen die Beibehaltung des bisherigen Stufenprinzips der Vergabearten, wonach nur in begründeten Ausnahmefällen das nicht offene Verfahren, auch mit Teilnahmewettbewerb, dem offenen Verfahren voran gestellt werden darf.

Mit Blick auf den § 30 VgV (Aufteilung nach Losen) legen wir unverändert Wert darauf, dass der grundsätzliche Vorrang der Fach- und Teillosgabe im neuen § 97 Abs. 4 GWB erhalten bleibt, gleichwohl die Möglichkeit besteht, bei Vorliegen wirtschaftlicher oder technischer Gründe hiervon abzuweichen. Dies hat sich in der Praxis für alle beteiligten Bieter und Bewerber bewährt und ermöglicht es insbesondere den mittelständischen Bauunternehmen, im Wettbewerb um öffentliche Aufträge zu bestehen.

Die Abkehr von der losweisen Vergabe bei Vorliegen von wirtschaftlichen oder technischen Gründen ist für einen nicht unerheblichen Teil der mittelständischen Bauunternehmen gleichwohl von hoher Bedeutung, da sie hierdurch in die Lage versetzt werden, als Generalunternehmer tätig zu werden. Mittelständische Bauunternehmen haben in den vergangenen Jahrzehnten erfolgreich in das Know-how investiert, als Generalunternehmer – auch bei komplexen Projekten – Planungsleistungen zu erbringen und die Leistungsschnittstellen der unterschiedlichen Gewerke effizient zu koordinieren.

Unabhängig von der Frage des Vorrangs der Fach- und Teillosgabe ist der Mittelstand immer dann stark engagiert und daran interessiert, sein technische Know-how und seine Innovationsstärke in Bauprojekte einzubringen, wenn er in direktem Vertragsverhältnis zum Bauherren stehen kann, also Chancen und Risiken selbst bewerten, kalkulieren und beeinflussen kann.

Die vorgesehene Regelung in § 31 VgV (Leistungsbeschreibung) greift in Verbindung mit § 121 des GWB den Ausschluss der Übertragung eines ungewöhnlichen Risikos auf den Bieter in ungenügender Art und Weise auf. Insbesondere in § 31 Abs. 2 Nr. 1 VgV wird zwar vorgegeben, dass die Leistungs- oder Funktionsanforderungen ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln müssen und somit hinreichend vergleichbare Angebote erwarten lassen. Dennoch wird die bisher vorgesehene Regelung, wonach dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden darf, für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schließen kann, ohne Grund in dem vorliegenden Entwurf aufgegeben. Die bisher in der VOB/A bewährte Regelung zur Risikoverteilung wird nunmehr zu Lasten der

Auftragnehmer aufgeweicht. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die bisher gültige Risiko-
regelung einseitig zu Lasten der Auftragnehmer aufgegeben wird. Durch den Verzicht auf
die bisher strengeren Vorgaben gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A EG für den Auftraggeber
zur Beschreibung der Leistung wird in das Gleichgewicht der Regelungen in der VOB/B
eingegriffen. Die Regelungen in § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B, nach denen der Auftragge-
ber einseitig die Vertragsinhalte ändern darf, was im Widerspruch zu § 311 Abs. 1 S. 1 BGB
steht, sind bisher durch die eindeutigen und genauen Vorgaben zur Beschreibung der Lei-
stung gemäß § 7 Abs. 1 VOB/A EG als ausgewogen einzuordnen. Ohne dass bisher beste-
hende ausgewogene Verhältnis zwischen der Pflicht zur eindeutigen Leistungsbeschrei-
bung ohne Übertragung ungewöhnlicher Risiken auf der einen Seite und der Eingriff in die
Grundsätze der Vertragsabschlussfreiheit auf der anderen Seite, wird die Privilegierung der
VOB/B in § 310 Abs. 1 S. 3 BGB infrage gestellt.

Die BVMB fordert daher, die Risikoverteilung zu Lasten der Auftragnehmer *expressis verbis*
in § 31 VgV auszuschließen.

Mit Blick auf den § 121 des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des
Vergaberechts sollte deshalb zumindest in der VgV eine entsprechende Formulierung
gem. § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A EG aufgenommen werden.

Die BVMB begrüßt ausdrücklich die in § 35 VgV (Nebenangebote) vorgesehene Möglich-
keit, dass Nebenangebote auch zugelassen und vorgeschrieben werden können, wenn
der Preis das alleinige Zuschlagskriterium ist. Die BVMB hat schon immer gefordert, dass
Nebenangebote möglich sein müssen und in die Wertung einbezogen werden. Aus Sicht
der mittelständischen Bauwirtschaft stellen Nebenangebote ein geeignetes Mittel dar, um
Innovationen voranzutreiben. Die in § 35 VgV enthaltene Regelung ist ein geeignetes Mit-
tel, um den in den vergangenen Jahren deutlich festzustellenden Rückgang von Neben-
angeboten bei der Ausschreibung von öffentlichen Bauaufträgen umzukehren.

Die BVMB befürchtet, dass die in § 50 VgV enthaltene Einheitliche Europäische Eigenerklä-
rung für den Bieter, an den der Auftraggeber den Auftrag vergeben wird, zu mehr Bürokrati-
e führen wird. Gleichwohl ist in § 50 VgV zu begrüßen, dass das in Deutschland vorhan-
dene Präqualifikationssystem neben der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung
gleichberechtigt erhalten bleibt.

Die BVMB begrüßt es, dass nach § 58 VgV (Zuschlag und Zuschlagskriterien) der Zuschlag
nach Maßgabe des § 127 GWB auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden soll. Die in
§ 58 Abs. 2 VgV vorgesehene Regelung, dass neben dem Preis oder den Kosten auch
qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden kön-
nen, ist grundsätzlich zu befürworten. Es muss jedoch sichergestellt werden, dass hierbei ein
wirksamer und transparenter Wettbewerb gewährleistet wird und es nicht zu einer willkürli-
chen Zuschlagserteilung aufgrund der im Abs. 2 Nr. 1, 2 und 3 genannten Zuschlagskrite-
rien kommt.

Die in § 60 VgV vorgesehene Regelung für ungewöhnlich niedrige Angebote findet die
Zustimmung der mittelständischen Bauwirtschaft. Es bleibt zu hoffen, dass die Auftragge-
berseite ungewöhnlich niedrige Angebote in der Praxis tatsächlich auch ablehnen, wenn
festgestellt wurde, dass der Preis oder die Kosten des Angebots ungewöhnlich niedrig sind,
weil Verpflichtungen nach Abs. 2 Nr. 4 nicht eingehalten werden.

Für bedenklich erachtet die BVMB den § 64 VgV (Vergabe von Aufträgen für soziale und
andere besondere Dienstleistungen) in Verbindung mit § 130 Abs. 1 GWB. Die BVMB sieht
die Gefahr, dass in die unternehmerische Freiheit erheblich eingegriffen wird, wenn die

Unternehmensführung durch Vorgabe von bestimmten sozialen Kriterien indirekt beeinflusst wird. Dies hat Beobachtungen der BVMB zufolge dazu geführt, dass sich wegen bestimmter sozialer Kriterien zahlreiche kleine und mittlere Unternehmen gar nicht mehr an Ausschreibungen beteiligt haben. Es ist auch nicht nachzuvollziehen, warum beispielsweise Sozialstandards im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe erhöht werden sollen, die eigentlich im Wege der allgemeinen sozialen Gesetzgebung erfolgen müssten. Hierfür den Umweg des öffentlichen Auftragswesens zu begehen, ist ein falscher Weg. Allgemeinpolitische bzw. strategische Aspekte dürfen nicht über das Vergaberecht durchgesetzt werden.

BVMB, 26. November 2015