



BDI

Recht und
Öffentliches Auftragswesen



Nationale Vergaberechtsreform

Kritikpapier des BDI
zum GWB 2009

Nationale Vergaberechtsreform

Kritikpapier des BDI
zum GWB 2009

1. Vorbemerkung

Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts ist am 24.04.2009 in Kraft getreten und hat das Kartellvergaberecht im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geändert.

Gemessen an den Zielen der damaligen Bundesregierung, das deutsche Vergaberecht zu vereinfachen, zu modernisieren und transparenter sowie mittelstandsfreundlicher zu gestalten, vermag das geänderte GWB dem nicht konsequent standzuhalten. Der BDI hält es deshalb auch nach der GWB-Reform und mit Blick auf die Vorgaben aus dem Koalitionsvertrag vom 26. 10. 2009 für unerlässlich, das Vergaberecht wieder auf seine Kernfunktion zu konzentrieren, d. h. einen wirtschaftlichen Einkauf der öffentlichen Hand unter sparsamer Verwendung von Steuermitteln zu gewährleisten. Dazu gehört eine Stärkung des Wettbewerbs unter Verzicht auf die Verfolgung sekundärer Ziele – Anforderungen, die auch in der 17. Legislaturperiode nicht an Aktualität verlieren.

2. Im Einzelnen

2.1. Verfehlt Mittelstandsförderung

Zu 98 Prozent mittelständisch geprägt, setzt sich der BDI auch im Vergaberecht für die Förderung des Mittelstandes ein. Die Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB verfehlt jedoch dieses Ziel¹. Mit der Vorgabe, mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen, wird sie zum vergabefremden Aspekt. Muss der Auftraggeber bei der Auftragsvergabe einen Mittelständler gegenüber einem anderen Unternehmen bevorzugen, verzerrt dies den Wettbewerb. Der Zwang zur Losaufteilung verstößt zudem gegen das Primat des wirtschaftlichsten Angebotes.

Sinnvoll wäre es demgegenüber gewesen, durch anderweitige Maßnahmen den Mittelstand angemessen an öffentlichen Aufträgen zu beteiligen, wie z. B. Erhöhung der Transparenz im Unterschwellenbereich durch eine verpflichtende Vorabinformation auch bei kleinen Auftragssummen, effektiven Rechtsschutz auch für kleine Aufträge sowie den Verzicht auf zusätzliche Belastungen, wie die Möglichkeit zur Berücksichtigung vergabefremder Aspekte.

2.2. Vergabefremde Kriterien

Die Möglichkeit der Auftraggeber, zusätzliche Anforderungen an den Auftragnehmer zu stellen, die soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, lehnt der BDI als bürokratisch, intransparent und mittelstandsfeindlich ab. Es war schon vor der GWB-Änderung möglich, produktbezogene Kriterien zu fordern und dabei z. B. ressourcenschonend zu handeln. Dabei sollte es bleiben.

1 Diese Position wird vom VDMA nicht mitgetragen.

Die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte belastet sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer in erheblichem Maße zeitlich und finanziell. Oft ist der Nachweis der Einhaltung nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich. Dies gilt insbesondere für global agierende Unternehmen mit stark untergegliederten Herstellungs- bzw. Produktionsketten, aber auch für mittelständische Anbieter.

Werden beispielsweise Forderungen, wie Tariftreue, Frauenförderung, Ausbildung von Lehrlingen oder die Einhaltung von Umweltklauseln, in Form von Anforderungen an Unternehmen in das Vergabeverfahren eingebracht, kann dies den Kreis der leistungsfähigen Bieter erheblich einschränken. Vielen Unternehmen wird es angesichts der erforderlichen Investitionen und der kreditwirtschaftlichen Situation nicht möglich sein, ihre Herstellungsverfahren und sonstigen betrieblichen Abläufe allein in Erwartung möglicher öffentlicher Aufträge entsprechend umstellen. Vielmehr werden diese Unternehmen aus dem Beschaffungsmarkt gedrängt. Dies betrifft insbesondere kleine und mittlere Unternehmen.

Hinzu kommt, dass die Kosten für die Erreichung vergabefremder Ziele bei der Einbindung in den öffentlichen Einkauf vollkommen intransparent sind. Transparenz herzustellen war jedoch erklärtes Ziel des Gesetzes.

Besonders problematisch ist die Wirkung auf die Wettbewerbsintensität und die Korruptionsanfälligkeit der Vergabe. Denn das Missbrauchsrisiko, dass der öffentliche Auftraggeber den bevorzugten Bieter auswählt, erhöht sich erheblich durch Kombination mehrerer wettbewerbsfremder Aspekte. Zudem ist deren Einhaltung nicht kontrollierbar.

Vergabefremde Kriterien sind aufgrund ihrer Unschärfe außerdem besonders anfällig für fehlerhafte Angebotswertungen und dienen damit als Basis für Nachprüfungsverfahren. Dies wiederum steht im Widerspruch zu dem Ziel des Gesetzes, Vergabeverfahren zu beschleunigen.

Bei allem Verständnis für die Verfolgung umwelt- und sozialpolitischer Zwecke darf nicht vergessen werden, dass ihre Verknüpfung mit der Vergabe öffentlicher Aufträge Wettbewerbsverzerrungen hervorrufen kann und dem Prinzip der bestmöglichen Verwendung von Steuergeldern bei der Beschaffung widerspricht. Der Anforderung des Auftraggebers nach innovativen Lösungen kann demgegenüber beispielsweise über die Berücksichtigung von Nebenangeboten ausreichend Rechnung getragen werden.

2.3. Einrichtung von Präqualifizierungssystemen

Der BDI begrüßt zwar grundsätzlich die Möglichkeit, Eignungsnachweise durch Präqualifikation erbringen zu können. Die Möglichkeit für Auftraggeber, Präqualifizierungssysteme einzurichten oder zu nutzen, darf aber nicht dazu führen, dass es in Bund, Ländern und Kommunen zu unterschiedlichen Regelungen kommt. Entscheidend für überregional tätige Bieter ist zudem eine bundesweite Anerkennung der Zertifikate. Für die Bieter, die sowohl VOB- als auch VOL-Leistungen anbieten, ist darüber hinaus eine wechselseitige Anerkennung der bereits bestehenden Präqualifizierungsverfahren unerlässlich; dabei müssen die jeweils strengeren Nachweisanforderungen zur Anwendung kommen.

2.4. Keine pauschale Freistellung interkommunaler Kooperationen vom Vergaberecht

Für den Bereich der interkommunalen Kooperationen bleibt es nach dem neuen GWB richtigerweise dabei, dass

diese nicht pauschal von der Anwendung des Vergaberechts freigestellt sind. Auch die jüngste EuGH-Rechtsprechung lässt diese Schlussfolgerung zu.

Denn eine ausnahmslose vergaberechtliche Privilegierung interkommunaler Zusammenarbeit steht einem fairen Wettbewerb entgegen und ist zudem europarechtswidrig.

Kommt nach sorgfältiger Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Abwägung der Kommune nur eine Eigenrealisierung in Betracht, muss dem Bürger in transparenter Weise gezeigt werden, dass die Kommune die für ihn bestmögliche Lösung wählt. Dazu bietet sich an, dass vor einer geplanten Eigenrealisierung bzw. In-House-Vergabe eine unabhängige Stelle prüft, ob die Leistung nicht auch am Markt von der Privatwirtschaft erbracht werden kann.

2.5. Unwirksamkeit von de-facto-Vergaben

Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit von Anfang an bei de-facto-Vergaben und die Geltendmachung der Unwirksamkeit innerhalb einer bestimmten Frist sind positiv zu bewerten, da hiermit Rechtssicherheit für Unternehmen und Auftraggeber geschaffen wird.

2.6. Primärrechtsschutz im Oberschwellenbereich

Die Einschränkungen des Primärrechtsschutzes im Oberschwellenbereich, die sich beispielsweise in der Erweiterung der Rügepräklusion, der Einschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes, der Möglichkeit einer Zuschlagserteilung trotz laufenden Vergabeverfahrens bei überwiegendem wirtschaftlichen Interesse und der Kostentragungspflicht bei Antragsrücknahme manifestieren, gehen zulasten der Bieter und widersprechen dem Ziel eines mittelstandsfreundlichen Vergaberechts.

Stattdessen hat der Gesetzgeber die Chance vertan, für die anbietende Praxis hilfreiche Änderungen vorzunehmen, z. B. den unbestimmten Rechtsbegriff der »unverzüglichen« Rüge in § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB zu konkretisieren und damit Rechtssicherheit und Gleichbehandlung der Bieter zu gewährleisten. Der BDI hält an seiner Forderung nach einer Konkretisierung fest, und schlägt hierfür eine Frist von 14 Tagen nach Kenntniserlangung vor. Eine Neufassung des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist auch infolge der jüngsten Rechtsprechung des EuGH sowie aktueller nationaler Rechtsprechung geboten.

2.7. Sektorenverordnung

Die aufgrund des § 127 Nr. 2 GWB erlassene Verordnung für Sektorenaufträge, die den Wegfall der Abschnitte 3 und 4 aus den Vergabeordnungen VOB/A und VOL/A kompensieren soll, widerspricht dem bestehenden Kaskadensystem. Kritisiert wird, dass dadurch keinerlei materielle Vereinfachungen geschaffen, sondern lediglich die bestehenden Regelungsebenen ohne Notwendigkeit gewechselt werden mit der Folge, dass das Expertenwissen der spezialisierten Ausschüsse nicht mehr für die Erarbeitung der Regelungen genutzt werden kann. Besonders misslich ist die dadurch entstandene Diskrepanz zwischen der Verordnung und den Vergabeordnungen in einigen zuvor gleich geregelten Bereichen, wie z. B. die Verpflichtung der Auftraggeber zur Anwendung der VOB/B und VOL/B, die in der Sektorenverordnung nicht mehr enthalten ist. Eine erhebliche Verunsicherung der Praxis ist die Folge.

2.8. Einführung umgekehrter elektronischer Auktionen und »dynamischer Beschaffungssysteme«

Aufgrund der Gefahr eines ruinösen Preisdrucks bei umgekehrten elektronischen Auktionen und des sehr komplizier-

ten und damit aufwendigen Verfahrens bei dynamischen Beschaffungssystemen lehnt der BDI beide Verfahren nach wie vor ab.

3. Versäumnisse

3.1. Vereinheitlichung des vergaberechtlichen Rechtsschutzes

Die damalige Bundesregierung hat die Chance vertan, für einen einheitlichen vergaberechtlichen Rechtsschutz zu sorgen. Es ist nicht akzeptabel, dass lediglich die äußerst geringe Anzahl europaweiter Ausschreibungen mit einem effektiven vergaberechtlichen Primärrechtsschutz vor den spezialisierten Nachprüfungsinstanzen ausgestattet ist, während bei Unterschwellenaufträgen (d. h. ca. 95 Prozent aller Ausschreibungen) lediglich auf den Zivilrechtsweg mit der Möglichkeit der Geltendmachung eines Unterlassungsanspruches nur in eklatant rechtswidrigen Fällen verwiesen wird, in denen die Vergabestelle vorsätzlich rechtswidrig oder sonst in unredlicher Absicht oder willkürlich gehandelt hat.

Der BDI begrüßt daher die Aussage im Koalitionsvertrag vom 26.10.2009, dass zur Reform des Vergaberechts ein wirksamer Rechtsschutz bei Unterschwellenaufträgen gehören wird. Die Industrie tritt dafür ein, das Nachprüfungsverfahren nach §§ 102 ff. GWB gleichermaßen im Ober- und Unterschwellenbereich zu eröffnen. Gegebenenfalls könnten gewisse prozessuale Erleichterungen dazu beitragen, Verzögerungen bei den Ausschreibungen bzw. den Vergabeverfahren gering zu halten.

Ein effektiver vergaberechtlicher Primärrechtsschutz auch im Unterschwellenbereich könnte zudem zu einer sorgfältigeren Vorbereitung der Auftragsvergaben anhalten und

damit zu einer Qualitätsverbesserung öffentlicher Ausschreibungen führen.

Hinzu tritt eine weitere Zersplitterung des Vergaberechtsweges im Gesundheitssektor. Seit 1. Januar 2009 sind für Rechtsstreitigkeiten über den Abschluss von Rabattverträgen zwischen Pharmaunternehmen und gesetzlichen Krankenkassen in erster Instanz die Vergabekammern und in zweiter Instanz die Landessozialgerichte zuständig. Diese Zweiteilung des Rechtsweges ist zu korrigieren.

3.2. PPP-freundliche Ausgestaltung des Vergaberechts

Der BDI unterstützt eine qualitative und quantitative Stärkung von Public Private Partnerships (PPP). Auch in wirtschaftlich schwierigen Zeiten können Projekte mithilfe von PPPs kostengünstig realisiert werden. Voraussetzung dafür ist, dass Hürden im Vergaberecht abgebaut bzw. vermieden werden.

4. Weitere Forderungen an das Vergaberecht

4.1. Fristgerechte Beendigung der vergaberechtlichen Maßnahmen aus den Konjunkturpaketen

Die vergaberechtlichen Maßnahmen des Konjunkturpaketes sind als strikt befristete Ausnahmemaßnahmen zu betrachten, die als Eingriff in den Wettbewerb Ende 2010 zwingend auslaufen müssen. Die Erhöhung der Wertgrenzen für eine pauschale Zulassung von beschränkten Ausschreibungen und freihändigen Vergaben schränkt den grundsätzlichen Vorrang der öffentlichen Ausschreibung zugunsten der Transparenz erheblich ein. Diese Einschränkung ist, um die Folgen der Finanzkrise abzufedern, für den Zeitraum von zwei Jahren hinnehmbar, nicht aber darüber hinaus.

4.2. Umsetzung der Richtlinie zu Vergaben in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit

Die EU-Richtlinie zu Vergaben in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit muss von den Mitgliedstaaten bis August 2011 in innerstaatliches Recht umgesetzt werden, um ein Vertragsverletzungsverfahren zu vermeiden. Die knappe Zeitspanne erfordert eine unverzügliche Befassung der zuständigen Gremien DVA und DVAL mit der Thematik.

4.3. Abschaffen aller Landesvergabegesetze

Landesvergabegesetze stellen insbesondere für bundesweit anbietende Unternehmen eine hohe Belastung dar. Dies gilt sowohl für die zumeist enthaltenen vergabefremden Aspekte, als auch für alle anderen landesspezifischen Sonderregelungen. Die Unternehmen müssen sich mit großem Aufwand bei jeder Ausschreibung auf neue Anforderungen einstellen. Zur Vereinfachung des Vergaberechts würde daher die Abschaffung sämtlicher Landesvergabegesetze sowie der Verzicht auf neue Regelwerke beitragen.

4.4. Erhöhung der Transparenz im Unterschwellenbereich

Die Europäischen Grundfreiheiten sowie die primärrechtlichen Grundprinzipien (Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz) gelten auch für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte. Um dem Transparenzerfordernis zu genügen, ist eine Vorabinformation analog § 101a GWB für nichtberücksichtigte Bieter, sog. ex-ante-Transparenz, erforderlich. Während eine solche Regelung zumindest für bestimmte beschränkte Ausschreibungen im Baubereich vorgesehen ist, enthält die neue VOL/A für den Liefer- und Dienstleistungsbereich bedauerlicherweise keine Regelung. Hier besteht Nachbesserungsbedarf.

4.5. Einheitliche Wertgrenzen für beschränkte Ausschreibungen und freihändige Vergaben

In den Bundesländern bestehen unterschiedliche Wertgrenzenregelungen, die den Vergabestellen gestatten, kleinere Aufträge ohne weitere Begründung und ohne Teilnahmewettbewerb beschränkt auszuschreiben oder freihändig zu vergeben. Hier ist eine bundesweite Vereinheitlichung anzustreben, um einen Wettbewerbsausschluss oder Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden.

Sicherzustellen wäre dabei auch, dass zumindest die auf das Gesamtvorhaben, d. h. die Summe aller Einzelaufträge bezogenen Schwellenwerte des europäischen Vergaberechts nicht umgangen werden dürfen. Letzteres ist im Baubereich des Bundes noch nicht eindeutig gelungen, für den Liefer- und Dienstleistungsbereich steht eine bundesweite Regelung insgesamt noch aus.

4.6. Optimierung der elektronischen Vergabe

4.6.1 Einfacher elektronischer Zugang zu allen Ausschreibungen auch unterhalb der Schwellenwerte

Für Ausschreibungen unterhalb der Schwellenwerte existiert nach wie vor kein zentraler elektronischer Zugang zu allen Ausschreibungen des Bundes, der Länder und der Kommunen. Um die Nutzung der eVergabe insgesamt attraktiver zu gestalten, ist die Schaffung eines einfachen elektronischen Zugangs der Unternehmen der anbietenden Wirtschaft zu allen Ausschreibungen des Bundes, der Länder und der Kommunen nötig.

4.6.2 Einheitliche Anforderungen bezüglich der fortgeschrittenen elektronischen Signatur

Die Einigung der wesentlichen eVergabepattform-Betreiber und des Beschaffungsamtes des BMI auf ein einheitliches Konzept für eine fortgeschrittene elektronischen Signatur,

die auf allen eVergabepattformen akzeptiert werden soll, ist zu begrüßen. Wichtig ist, dass diese Signatur tatsächlich flächendeckend auf allen eVergabepattformen in Bund, Ländern und Kommunen akzeptiert wird und Auftraggeber keine Sonderwege einschlagen.

4.6.3 Standardisierung/Interoperabilität für »Bietertools« zur Angebotsabgabe

Zur Überwindung der Schwierigkeiten und Akzeptanzprobleme, die sich für Bewerber/Bieter aus der Unterschiedlichkeit der verschiedenen eVergabepattformen ergeben, ist es von essenzieller Bedeutung, Standardisierung bzw. Interoperabilität hinsichtlich der »Bietertools« für die Angebotsabgabe zu erreichen. Eine zentrale Rolle kommt insoweit dem Projekt »XVergabe« zu, das dieses Ziel in Zusammenarbeit verschiedener Beteiligter verfolgt.

4.6.4 Weitere Standardisierung elektronischer Dokumente im Vergabewesen

Zur verbesserten Ausnutzung der Vorteile des elektronischen Datenaustauschs ist eine weitere Standardisierung elektronischer Dokumente im Vergabewesen erforderlich.

Impressum

BDI-Drucksache 442

Stand: Juni 2010

Herausgeber:

Bundesverband der Deutschen Industrie e. V. (BDI)

Breite Straße 29

10178 Berlin

www.bdi.eu

Redaktion:

Anja Mundt

Abteilung Wettbewerb, Öffentliche Aufträge und Verbraucher

T: +49.30.2028-1485

F.: +49.30.2028-2512

a.mundt@bdi.eu

Fotos:

www.fotolia.de (edin), www.fotolia.de (R.-Andreas Klein),

www.fotolia.de (sb goodwin)

Layout und Druck:

DCM Druck Center Meckenheim

Gestaltungskonzept:

Factor Design

