



STELLUNGNAHME

Modernisierung des Vergaberechts

Stellungnahme zum Referentenentwurf eines
Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts

Stand: September 2015

21.09.2015

Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts

Zu § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB-E (Grundsätze der Vergabe)

Nach dem Referentenentwurf soll in § 97 Absatz 1 Satz 2 nunmehr lediglich klargestellt werden, dass bei der Vergabe die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden. Wie in der Begründung des Gesetzesentwurfs erläutert wird, soll damit das umfassende Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers gestärkt werden. Eine Überprüfung von Ermessensentscheidungen der Vergabestellen ist mithin – wie bisher – nur eingeschränkt möglich. Keinesfalls ist eine „allgemeine“ Verhältnismäßigkeitsprüfung und -überprüfung von Entscheidungen und Vorgaben beabsichtigt, die über das im bisherigen Recht verankerte Maß hinaus hinausgeht.

Zu § 97 Abs. 4 GWB-E (Mittelständische Interessen)

Im Gegensatz zu Art. 46 der Richtlinie 2014/24/EU, der eine Aufteilung des Auftragsgegenstands in Lose im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers lässt, sieht § 97 GWB-E (wie bislang § 97 Abs. 3 GWB) eine Verpflichtung zur losweisen Vergabe vor. Damit macht der Gesetzgeber von seinem durch die EU-Richtlinien eröffneten Gestaltungsrecht Gebrauch. Aus Sicht der IT-Dienstleister ist diese Regelung wenig praktikabel; sie führt zu einer marktfremden Zersplitterung von Aufträgen und erschwert die Ausführung. Dies erhöht das Risiko für den Erfolg und den Aufwand eines Projekts.

Daher ist diese Regelung zumindest für die IT-Branche wenig sinnvoll. Selbst wenn die Möglichkeit einer begründeten Ausnahme besteht, eröffnet die nach dem GWB-E von dem EU-Gesetzgeber nicht geforderte Überprüfbarkeit der Ermessensentscheidung des Auftraggebers das Risiko einer Nachprüfung. Aus diesem Grund sollte die Verpflichtung zur losweisen Vergabe im Einklang mit den Vorgaben des EU-Gesetzgebers entfallen.

Zu § 97 Abs. 5 GWB-E (Grundsätze der Vergabe), § 113 Satz 2 Nummer 4 GWB-E und § 120 GWB-E

Vitako unterstützt die mit dem Richtlinienpaket eingeleitete und vom Referentenentwurf aufgegriffene Zielsetzung, in Zukunft möglichst weitgehend digitalisierte Beschaffungsprozesse anzustreben. Ein noch stärker elektronisch unterstützter Beschaffungsprozess wird dazu beitragen, Vergabeverfahren mit geringeren Transaktionsaufwänden für Auftraggeber und Auftragnehmer durchführen zu können.

Neben den in § 120 GWB-E geregelten besonderen Methoden und Instrumenten in Vergabeverfahren greift § 97 Abs. 5 GWB-E als einen weiteren Teilaspekt der E-Vergabe die elektronischen Kommunikationsmittel auf, ohne diese aber inhaltlich zu präzisieren oder hinsichtlich der Umsetzungsfristen Vorgaben zu treffen. Die Einzelheiten bleiben der Verordnungsermächtigung in § 113 Satz 2 Nr. 4 GWB-E vorbehalten. Dort, wo die EU-Vergaberichtlinien keine zwingenden Vorgaben treffen, gibt der Gesetzgeber nach dem Referentenentwurf einen Entscheidungsspielraum an die Bundesregierung und den Bundesrat ab. Für Vitako ist es dabei von besonderer Bedeutung, dass die eingeräumten Spielräume unter Beachtung der in Nummer 10 der vom Bundeskabinett am 7. Januar 2015 beschlossenen Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts und im Dialog mit den betroffenen Fachkreisen und Branchenvertretern gefüllt werden.

Aus Sicht der Praxis begrüßen wir, dass die betroffenen Vergabestellen die längere Umsetzungsfrist für die einzelnen „Module“ der Einführung der elektronischen Kommunikation voll ausschöpfen können. Dies ist deshalb erforderlich, weil Teile der Akteure des Vergabeprozesses die technischen und organisatorischen Voraussetzungen einer **vollständigen** E-Vergabe erst noch herbeiführen müssen. Dies betrifft insbesondere die technischen und organisatorischen Rahmenbedingungen für die Einreichung und Öffnung elektronischer Angebote und Teilnahmebewerbungen. Zum einen sind organisatorische Aspekte zur Beschaffung von Cloud-Diensten für die Einführung von E-Vergaben zu berücksichtigen bzw. bestehende Lösungen an den neuen Anforderungen anzupassen. Zum anderen sind die erforderlichen IT-Lösungen erst noch in geregelten Vergabeverfahren zu beschaffen und die für eine flächendeckende Akzeptanz erforderliche Kompatibilität der verschiedenen E-Vergabe-Systeme erst noch herbeizuführen (Stichwort „xVergabe“ sowie Artikel 22 Absatz 1 und ErwGr. 53 der Richtlinie 2014/24/EU).

Das Vorschreiben von fortgeschrittenen elektronischen Signaturen, z.B. bei der Abgabe von Angeboten und Teilnahmeanträgen, obliegt dem Ermessen des nationalen Gesetzgebers, ist jedoch nicht verpflichtend (vgl. Artikel 22 Abs. 6 Buchstaben b) und c) Richtlinie 2014/24/EU). Elektronische Signaturen sind jedoch weder in der Bundesrepublik noch in anderen Mitgliedsstaaten allgemein verbreitet

und würden insbesondere in Bezug auf kleinere und mittlere Unternehmen den Zugang zu öffentlichen Aufträgen mit weiterem Aufwand verbinden. In Bezug auf IT-Dienste und Produkte läge das Risiko eher in der Interoperabilität der Produkte als in der Akzeptanz.

Dennoch ist aus Sicht der Vereinfachung der Verfahren zu prüfen, ob andere technische Lösungen, z.B. Zertifizierung beim Anbieter der E-Vergabe-Plattform, zu präferieren sind. Eine Verpflichtung zur Anwendung von elektronischen Signaturen sollte daher weder gesetzlich noch im Rahmen der Ausführungsverordnung als verpflichtend vorgeschrieben werden. Es bleibt auch noch anzumerken, dass es – soweit uns bekannt - in der Vergangenheit bei den von unseren Mitgliedern durchgeführten Vergabeverfahren keine Probleme aufgetreten sind, wenn die Bieterkommunikation mit einfacher E-Mail erfolgt ist. Wir gehen daher davon aus, dass dies auch gelten dürfte, wenn für die Einreichung von Angeboten und Teilnahmeanträgen über E-Vergabepattformen ermöglicht wird, die bereits heute ohne Signatur durch andere technische Maßnahmen die Identität, Authentizität und Integrität der Dokumente ausreichend gewährleisten.

Zu bedenken wird schließlich auch sein, wie vergaberechtlich mit technischen Problemen, Störungen oder Fehlern der IT-Systeme sowie mit den gerade im ländlichen Raum immer noch vorhandenen Defiziten bei der ausreichenden Breitbandversorgung umzugehen sein wird.

Ganz allgemein bleibt zu § 113 GWB-E anzumerken, dass Inhalt und Tragweite der einzelnen Regelungspunkte für die Durchführungsverordnung aktuell im Detail unklar bleiben.

Zu § 108 GWB-E (Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit)

Die Modernisierung des Vergaberechts durch die Aufnahme der durch die Rechtsprechung des EUGH gebildeten Ausnahmetatbestände, der In-house Vergaben und der interkommunalen Kooperation (oder öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit) ist grundsätzlich zu begrüßen. Die Organisationsfreiheit der öffentlichen Auftraggeber, ihre Leistungen mit eigenen Mitteln und Einrichtungen zu erbringen, oder mit anderen öffentlichen Auftraggebern zwecks Erfüllung ihrer Aufgaben zusammenzuarbeiten, darf nicht beschränkt werden. Die Präzisierungen des europäischen Gesetzgebers führen zu mehr Rechtssicherheit.

Zum besseren Verständnis sollte darüber hinaus in der Begründung des Gesetzes klargestellt werden, dass diese Ausnahmen aus der Anwendung des Vergaberechts auch im Einklang mit den Regelungen des AEUV sind und nicht zur Anwendung des Wettbewerbs nach dem EU-Primärrecht führen, wie z.B. bisher für öffentliche Verträge außerhalb des Vergaberechts oder Dienstleistungskonzessionen angenommen wurde. Die Regelungen in § 108 GWB-E sind abschließend als lex

specialis für In-house Geschäfte und öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit zu verstehen.

Zu Absatz 1:

Die Spaltung des Kontrollkriteriums in ein eigentliches Kontrollkriterium und ein Negativ-Kriterium (keine direkte private Kapitalbeteiligung) ist vorteilhaft, da es zu einer einfacheren Prüfung der Tatbestände führt.

Mehr Rechtssicherheit schafft auch die Aufnahme einer konkreten Größe für das Tätigkeitskriterium in § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB-E. Zu begrüßen ist, dass ausdrücklich nicht nur die Erfüllung der Aufgaben für den eigentlichen öffentlichen Auftraggeber, sondern auch für andere von ihm kontrollierte juristische Personen umfasst werden. Dies ist auch in Anbetracht der nun nach § 198 Abs. 3 zulässigen horizontalen In-house Geschäften naheliegend und konsequent. Für die Bewertung des Tätigkeitskriteriums ist eine Gesamtschau in allen Ebenen durchzuführen, so dass nicht nur die Tätigkeiten für den kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder von ihm kontrollierte juristische Personen (also sogenannte Schwesterunternehmen), sondern auch Tätigkeiten für eine den öffentlichen Auftraggeber kontrollierende juristische Person (z.B. bei einer mehrstufigen Beteiligung einer Gebietskörperschaft) erfasst werden. Eine Verzerrung des Wettbewerbs ist dadurch nicht zu befürchten. Vitako unterstützt weiterhin eine strenge Trennung zwischen einer direkten Beteiligung privaten Kapitals beim Auftragnehmer, die In-house schädlich ist, und der Möglichkeit einer Beteiligung privaten Kapitals beim öffentlichen Auftraggeber.

Zu Absatz 2:

Die Definition des Kontrollkriteriums in § 108 Abs. 2 GWB-E entspricht der Rechtsprechung des EuGH. Zu begrüßen ist auch das Bejahen des Kontrollkriteriums in einem mehrstufigen Verhältnis, in dem etwa eine Gebietskörperschaft unmittelbar einen Auftrag im Rahmen eines In-house Geschäfts an einen Auftragnehmer erteilen kann, wenn der Auftragnehmer von einer juristischen Person kontrolliert wird, die ihrerseits vor der Gebietskörperschaft (der Auftraggeberin) kontrolliert wird. In diesem Zusammenhang ist es im Sinne einer Vereinfachung des Verfahrens auch förderlich, dass im Fall einer bestehenden Kontrolle nicht weiter geprüft werden muss, ob die zwischengeschaltete kontrollierende juristische Person ihrerseits öffentlicher Auftraggeber ist.

Zu Absatz 3:

Vitako bewertet äußerst positiv, dass nun inverse und horizontale In-house Geschäfte grundsätzlich zulässig sind.

Die Voraussetzungen für die Annahme einer zulässigen inversen oder horizontalen In-house Vergabe sind funktional zu sehen und und so auch für weitere Fallgestaltungen offen gehalten.

Zu Absatz 4 und 5:

Im Hinblick auf den Umstand, dass kommunale Rechenzentren selten nur von einem Träger gehalten werden, dient die Kodifizierung einer zulässigen In-house Vergabe bei einem Zusammenschluss mehrerer öffentlicher Auftraggeber für mehr Rechtssicherheit und Flexibilität. In einem solchen Verbund sollte es jedoch unschädlich sein, wenn neben den öffentlichen Auftraggebern auch andere Einrichtungen der öffentlichen Hand (wie z.B. eine Ärztekammer) beteiligt sind, die keine öffentlichen Auftraggeber sind, sofern die öffentlichen Auftraggeber das Kontrollkriterium erfüllen. Dies würde auch mit der Rechtsprechung des EuGH (Urt. v. 19.06.2014, Rs C-574/12 - „Such“) übereinstimmen, die im Hinblick auf das Kontrollkriterium die Beteiligung von Institutionen des öffentlichen Sektors voraussetzt, da nur diese die gleichen Interessen verfolgen. Die Richtlinie 2014/24/EU und der Kabinettsbeschluss scheinen hier eine unnötige „Verschärfung“ der Kriterien vorzunehmen, die durch das Argument der Öffnung des Wettbewerbs nicht gerechtfertigt sind und für Rechtsunsicherheit sorgt. Die Eigenschaft des öffentlichen Auftraggebers ist nicht immer im Voraus eindeutig zu bestimmen. Sonst müssten für solche Einrichtungen eigene Rechenzentren errichtet werden. Es ist indes aus Organisations-, Praktikabilitäts- und Sicherheitsgründen sowie aus Wirtschaftlichkeitsgründen sinnvoll, eine einheitliche IT-Infrastruktur für die öffentliche Hand zu gestalten.

Nach dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes (§ 108 Abs. 2 Satz 2 GWB-E) sind die in den vorgenannten Absätzen bereits formulierten zulässigen In-house Geschäfte auch auf die mehrheitlich gehaltenen und kontrollierten Einrichtungen anzuwenden. So ist z.B. eine mittelbare Kontrolle des Auftragnehmers, im Einklang mit der EuGH Rechtsprechung (Urteil vom 13.11.2008, C-324/07 – Coditel Brabant; Urteil vom 19.04.2007, C-295/05 – Tragsa; Urteil vom 11.05.2006, C-340/04 – Cabotermo) in einer mehrstufigen Beteiligungsstruktur zulässig. Dies betrifft z.B. folgende Fallgestaltungen:

(mehrere Träger=öff. Auftraggeber) → Holding → (Tochtergesellschaft=AN)
oder

(öff. Auftraggeber + Verbund öff. Auftraggeber = öff. Auftraggeber) → Auftragnehmer

Aus demselben Grund wird durch den vorgeschlagenen Gesetzesentwurf deutlich, dass inverse oder horizontale In-house Vergaben bei Mehrfachbeteiligungen ebenfalls zulässig sind.

Diese Auslegung, die auch in der Begründung des Kabinettsbeschluss ausdrücklich festgehalten wird, stimmt nicht nur mit den heutigen Organisationsstrukturen staatlicher und kommunaler Einrichtungen überein, sie ist auch zur effizienten Wahrnehmung von hoheitlichen und sonstigen Verwaltungsaufgaben erforderlich. Sie

entspringt dem verfassungsrechtlich garantierten Recht zur kommunalen Selbstverwaltung und ermöglicht durch eine funktionelle Betrachtung dem öffentlichen Auftraggeber selbst zu entscheiden, ob er seine Aufgaben durch eigene Mittel erfüllen oder Leistungen am Markt beschaffen möchte (make-or-buy-Entscheidung).

Zu Absatz 6:

Vitako unterstützt ausdrücklich die mit dem Richtlinienpaket eingeleitete Reglementierung der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit. Die Erweiterung des Aufgabenspektrums einer solchen Kooperation ermöglicht den beteiligten öffentlichen Auftraggebern die längerfristige gemeinsame Erfüllung von IT-Aufgaben, die oft aufgrund von Kapazitätsschwierigkeiten oder der Komplexität der Aufgaben von einem Beteiligten allein nicht zu lösen sind. Das Erweitern der möglichen Kooperation auf alle Aufgaben der Verwaltung, einschließlich etwaiger Hilfsleistungen wie IT-Dienste, ermöglicht den Erfahrungs- und Leistungsaustausch zwischen den unterschiedlichen IT-Dienstleistern. So können Synergien im Sinne einer wirtschaftlichen und sparsamen Erledigung der Verwaltungstätigkeit genutzt werden.

Zu Absatz 7:

Die Regelung zur Bemessung des Tätigkeitsprinzips in § 108 Absatz 7 GWB-E umfasst jede Tätigkeit in Ausführung der Aufgaben des/der kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber/s, ungeachtet des Begünstigten der Ausführung des Auftrags. Nach dem Verständnis von Vitako sind dies nicht nur öffentliche Aufträge, sondern jede Tätigkeit zur Erfüllung von hoheitlichen Aufgaben, die z.B. kraft gesetzlicher Ermächtigung oder sonstiger Auftragsübertragung für den/die öffentlichen Auftraggeber erbracht werden. Erzielt etwa ein Auftragnehmer durch hoheitliche Aufgaben Umsätze dürfen diese nicht als „Fremdgeschäft“ gewertet werden, zumal eine Wettbewerbsverzerrung bei solchen Tätigkeiten nicht zu befürchten steht.

Im Sinne der Praktikabilität gehen wir ferner davon aus, dass eine Bemessung der durchschnittlichen Umsätze für die letzten drei Jahre nicht vor Vergabe, also tagesgenau vor Auftragserteilung, sondern für die letzten drei Wirtschaftsjahre erfolgen muss.

Im Fall einer interkommunalen Kooperation ist nach den Erläuterungen in der Begründung zu § 108 Abs. 7 GWB-E der Marktanteil der Tätigkeit ab Entstehung der Kooperation zu bemessen. Das halten wir für richtig und praxisnah: Im Fall einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit wird durch die unterschiedlichen Beiträge der kooperierenden öffentlichen Auftraggeber ein neues Betätigungsfeld der Kooperationspartner geschaffen, das in der Konstellation bislang von den Partnern nicht angeboten wurde. Die Bemessung der Tätigkeit einer öffentlich-öffentlichen

Zusammenarbeit stellt gerade das Paradebeispiel für eine Prognose über die Geschäftsentwicklung gemäß § 108 Abs. 7 Satz 3 GWB-E.

Zu § 113 Satz 2 Nummer 3 GWB-E (Sammelbeschaffungen, Zentrale Beschaffungsstellen)

Die Mitgliedstaaten können nach Artikel 37 Absatz 1 Richtlinie 2014/24/EU festlegen, dass von zentralen Beschaffungsstellen sowie im Rahmen zentraler Beschaffungstätigkeiten direkt, ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens, beschafft werden darf. Ausweislich der Begründung im Referentenentwurf fallen unter den Begriff „Sammelbeschaffungen“ des § 113 Satz 2 Nummer 3 GWB-E neben den Regelungen über Rahmenvereinbarungen auch die zentralen Beschaffungsstellen und die zentralen Beschaffungstätigkeiten. Die den Mitgliedstaaten nach der Richtlinie eingeräumte Befugnis zur Einführung der vorgenannten Institute wird damit nach dem Referentenentwurf an den Verordnungsgeber delegiert. VITAKO begrüßt die Möglichkeit, zentralisierte und gemeinsame Beschaffungstätigkeiten in den jeweils von den Richtlinien vorgesehenen Umfang zu ermöglichen. Hingegen sollte nicht vorgesehen werden, dass bestimmte Beschaffungen **zwingend** durch Rückgriff auf zentrale Beschaffungsstellen oder eine oder mehrere bestimmte zentrale Beschaffungsstellen durchzuführen sind (Artikel 37 Absatz 1, Unterabsatz 3, Richtlinie 2014/24/EU). Es muss den betroffenen Auftraggebern im Rahmen ihrer Organisationshoheit überlassen bleiben, ob und unter welchen Bedingungen ein Rückgriff auf die vorgenannten Institutionen gewünscht ist.

Zu § 114 GWB-E (Monitoring und Statistikpflichten)

Im Hinblick auf den Umstand, dass verlässliche und aussagekräftige Daten zur öffentlichen Auftragsvergabe in Deutschland bisher fehlen, ist aus unserer Sicht der Bedarf an einer bundesweiten Beschaffungstatistik im Kern nicht von der Hand zu weisen. Bei der Festlegung der zu erhebenden statistischen Daten sollte sich die noch zu fassende Rechtsverordnung aber auf das Maß und den Umfang beschränken, das von den EU-Vergaberichtlinien zwingend gefordert wird. Die Kosten und der Aufwand, der den Auftraggeber bei den ihn treffenden statistischen Erhebungen entstehen könnte, sollte so gering wie möglich sein, damit sich die Transaktionskosten für Vergabeverfahren nicht unnötig erhöhen und Vergabeverfahren schnell abgeschlossen werden können. Die Anforderungen an sämtliche öffentliche Auftraggeber statistische Daten erfassen sprengt diesen Rahmen, selbst wenn diese in der Bekanntmachung vergebener Aufträge enthalten sind. Dennoch sind diese Daten zunächst zu erfassen, zu extrahieren und zu übermitteln. In Anbetracht der Tatsache, dass diese Verpflichtung mit Inkrafttreten des Gesetzes eintritt und etwaige technische Lösungen zur Berichterstattung noch beschafft werden müssen, erscheint diese Anforderung nicht umsetzbar. Insoweit sollte § 114 Absatz 2 GWB-E komplett gestrichen werden, da diese Vorschrift

ausweislich der Entwurfsbegründung über die zwingenden EU-Statistikpflichten hinausgeht und somit die Statistikbelastung bei den Auftraggebern erhöht. In jedem Fall sollte aber sichergestellt werden, dass der bürokratische Aufwand sich auf ein Mindestmaß beschränkt. Die Übermittlung der zu erfassenden Daten an die zentrale Statistikstelle sollte möglichst kostengünstig nach Wahl des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers vollelektronisch und in einem automatisierten Verfahren erfolgen können.

Zu § 119 GWB-E (Verfahrensarten)

Ausdrücklich begrüßt wird, dass der deutsche Gesetzgeber nunmehr den vom europäischen Vergaberecht eingeräumten Gestaltungsspielraum ausgeschöpft und für die Auftraggeber in § 119 Absatz 2 GWB-E die Wahlfreiheit zwischen dem offenen und dem nicht offenen Verfahren vorgesehen hat. Davon werden ohne Verlust von Transparenz und Wettbewerb sowohl Auftraggeber als auch die Wirtschaftsteilnehmer profitieren. Damit wird das im Eckpunktepapier zur Reform des Vergaberechts vom 7. Januar 2015 gegebene Versprechen, die Vergabeverfahren vereinfachen und flexibler gestalten zu wollen, in diesem Punkt eingehalten. Das Erfordernis beim nicht offenen Verfahren den vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb nach objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien durchzuführen, ist nicht neu und entspricht der Rechtsprechung und der gängigen Praxis.

Zu §§ 122, 123 und 124 GWB-E (Eignungskriterien)

Für die tägliche Praxis der Eignungswertung wird es wesentlich auf die Gestaltung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung ankommen, die möglichst einfach zu handhaben und klar strukturiert sein muss.

Die Neustrukturierung der Eignungskriterien gemäß Art. 58 der Richtlinie 2014/24/EU erleichtert durch die klare Trennung zwischen zwingenden Ausschlussgründen und möglichen Ausschlussgründen die Wertung der Bieterangebote. Große inhaltliche Änderungen sind grundsätzlich damit nicht verbunden, das verleiht weiterhin Sicherheit bei der öffentlichen Vergabe.

Für die IT-Branche ist die Regelung in § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB-E, der einen Ausschluss aufgrund etwaiger wesentlicher Vertragsverletzungen des Auftragnehmers sehr hilfreich. Größere IT-Projekte verlaufen selten ohne Komplikationen und Störungen. Dauer, Höhe der Investitionen und Umsetzungsfristen bewegen jedoch die Vertragsparteien zu Kompromissen, zumal der Umfang der Projekte meist die Gerichte überfordert und erfahrungsgemäß etwaige gerichtliche Auseinandersetzungen äußerst langwierig sind.

Vertragsverletzungen, die zu Vertragsstrafen und Minderungen führen, können ebenfalls zum Ausschluss eines Bieters führen, da die Aufzählung des Gesetzgebers beispielhaft und nicht abschließend ist.

Zu §§ 125 (Selbstreinigung) und 126 (Zeitraum für Ausschlüsse)

Wir begrüßen die Aufnahme der von der Rechtsprechung entwickelten Regelungen für eine Selbstreinigung eines Bieters, dessen Integrität zweifelhaft wurde in das Gesetz. Die Verpflichtung des Unternehmens zur Beseitigung des durch sein Fehlverhalten hervorgerufenen Schadens ist signifikant nicht nur zur Prävention solchen Fehlverhaltens, sondern stellt auch eine leicht zu überprüfende Tatsache ebenso wie die aktive Unterstützung der Ermittlungsbehörden dar. Für öffentliche Auftraggeber ist die Überprüfung der Selbstreinigung oft problematisch, da der Nachweispflicht des Auftragnehmers rechtlich und faktisch keine entsprechenden Prüfrechte des öffentlichen Auftraggebers entgegenstehen. Die Prüfung des Auftraggebers beschränkt sich daher oft auf eine Plausibilitätsprüfung der getroffenen Maßnahmen. Die in §§ 125 und 126 GWB-E genannten Maßnahmen entlasten somit die öffentlichen Auftraggeber.

Zu § 127 GWB-E (Zuschlagskriterien)

Die Reform des Vergaberechts stellt in Bezug auf die Zuschlagskriterien das Preis-Leistungs-Verhältnis mehr in Mittelpunkt. Dennoch bleibt es zulässig den Preis als einziges Zuschlagkriterium zu bewerten. Dies ist für standardisierte und marktübliche Produkte durchaus vom Vorteil und wird von uns begrüßt. Bei komplexeren IT-Beschaffungen ist es unumgänglich, u.a. qualitative Aspekte mit zu berücksichtigen. Die vom EU-Richtlinienggeber geschaffene Möglichkeit zur stärkeren Berücksichtigung strategischer Ziele wird von uns ebenso positiv aufgenommen, wie deren Umsetzung im Referentenentwurf. Die konkrete Umsetzung bei der Beschaffung stellt die Vergabestellen jedoch vor große Herausforderungen, weil die dabei einzuhaltenden rechtlichen Vorgaben selbst in einem Spannungsfeld stehen und in der Praxis teilweise nur schwer und mit erheblichem Aufwand angewendet werden können. Es gibt zurzeit keine sichere Übersicht über mögliche Lebenszykluskosten bei IT-Beschaffungen. Breitere Akzeptanz kann daher wohl nur dadurch geschaffen werden, dass sich sowohl die Mitgliedstaaten als auch die EU-Kommission stärker darin engagieren, allgemeingültige und anerkannte Regeln oder Gütezeichen - wie z.B. bereits heute mit der Anerkennung des „Energy-Star“-Programms (Verordnung EG Nr.106/2008) bei IT-Komponenten - zu schaffen. Nur so können die Transaktions- und Bürokratieaufwände bei den einzelnen Beschaffungsstellen reduziert und die Akzeptanz von strategischer Ziele und von Nachhaltigkeitsaspekten bei den Vergabestellen gestärkt werden.

Die Verpflichtung, Nebenangebote zur Förderung von Innovationen zuzulassen und Mindestanforderungen sowie Zuschlagkriterien zu formulieren, stellt jeden öffentlichen Auftraggeber, der hoch technisierte Verfahren oder Produkte beschafft, vor eine große Herausforderung. Weder ist er in der Lage sämtliche Entwicklungen der IT-Branche zu verfolgen, um entsprechende innovative Produkte zu berücksichtigen, noch bereit, Experimente bei so wesentlichen Beschaffungen wie

z.B. das Ersetzen veralteter Systeme für die Verwaltung einzugehen. Aus diesem Grund darf das Ermessen des Auftraggebers beim Zulassen von Nebenangeboten nicht eingeschränkt werden.

Zu § 132 GWB-E (Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit)

Die Regelungen in § 132 GWB-E zu Auftragsänderungen sind für die tägliche Beschaffungspraxis von herausragender Bedeutung und werden von uns unterstützt. Insbesondere ist zu begrüßen, dass § 132 Absatz 2 GWB-E „Nachbestellungen“ bis zu 50% des ursprünglichen Auftragswerts auch ohne erneutes Vergabeverfahren zulässt. Die unterschiedlichen Fallgruppen von Vertragsänderungen erfahren in der Vorschrift eine klare Strukturierung und erleichtern dem Rechtsanwender dadurch die Prüfung, welche der Ausnahmeregelungen ggf. in Anspruch genommen werden können. Begrüßenswert ist zudem, dass in der Gesetzesbegründung zu verschiedenen Tatbestandsmerkmalen praxisnahe Beispiele angeführt werden, wann Auftragsänderungen möglich sind. So führt der Referentenentwurf zu § 132 Absatz 2 Nr. 1 GWB-E als Beispiel „Preisanpassungsklauseln“ an. Umfasst sind jedoch auch die in IT-Projekten häufig vorkommenden Change Requests, sofern diese im jeweiligen Einzelfall nicht zu einer Änderung des Auftragsgegenstands führen sollten.

Zu § 133 GWB-E (Kündigung von öffentlichen Aufträgen)

Entsprechend der Vorgaben in den neuen EU-Vergaberichtlinien ist neben den Regelungen zum Umgang mit Auftragsänderungen nunmehr auch in § 133 GWB-E erstmals bestimmt, unter welchen vergaberelevanten Tatbeständen der öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit hat, den Vertrag mit dem Auftragnehmer zu kündigen. Positiv ist aufzunehmen, dass der Referentenentwurf etwaige mögliche Kündigungsgründe benennt, die Aufzählung jedoch nicht abschließend ist und die Ausübung des Kündigungsrechts im Ermessen des Auftraggebers liegt. Gemäß § 134 Abs. 2 GWB-E bleibt der Auftragnehmer weiterhin auf den erarbeiteten Anteil seiner Vergütung berechtigt, es sei denn, es lag bei Vergabe ein zwingender Ausschlussgrund vor und die Leistung ist für den Auftraggeber nicht von Interesse. Der eher allgemein gehaltene Hinweis auf die Möglichkeit eines Schadensersatzes wirft viele Fragen auf, die erwartungsgemäß in der Durchführungsverordnung geklärt werden müssten. Unabhängig von der Frage nach den Verantwortlichkeiten und dem (Mit-)Verschulden stellt sich z.B. die Frage, ob ein solcher Schadensersatz auch die Kosten für ein neues Vergabeverfahren und etwaige Verzögerungen bei der anliegenden Beschaffung und somit Behinderungen der Verwaltung umfassen kann.

Zu § 135 Abs. 3 GWB-E (Freiwillige ex-ante-Transparenz-bekanntmachung)

Ausdrücklich zu begrüßen ist, dass der Referentenentwurf mit § 133 Abs. 3 GWB-E nunmehr die für den Auftraggeber vom EU-Recht geschaffene Möglichkeit einer „freiwilligen ex-ante-Transparenzbekanntmachung“ bei Auftragsvergaben in das nationale Recht aufnimmt.

Zu § 160 GWB-E (Einleitung, Antrag)

Vitako begrüßt, dass der Kabinettsbeschluss im Gegensatz zum Referentenentwurf zwar dem EuGH in den Rechtssachen „Uniplex“ (EuGH, Urt. v. 28.01.2010, Rs.C-406/08) und „NRA“ (EuGH, Urt. v. 28.01.2010, Rs.C- C-456/08) folgt, aber zugleich einen effektiven Bieterrechtsschutz und eine Beschleunigung von Vergabe- und Nachprüfungsverfahren ermöglicht, indem nun eine konkrete Frist zur Rüge binnen zehn Tagen nach Kenntnisnahme eines Vergabeverstößes festgelegt wird.