



**TRANSPARENCY
INTERNATIONAL**
Deutschland e.V.

Die Koalition gegen Korruption.

Transparency International Deutschland e.V.
Alte Schönhauser Str. 44
D – 10119 Berlin

per E-Mail

an das Bundesministerium für Wirtschaft und
Energie

Geschäftsstelle

Alte Schönhauser Str. 44
D-10119 Berlin
Tel.: (49) (30) 54 98 98 0
Fax: (49) (30) 54 98 98 22
E-Mail: office@transparency.de
www.transparency.de

Berlin, den 01. Dezember 2015

**Stellungnahme von Transparency International Deutschland e.V.
zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie
zur Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Bearbeitungsstand: 9. No-
vember 2015).**

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns herzlich für die Übersendung des Referentenentwurfs des Bundesministe-
riums für Wirtschaft und Energie zur Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts und
die Möglichkeit, dazu Stellung zu nehmen.

Dabei möchten wir zu Erläuterung auf Folgendes hinweisen: Unter „1. Vorbemerkung“ haben
wir zu einigen Punkten Stellung genommen, die uns auch bei der Auseinandersetzung mit
dem Referentenentwurf aufgefallen sind und unseres Erachtens einleitend der Erwähnung
bedürfen. Die von unserem Anliegen der Korruptionsprävention und Transparenz besonders
betroffenen Punkte haben wir unter „2. Inhaltliche Anmerkungen“ behandelt. Unter „3. Weite-
re Hinweise“ haben wir bei der Durchsicht des Entwurfs noch aufgefallene Punkte aufgeführt.

1. Vorbemerkung

Mit der Vergaberechtsreform hätte die große Möglichkeit zur Vereinheitlichung und Ver-
schlankung der Regelungsstrukturen bestanden. Dies hat der Ordnungsgeber erkannt
und unter A. des Entwurfs ausgeführt: „Mit den neuen Richtlinien werden den Mitgliedstaaten
zugleich neue Handlungsspielräume eingeräumt. Die Vergabeverfahren sollen effizienter,
einfacher und flexibler gestaltet und die Teilnahme kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU)
an Vergabeverfahren erleichtert werden.“ Bedauerlicher Weise werden die Möglichkeiten
nicht genutzt und die Ziele verfehlt. Stattdessen wird die Komplexität der Regelungen erhöht.
Statt der gebotenen Vereinheitlichung wird nunmehr eine noch größere Zersplitterung der
Regelungsmaterie erreicht, die bezogen auf den Inhalt der zu beschaffenden Leistungen
schlicht nicht mehr zu rechtfertigen ist. So ist z.B. die Beibehaltung des 2. Abschnitts der
VOB/A nicht nachvollziehbar. Auch der Entwurf der SektVO-E und die VSVgV enthalten
zahlreiche Regelungen, die wortgleich oder nur mit marginalen Abweichungen im Entwurf
der VgV enthalten sind.

Der Ordnungsgeber hat sich erkennbar von dem Gedanken einer 1:1-Umsetzung leiten
lassen. Diese führt häufig dazu, dass Regelungen systematisch und terminologisch nur
schwer zu verstehen sind und sich nicht in die eingespielte und bekannte Begrifflichkeit ein-
fügen. Dies ist auch für den vorliegenden Entwurf festzustellen (dazu eingehend unten) und
zu beklagen.

Dadurch, dass der Ordnungsgeber die Gestaltungsmöglichkeiten nicht nutzt, erhöhen sich die Anwendungsprobleme für die Adressaten der Regelungen. Die Unklarheiten werden schlicht in die Praxis verlagert. Die öffentlichen Auftraggeber und die potentiellen Bieter sind aber ohnehin mit der hohen Regelungsdichte an der Belastungsgrenze angelangt. Das nun gewählte Vorgehen wird die Akzeptanz des Vergaberechts weiter reduzieren, die Suche nach Umgehungsmöglichkeiten intensivieren und rechtliche Auseinandersetzungen provozieren. Dies zu vermeiden, wäre vornehmste Aufgabe von Gesetz- und Ordnungsgebern.

2. Inhaltliche Anmerkungen

Die bereits mehrfach formulierte Kritik an der Entscheidung, den Vorrang des offenen Verfahrens aufzugeben, wird hier ausdrücklich wiederholt. Denn nicht offene Verfahren sind anfälliger für Korruption und wettbewerbsbeschränkende Absprachen. Andererseits sind keine Vorteile zu erwarten.

2.1. Nicht offene Verfahren sind anfälliger für Korruption

Die geplante Gleichstellung der beiden Verfahrensarten stellt aus Sicht von TI Deutschland einen gravierenden Rückschritt in dem Bemühen um eine effektive Korruptionsprävention dar, da nur das offene Verfahren größtmöglichen Wettbewerb und größtmögliche Transparenz zu gewährleisten vermag. Ausschließlich dieses Höchstmaß an Transparenz und Wettbewerb ist geeignet, effektiv gegen Korruption zu wirken, was gerade nicht durch den dem nicht offenen Verfahren vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb erreicht bzw. erzielt werden kann.

Die sich an den Teilnahmewettbewerb anschließende und durch den Öffentlichen Auftraggeber vorzunehmende Auswahl der Bieter, die zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden sollen, kann dazu genutzt werden und dazu führen, dass eine interessengesteuerte Selektion zum Schaden für den fairen Wettbewerb vorgenommen wird. Dem öffentlichen Auftraggeber ist es nämlich lediglich verboten, diese Auswahl willkürlich, d.h. aufgrund sachfremder Erwägungen bzw. grundlos, zu treffen. Sofern allerdings eine interessengesteuerte Auswahl (bspw. vor dem Hintergrund situativer oder struktureller Korruption) getroffen wird, werden sich Gründe für die getroffene Selektion finden und für die jeweilige Entscheidung anführen lassen – mit der Folge, dass gegebenenfalls überhöhte und nicht im Wettbewerb ermittelte Marktpreise auf Basis eines korruptiven Beziehungsgeflechts gezahlt werden. Damit geht mit der Gleichstellung dieser beiden Vergabeverfahren die Gefahr der Begünstigung und Bevorzugung von „gewollten“ Auftragnehmern mit der Folge von erhöhten Korruptionsrisiken und Kostensteigerungen einher.

2.2. Nicht offene Verfahren bringen demgegenüber keinerlei Vorteile – das Gegenteil ist der Fall

Diese Sicht wird zudem durch den am 9. Februar 2012 veröffentlichten Bericht des Bundesrechnungshofes zu der Beschaffung von Bauleistungen und freiberuflichen Leistungen bei Bauvorhaben des Bundes (im Bereich unterhalb der Schwellenwerte) (indirekt) gestützt.¹ Der Bundesrechnungshof stellte in dem vorgenannten Bericht fest, dass durch die Aushöhlung des Primats der Vergabe öffentlicher Aufträge im Wege des offenen Verfahrens (Vorrang der freihändigen Vergabe von Bauleistungen bis zu einem Auftragswert von 100.000 EURO bzw. beschränkte Auftragsvergabe bis zu einem Auftragswert von bis zu 1 Mio. EURO in den Jahren 2009 und 2010) etliche Aufträge ohne formstrenge Verfahren in den Markt gegeben worden sind. Dies hatte – wie der Bundesrechnungshof in seinem Bericht festgestellt hat – erhöhte Korruptions- und Manipulationsrisiken und Wettbewerbseinschränkung sowie Mehrausgaben allein im Hochbau von 50 bis 70 Millionen Euro zur Folge.

¹ Bericht ist abrufbar unter: <http://www.bundesrechnungshof.de/de/veroeffentlichungen/sonderberichte/2012-sonderbericht-auswirkungen-der-vergabereicherungen-des-konjunkturpakets-ii-auf-die-beschaffung-von-bauleistungen-und-freiberuflichen-leistungen-bei-den-bauvorhaben-des-bundes-1>

Es kann nicht gewollt sein, dass sich diese Folge auch auf Aufträge oberhalb der Schwellenwerte überträgt. Um diese Gefahr zu vermeiden muss weiterhin am Primat des offenen Verfahrens festgehalten werden.

Zu im Wesentlichen gleichen Einschätzungen zur Bedeutung der Verfahrensart für das Korruptionsrisiko gelangt der Bundesrechnungshof in dem am 22.10.2013 veröffentlichten Sonderbericht "Öffentliche Vergabe von Bauleistungen und Korruptionsvorbeugung", der gemeinsam mit dem Beschaffungssamt der Tschechischen Republik erstellt wurde.² Wörtlich heißt es in der Zusammenfassung der Ergebnisse. „In Deutschland gilt hingegen der gesetzlich und haushaltsrechtlich verankerte Vorrang des offenen Verfahrens bei EU-weiten Vergaben bzw. der Öffentlichen Ausschreibung, die bei nationalen Vergaben dem offenen Verfahren entspricht. Dadurch können mehr Unternehmen Angebote abgeben. Dies vermindert die Korruptionsgefährdung, erschwert Preisabsprachen zwischen den Bietern und führt zu den wirtschaftlichsten Ergebnissen.“

Auch das Argument, dass mit dem nicht offenen Verfahren grundsätzlich eine Zeitersparnis hinsichtlich der Auftragsvergabe einhergeht, ist aus Sicht von Transparency Deutschland nicht belegbar. Im Gegenteil hat die 2. Vergabekammer des Bundes in einem Beschluss (Az: VK 2- 20/02) festgestellt, dass die Eilbedürftigkeit keinen zwingenden Grund für die Wahl des nicht offenen Verfahrens darstellt, da auch aus Sicht der 2. Vergabekammer mit dieser Verfahrensart keine grundsätzliche Zeitersparnis einhergeht. Dies überrascht nicht, da auch bei dem nicht offenen Verfahren hinreichende Fristen für den Teilnahmewettbewerb, die Angebotserstellung etc. gewährt werden müssen. Lediglich die Phase der Angebotsauswertung kann in Einzelfällen zu einer Zeitersparnis führen, sofern eine geringe Anzahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde.

Vor diesem Hintergrund erscheint das Argument der Zeitersparnis ein Scheinargument zu sein, das durch aktuelle Werte widerlegt ist. Es handelt sich um eine stets und wiederkehrend angeführte Behauptung, die dem auch für die Erhaltung wettbewerblicher Strukturen dienlichen Ziel einer effektiven Korruptionsprävention zum Nachteil gereicht.

Zu § 17 VgV

Abs. 5: Zweiter Halbsatz soll der Klarstellung dienen. Es besteht das Risiko einer Aufforderung von drei Unternehmen, von denen aber nur eines geeignet ist. Um dem vorzubeugen, ist eine Klarstellung geboten, dass „nur Unternehmen aufzufordern sind, von denen der Auftraggeber weiß oder berechtigterweise annehmen kann, dass diese geeignet sind.“

Zu § 28 VgV

Die Zulässigkeit der Markterkundung zu Unterrichtszwecken wird als problematisch angesehen, weil dazu das Instrument der Vorinformation existiert. Die Markterkundung richtet sich naturgemäß nur an ausgewählte Marktteilnehmer, die damit einen Vorteil haben. Wenn die Markterkundung nunmehr zu Unterrichtszwecken ausdrücklich für zulässig erklärt wird, wird dieser Vorteil auch dann legalisiert, wenn bezweckt ist, ihn unlauter zu nutzen. Vorzugswürdig wäre es, die Markterkundung nur zur Vorbereitung der Auftragsvergabe zuzulassen. Die Unterrichtung mag dann z.T. als Nebenfolge eintreten, darf aber nicht mehr bezweckt sein.

Zu § 36 VgV

Der Sinn und Zweck der Regelung in Abs. 5, dass Unternehmen auch nicht mittelbar an öffentlichen Aufträgen partizipieren sollen, wenn ihnen Straftaten zurechenbar sind, ist grundsätzlich positiv zu bewerten. Die Regelung bricht allerdings mit der bisherigen Dogmatik des Subunternehmereinsatzes. Denn die Absicht, einen Subunternehmer einzusetzen, ist nicht gleichzusetzen mit der Eignungsleihe. Vielmehr handelt es sich bei Eignungsleihe und Sub-

² Abrufbar unter: <http://www.bundesrechnungshof.de/de/veroeffentlichungen/sonderberichte/2013-sonderbericht-oeffentliche-vergabe-von-bauleistungen-und-korruptionsvorbeugung>

unternehmereinsatz um zwei unterschiedliche Rechtsverhältnisse, die zwar Überschneidungen aufweisen können, aber nicht müssen. Auf die Eignung des Subunternehmers kommt es nach aktueller Dogmatik nur im Fall der Eignungsleihe an. Nur dann verlangt ein Öffentlicher Auftraggeber, dass der Bieter die für die Eignungsprüfung geforderten Unterlagen auch für den Eignungsleiher vorlegt.

Soll sich die Regelung ins bisherige Vergaberechtssystem einfügen, müssten die Bieter verpflichtet werden, mit ihrem Angebot für alle einzusetzenden Subunternehmer nachzuweisen, dass diese keine Ausschlussgründe verwirklichen, auch wenn eine Eignungsleihe insoweit gar nicht stattfindet. Das erscheint aufwendig, aber angesichts des dahinter stehenden Ziels hinnehmbar. Ggf. sollte es auf Subunternehmer beschränkt werden, die wesentliche Leistungspflichten erfüllen.

Darüber hinaus wäre im Verhältnis zwischen Abs. 1 und Abs. 5 klarzustellen, ob die in Abs. 5 vorgesehene Prüfung die Benennung gemäß Abs. 1 voraussetzt. Dies ist nach der aktuellen Regelung unklar, weil Abs. 5 strikt formuliert ist und eine Prüfung stets vorsieht. Abs. 1 überlässt es dem Auftraggeber Unterauftragnehmer abzufragen. In der Praxis droht, dass öffentliche Auftraggeber von der Benennung der Unterauftragnehmer dann keinen Gebrauch machen werden und die Anwendung auf die Fälle des Abs. 4 beschränkt sind, was wenig sachgerecht wäre. Dies spricht für eine Änderung des Entwurfs dahin, dass die für wesentliche Leistungen vorgesehenen Subunternehmer stets zu benennen und dann auch stets nach Abs. 5 zu prüfen sind.

Zu § 39 VgV „Vergabebekanntmachung“

Abs. 1: Die Regelung sollte, damit ihre Befolgung gesichert wird, als bieterschützende Vorschrift ausgestaltet werden. Insbesondere im Fall von Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb und damit in dem korruptionsanfälligsten Bereich stellt die ex-post Bekanntmachung die einzige Form von Transparenz dar. Diese muss dann aber auch besonders wirksam ausgestaltet werden.

3. Weitere Hinweise

Zu § 3 VgV-E

Abs. 6: Geboten ist eine Klarstellung, dass darunter nicht freiberufliche Dienstleistungen, wie z.B. Architektenleistungen, fallen. Denn diese wären sonst häufig der (europaweiten) Ausschreibung entzogen, weil für sie dann mittelbar die höheren Schwellenwerte für Bauaufträge gelten würden. Außerdem hätte dies möglicherweise auch die Konsequenz, dass Architektenleistungen damit Teil des Bauauftrags mit der Folge sind, dass diese nach Maßgabe der VOB/A EG vergeben werden müssen.

Zu § 4 VgV-E

Es fehlen Regelungen zur Transparenz, so dass klar erkennbar ist, für wen eine Beschaffungsstelle beschafft.

Zu § 8 VgV

Abs. 4: Die Regelung zur Aufbewahrung für die Dauer von mind. 3 Jahren erweckt den Eindruck, dass Unterlagen stets nach 3 Jahren vernichtet werden können. Ausweislich der Begründung ist dies aber nicht gewollt. Daher sollte entsprechend der Begründung eine Ergänzung zu Abs. 4 in die Verordnung aufgenommen werden: „Ist die Laufzeit des Vertrages länger, beginnt die Frist mit dem Ende des Vertrages.“ Angesichts der Möglichkeit, Dokumente elektronisch erfassen zu können, ist diese Erweiterung nicht problematisch.

Zu § 18 VgV

Abs. 10 führt zu einer Schlechterstellung der Bieter gegenüber der bisherigen Rechtslage, nach der bei signifikanten Planungsleistungen die Bieter Anspruch auf Kostenersatz haben.

Die Änderung wirkt für Bieter abschreckend und birgt die Gefahr einer Einschränkung des Wettbewerbs.

Zu § 20 VgV

Die Formulierung von Abs. 3 kann dahingehend missverstanden werden, dass eine Verlängerung in anderen Fällen („abgesehen von ...“) nicht zulässig ist. Hilfreich wäre die Aufnahme einer Klarstellung, dass die Angebotsfrist auch in anderen Fällen zu verlängern sein kann bzw. verlängert werden darf.

Zu § 21 VgV

Nach Abs. 2 erfolgt die Einzelauftragsvergabe bei Rahmenvereinbarungen nach dem Wortlaut „ausschließlich“ zwischen dem in der Bekanntmachung genannten Auftraggeber; d.h. bei einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Auftraggebern müssen alle in der Bekanntmachung genannt sein, eine spätere Hinzunahme weiterer Auftraggeber wäre danach unzulässig. Nach bisheriger Literatur-Meinung war das aber möglich, wenn es als Option vorgesehen war.

Zu § 28 VgV (und § 26 SektVO-E)

Abs. 1: hier muss es heißen „seine Auftragsvergabepläne“ und nicht „ihre“.

Zu § 29 VgV

Die Aufnahme einer Pflicht zur Beifügung einer „abschließenden Liste“ als Nr. 4 wie derzeit in der VOL/A geregelt, ist zu empfehlen (und zwar sowohl für den Teilnahmewettbewerb als auch für die Angebotsphase). Die Verpflichtung zur Beifügung einer abschließenden Liste hat sich in der Praxis bewährt. Sie dient Bietern bei der Angebotserstellung und Auftraggebern bei der Prüfung als Checkliste.

Zu § 31

Abs. 3: Merkmale in Bezug auf irgendein Stadium des Lebenszyklus des Auftragsgegenstands vorzugeben ist akzeptabel. Unklar ist aber, wie das nachgewiesen werden kann. Unter diesem Aspekt sollte die Regelung überdacht werden.

Abs. 4: Wäre es unzulässig, diese Regelung in den Vertragsbedingungen zu treffen? Besser: „Vertragsunterlagen“.

Zu § 40

Abs. 4: Diese Regelung erscheint überflüssig, da die freiwillige europaweite Bekanntmachung der Natur der Sache nach jedermann offen steht. Falls sie beibehalten werden sollte, ist sie auf Bauaufträge, Rahmenvereinbarungen, Auslobungsverfahren und Wettbewerbe zu erweitern, da anderenfalls das Risiko geschaffen wird, dass die freiwillige Veröffentlichung anderer Aufträge als unzulässig angesehen wird.

Zu § 42

Abs.3: Durch die Aufnahme dieser Regelung entsteht die Unklarheit, ob auch die Angebotswertung vor der Angebotsprüfung und der Eignungsprüfung durchgeführt werden kann. Diese Möglichkeit ist aber aus verfahrensökonomischen Gründen für Auftraggeber substantiell notwendig.

§ 43

Abs. 1 Satz 2: Es stellt eine Benachteiligung juristischer Personen dar (und steht im Übrigen in Widerspruch zu § 46 Abs. 3 Nrn. 2 und 6), wenn Bieter, welche die Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, einer OHG oder einer KG haben, die für die Leistungserbringung verantwortlichen Personen nicht benennen müssen. Die für die Leistungserbringung verantwortlichen Personen müssen im Fall einer GbR, OHG oder KG nicht notwendigerweise mit den Gesellschaftern identisch sein. Hinzu kommt, dass es auch für den Auftraggeber nicht transparent ist, wer im Fall einer solchen quasi-juristischen Person für die Leistungserbringung verantwortlich ist. Er ist dann auch nicht in der Lage, die Eignung solcher Personen

zu überprüfen. Auch die Prüfung des Vorliegens von Ausschlussgründen wird unnötig erschwert. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Richtlinie 2014/24, die in Art. 19 nur zwischen natürlichen und juristischen Personen differenziert, für quasi-juristische Personen die Benennung der verantwortlichen Personen ausschließen wollte.

§ 46

Abs. 2: Die Richtlinie beschränkt diese Fallgruppe auf die berufliche Leistungsfähigkeit. Es ist auch schwer nachvollziehbar, wie kollidierende Interessen Einfluss auf die technische Leistungsfähigkeit haben können sollen.

§ 65

Abs. 3: Die Berücksichtigung eines „Mehr an Eignung“ erfordert es doch gerade, dass zuvor mittels der Eignungskriterien sichergestellt wird, dass ein „Mindestmaß“ an Eignung vorliegt. Es ist daher ein Widerspruch, wenn für die Eignung keine Referenzen verlangt werden, aber es dann in der Zuschlagsentscheidung auf die Referenzen ankommt. Insbesondere in Verfahren mit Teilnahmewettbewerb stellt sich die Frage, wie denn dann eine sinnvolle Auswahl der Teilnehmer für die Angebotsphase erfolgen soll. Bei der nun zementierten Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien wird das Risiko gesehen, dass ein Auftraggeber die Möglichkeit erhält, mithilfe der Eignungskriterien zwei unterschiedliche Schranken zu bilden, um am Ende einem vorab ins Auge gefassten Bieter auf Pferd zu verhelfen.

Zu § 1 SektVO-E

Schwellenwerte für Dienstleistungskonzessionen bei 5.186 Mio. Euro klammert Konzessionen aus, die zwischen 207.000 Euro und 5.186 Mio. liegen und bei denen bisher schon davon ausgegangen wurde, dass diese einem Vergaberecht light unterliegen. Derartige Aufträge werden nach der gesetzlichen Konzeption auch künftig einem Vergaberecht light unterliegen, obwohl die Richtlinie hier strengere Schwellenwerte nicht verbietet. Wir schlagen daher vor, für Dienstleistungskonzessionen einen strengeren Schwellenwert von 1 Mio. Euro vorzusehen. Das würde für die Rechtsanwender mehr Rechtssicherheit und Transparenz bringen.

Mit freundlichen Grüßen

Transparency International Deutschland e.V.

Kontakt

Christian Heuking, Leiter der Arbeitsgruppe Vergabe
Dr. Anna-Maija Mertens, Geschäftsführerin
Transparency International Deutschland e.V.
Tel.: 030 - 54 98 98 0