

Berlin, 2. Januar 2023

Deutsche Industrie- und Handelskammer

Vereinfachung des Vergaberechts – Vorschläge der IHK-Organisation

Das Vergaberecht und seine Grundsätze sind wichtig und werden von der Wirtschaft unterstützt. Allerdings muss es einfacher und verständlicher werden, damit wieder mehr Angebote auf öffentliche Ausschreibungen eingereicht werden. Das fördert den Wettbewerb, gibt Innovationsimpulse und ist gut für den öffentlichen Haushalt.

Folgende Punkte sind uns für dieses Ziel besonders wichtig:

- Beseitigung der Rechtszersplitterung – ein verständliches Vergabegesetzbuch ist erforderlich, auch unterhalb der Schwellenwerte ist mehr Einheitlichkeit notwendig
- Verringerung des bürokratischen Aufwands – Digitalisierung besser nutzen
- Strategische Beschaffung mit Augenmaß – Bezug zum Auftragsgegenstand beibehalten

Es besteht Handlungsbedarf

Viele Unternehmen beteiligen sich derzeit nicht (mehr) an öffentlichen Ausschreibungen – ein empirischer Befund, der beunruhigt. Gründe, die den IHKs von Unternehmen dafür genannt worden sind, sind u. a.:

- hoher Aufwand für Suche nach passenden Ausschreibungen,
- hoher Aufwand für die Angebotserstellung,
- zu wenig Know-how auf Unternehmensseite, wie eine Ausschreibungsbeteiligung und die Abwicklung mit öffentlichen Auftraggebern funktioniert,
- zu wenig Know-how auf Seiten der Ausschreibenden hinsichtlich technologischer Trends und Märkte,
- schlechte Erfolgsaussichten,
- schlechte Qualität der Ausschreibungen,
- praktisch nicht erfüllbare Anforderungen, es zähle am Ende ausschließlich der Preis,
- Nebenangebote werden nicht zugelassen,
- Sorge vor schlechter Zahlungsmoral,
- Sorge vor überlangen Zahlungsfristen.

Die Folge dieser Situation können qualitativ schlechte Angebote sein, ein Mangel an innovativen Angeboten – und bisweilen werden gar keine (oder nur sehr wenige) Angebote abgegeben. Dies ist

schlecht für den öffentlichen Haushalt, ist nicht wirtschaftlich und nicht nachhaltig, aber auch schlecht für den Wettbewerb der Unternehmen und Innovationsimpulse.

I. Viele Verbesserungsmöglichkeiten schon ohne Gesetzesänderung möglich

Das Vergaberecht lässt schon jetzt vieles zu, was in der praktischen Anwendung verbessert werden sollte:

1. Bessere Ausschreibungen durch eine gute Vorbereitung

Jeder Wettbewerb fängt mit der Vorbereitung an. Das reicht von der Planung mit Bedarfsanalyse, Marktrecherche, geht über die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen bis hin zur Finanzierung. Wie u. a. Rechnungsprüfungsberichte zeigen, liegen viele **Vergabefehler in der mangelnden Vorbereitung und unzureichendem Know-how der Planer begründet**. Wenn es um Verfahrensbeschleunigung geht, sollte zudem nicht nur mit dem Finger auf die Vergabe gezeigt werden – diese steht nur am Ende eines größeren Prozesses. Vielmehr sollten Genehmigungs- und Planungsprozesse insgesamt beschleunigt werden. Es geht nicht nur um Inhaltliches, sondern auch um eine **Frage der Organisationsstruktur**. Kleinere Gemeinden haben zum Teil gar keine Vergabestellen. Und dort, wo es Vergabestellen gibt, werden diese – häufig mit Hinweis auf Korruptionsprävention – rollierend alle zwei Jahre ohne eine notwendige Einarbeitung in das Thema Vergaberecht neu besetzt. Die Bestrebungen zur Professionalisierung der öffentlichen Vergabe werden so behindert, der **Aufbau von Vergabe-Know-how** ist immer nur temporär und nicht von Dauer. Gerade in kleinen Vergabestellen, besetzt mit Personen aus der Verwaltung, sind die Unsicherheiten wegen nur seltener Anwendung des Vergaberechts sehr hoch. Das Volumen der vergaberechtlichen Regelungen ist immens, obwohl sich Regelungen in allen Verordnungen teils wort- und sinngleich wiederfinden. Dies führt zur Annahme eines hohen Schwierigkeitsgrades und suggeriert hohe Komplexität. Folge der Unsicherheit ist der Rückgriff auf vorhandene Ausschreibungsunterlagen als Musterstücke. Dies wird den Anforderungen an ein ordentliches Vergabeverfahren nicht gerecht.

Folgende Maßnahmen sind erforderlich:

- **Professionalisierung** der öffentlichen Auftragsvergabe an der Basis. Ein Mehr an Know-how sorgt für Sicherheit bei den Vergabestellen und zu besseren Ausschreibungen. Das macht es auch für Bieter leichter, ein Angebot abzugeben. Hier kann neben einer weiteren Professionalisierung ggf. auch eine Kompetenzbündelung durch gemeinsame Beschaffung helfen.
- Bessere Vorbereitung der konkreten Ausschreibung durch **bessere Marktrecherche** führt zu besseren und erfüllbaren Leistungsbeschreibungen.
- Das häufig gehörte Argument „Wir nehmen am liebsten Unternehmen, die uns schon bekannt sind und sich bei früheren Aufträgen bewährt haben.“ führt dazu, dass der Wettbewerb unnötig beschränkt wird und insbesondere Start-Ups, innovative Unternehmen und generell KMU kaum Chancen haben, bei öffentlichen Ausschreibungen berücksichtigt zu werden.

- Für sogenannte „**Newcomer**“ am Markt/**Start-Ups** wird die Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen oft zu einer unüberwindbaren Zutrittschürde. Insbesondere betrifft dies die vom Auftraggeber aufgestellten Eignungsanforderungen, und dort vor allem die Referenzen. Wenn Auftraggeber darauf angesprochen werden, wird oftmals darauf verwiesen, dass sich „Newcomer“ mangels Erfahrung einer Bietergemeinschaft anschließen sollen oder Aufträge als Subunternehmer erbringen können. Das kann aber nicht die Lösung sein. Das Vergaberecht sollte vielmehr so ausgestaltet sein, dass Eignungskriterien und Nachweise so aufgestellt sind, dass neu gegründete Unternehmen bessere Marktzutrittschancen haben. Dies würde auch der Start-Up-Strategie der Bundesregierung entsprechen.
- Die **Leistungsbeschreibungen** dürfen nicht zu eng gefasst sein und sollten Raum für Innovationen lassen. Grundsätzlich sollte sich eine Leistungsbeschreibung auf die Darstellung des Beschaffungsbedarfs beschränken und den Lösungsweg den Kompetenzträgern aus der Wirtschaft überlassen. So kann im Rahmen innovativer Ausschreibungsverfahren, wie z. B. wettbewerblicher Dialog, im Austausch mit Unternehmen eine wirtschaftliche und nachhaltige Lösung herausgearbeitet werden.
- Es sollten nur Anforderungen in der Leistungsbeschreibung gestellt werden, die für den konkreten Ausschreibungsgegenstand benötigt werden (kein bloßes Abschreiben aus früheren Ausschreibungen, ohne deren Notwendigkeit zu prüfen).
- Anforderungen in der Leistungsbeschreibung sollten so gestaltet sein, dass sie durch Unternehmen erfüllbar und nicht nur vom Unternehmen, sondern auch vom öffentlichen Auftraggeber überprüfbar sind – das gilt insbesondere für Nachhaltigkeitsanforderungen. Es ist dabei keine Lösung, eine aufwendige, wenn nicht gar unmögliche Überprüfung einfach auf die Unternehmen zu verlagern.
- Durch die Nutzung von Experimentierklauseln, Best-practice-Austausch und das Zulassen von Nebenangeboten und von mehreren Hauptangeboten lässt sich nachhaltige und innovative Beschaffung fördern.
- Es müssen **Weiterbildungsangebote sowie Austauschformate** mit der innovativen Wirtschaft entwickelt werden, die den Austausch zwischen Verwaltung und Wirtschaft zu innovativen Lösungsvorschlägen auf Augenhöhe ermöglichen.
- Laut Gesetz ist dem **wirtschaftlichsten Angebot** der Zuschlag zu erteilen. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich **nicht ausschließlich nach dem Preis**, auch andere Wertungskriterien sind wichtig und sollten in der Ausschreibung deutlich benannt werden. Allerdings ist der Preis das Kriterium, das sich am einfachsten und eindeutigsten werten lässt; jede Bewertung anderer Kriterien neben dem Preis macht ein Wertungsschema und ggf. technologisches Know-how für Bewertungen/Entscheidungen erforderlich, wovon vor allem ungeübte Vergabestellen häufig zurückschrecken. Auch an dieser Stelle kann mehr Professionalisierung zu besseren Ausschreibungen und in der Folge zu wirtschaftlicheren Angeboten führen.
- Ein weiteres Problem bei der Wahl der Zuschlagskriterien, das von Vergabestellen immer wieder zu hören ist, ist die Rechnungsprüfung. Rechnungsprüfern fehle der Zugang zur Wertung der Wirtschaftlichkeit in Vergabeverfahren, wird uns mitgeteilt. Deren Nachfragen an die Vergabestellen, warum nicht das günstigste Angebot gewählt wurde, sorgt für

zusätzlichen Druck auf die Vergabesachbearbeiter und führt dort zu mehr Unsicherheiten bei der Festlegung von Wertungskriterien. Auch die Rechnungsprüfer sollten daher vergaberechtlich geschult werden.

- Aktuell ist es ein sehr großes Problem, dass die Kalkulation angesichts des enormen Preisanstiegs innerhalb kürzester Zeit für Unternehmen ein großes Risiko bedeutet, wenn **Preis- anpassungen und Preisgleitklauseln** seitens der Verwaltung nicht akzeptiert werden. Zudem sind die Preisgleitklauseln ursprünglich für andere Zwecke geschaffen worden und passen daher in der aktuellen Lage (Corona, Ukraine-Krieg, Suezkanalsperre) nicht – häufig ist schon der Basiswert 1 nicht benannt. Positiv ist, dass seitens der zuständigen Bundesministerien Erlasse zu Preisgleitklauseln in der jetzigen Lage veröffentlicht worden sind. Der Umgang mit dem Formblatt zu Preisgleitklauseln und die praktische Handhabung erweisen sich aber als sperrig, kompliziert und sehr aufwendig. Selbstverständlich sehen auch wir das Risiko von Missbrauch und von Preisexplosionen, die die im Haushalt für das jeweilige Projekt eingestellten Mittel bei weitem übersteigen können. Dennoch wären Erleichterungen an dieser Stelle sinnvoll. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Erlasslage kürzer und eindeutiger ausfallen müsste sowie die Handlungsempfehlung zur Anwendung weniger komplex. Eine wissenschaftliche Begleitung, in der empirische Grundlagen erhoben und ausgewertet werden, kann ggf. helfen, die Maßnahmen richtig zu justieren.

2. Besserer und vor allem bieterfreundlicherer Zugang zu Ausschreibungen

Aktuell nutzen Vergabestellen mehrere unterschiedliche Vergabeplattformen. Das hat für Unternehmen, die nach für sie passenden Ausschreibungen suchen, die Folge, dass sie sich bei mehreren Plattformen jeweils registrieren und einloggen müssen, um diese anzuschauen und nach interessanten Ausschreibungen zu recherchieren. Zudem ist jede Plattform unterschiedlich aufgebaut und strukturiert, was die Suche erschwert. Im Zuge der weiteren Digitalisierung sind Bund und Länder bereits dabei, eine zentrale anwenderfreundliche Plattform zu schaffen, über die alle öffentlichen Vergaben zugänglich sein sollen (Bekanntmachungsservice BKMS und EfA-Projekt Zugang zur Vergabe). Wichtig ist, dass mit „Anwenderfreundlichkeit“ nicht nur die Anwendung für die Vergabestellen erleichtert wird, sondern auch auf die bieterfreundliche Gestaltung geachtet wird. Derzeit beschränken sich diese Projekte noch darauf, dass Unternehmen die Ausschreibungen auf dieser zentralen Plattform finden sollen. Geht es aber dann im Prozess weiter, werden die Unternehmen auf die jeweiligen E-Vergabeplattformen weitergeleitet (mit den bisherigen Problemen durch den unterschiedlichen Aufbau). Mittelfristig sollte die zentrale Plattform so weiterentwickelt werden, dass der gesamte Ausschreibungsprozess vom Finden der Ausschreibung über das Herunterladen der Ausschreibungsunterlagen, Bieterfragen, Angebotsabgabe bis hin zur Zuschlagserteilung und Veröffentlichung über den Zuschlag jedenfalls auf Bieterseite hierüber abgewickelt werden kann.

Von Seiten der Plattformbetreiber besteht ein Interesse, dass dieses neue Portal BKMS ein zusätzliches sein soll, das sich zwar aus den jeweiligen Plattformen mit strukturierten Daten speist, aber weiterhin die Möglichkeit offenlässt, dass einerseits die öffentlichen Auftraggeber weiterhin die ihnen vertraute Plattform bespielen und lokal interessierte Bieter auch weiterhin ihre lokale Plattform für Suche und Weiteres nutzen können, wenn sie das wollen. Dieses Nebeneinander ist aber im BKMS ohnehin schon angelegt.

3. Stärkung der Präqualifizierung

Die Präqualifizierung ist schon jetzt eine Möglichkeit, den bürokratischen Aufwand für Unternehmen zu verringern, die sich mehrfach im Jahr an öffentlichen Ausschreibungen beteiligen, weil sie die notwendigen Eignungsnachweise nicht mehr für jede einzelne Ausschreibung vorlegen müssen. Dieses Instrument – insbesondere für Liefer- und Dienstleistungen – ist aber sowohl bei Unternehmen als auch bei öffentlichen Auftraggebern noch zu wenig bekannt. Es wird angeregt, die Präqualifizierung für Liefer- und Dienstleistungen (AVPQ) ausdrücklich im Vergabehandbuch zu benennen. Neben mehr Sensibilisierung auf beiden Seiten könnte es hilfreich sein, weitere Erleichterungen für präqualifizierte Unternehmen zu schaffen oder zumindest die Formulare für öffentliche Ausschreibungen so zu ändern, dass an prominenter Stelle gezeigt wird, dass präqualifizierte Unternehmen keine weiteren Nachweise einreichen müssen. Hier ist insbesondere das Fbl 124 LD des VHB zu nennen.

II. Es sind aber auch gesetzliche Änderungen erforderlich

Das Vergaberecht ist hochkomplex und stellt vor allem KMU vor Probleme. Daher ist es aus Sicht der Unternehmen notwendig, neben den Verbesserungen in der praktischen Anwendung auch die gesetzlichen Vorgaben zu entschlacken und den bürokratischen Aufwand zu reduzieren. Eine für Praktiker – insbesondere für Nicht-Juristen – verständlichere Fassung (Sprache, Formulierungen, weniger Verweisungen) und Zusammenführung verschiedener Regelwerke in einem einzigen Vergabegesetzbuch wäre hilfreich, selbst wenn diese ohne inhaltliche Änderungen einherginge. Allein die Vielzahl der Vorschriften – GWB, UVgO, VgV, z. T. noch VOL/A, VOB/A, einzelne vergaberechtliche Regelungen in anderen Gesetzen (z. B. MiLoG, Sorgfaltspflichtenlieferkettengesetz, LNG-Beschleunigung, KreislaufwirtschaftsG) stellt viele Anwender vor Probleme. Der Konsolidierungsprozess auf nationaler Ebene muss fortgesetzt werden. Die Zusammenführung der verschiedenen Regelungen wäre ein echter Beitrag zu Entbürokratisierung und Transparenz. Ziel sollte ein einheitliches Vergabegesetz für ober- und unterhalb der EU-Schwellenwerte sowie für alle Branchen sein.

1. Keine dauerhafte Anhebung der Wertgrenzen, keine Verkürzung der Fristen zur Angebotsabgabe, kein Verzicht auf Los-Aufteilung, sondern allenfalls krisenbezogen, befristet und mit Augenmaß

Wenn in der politischen Diskussion von gesetzlichen Änderungen zur Vereinfachung des Vergaberechts die Rede ist, wird als erstes – vor allem seitens der öffentlichen Auftraggeber – immer die **Anhebung der Wertgrenzen** genannt. Die Erfahrungen in Krisenzeiten (Finanzkrise 2008/2009, Corona, Hochwasser) zeigen, dass sich dies schnell umsetzen lässt. In Krisenzeiten kann diese Maßnahme auch hilfreich und sinnvoll sein. Allerdings droht die ursprünglich nur befristete Anhebung der Wertgrenzen immer weiter verlängert und letztlich zum neuen Normalzustand zu werden. Dies ist aus Sicht der überwiegenden Zahl der Unternehmen abzulehnen. Es gibt allerdings auch Unternehmen, die hier anderer Meinung sind, insbesondere solche, die bei öffentlichen Auftraggebern schon positiv bekannt sind und häufig den Zuschlag erhalten. In der Gesamtinteressenabwägung sprechen wir uns dennoch aus folgenden Gründen gegen eine Wertgrenzenerhöhung aus. Die Anhebung der Wertgrenzen wirkt so, dass Teile der öffentlichen Beschaffung dem Vergaberecht entzogen und öffentliche Aufträge verstärkt nach dem Motto „bekannt und bewährt“ vergeben

werden. Die Grundsätze des Vergaberechts, nämlich Wettbewerb, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, Transparenz, Korruptionsprävention, werden hierdurch in ihrer Wirkungsweise abgeschwächt. Der Marktzutritt für Start-ups, innovative Unternehmen und KMU wird hierdurch immer schwieriger, wenn nicht gar faktisch unmöglich. Wichtig ist es daher, die krisenbedingte befristete Erhöhung der Wertgrenzen nicht zu verlängern und zum Stand vor Corona zurückzukehren. Allenfalls inflationsbedingte Anpassungen sind aus unserer Sicht vertretbar.

Auch eine **Verkürzung der Fristen** ist nicht zielführend und auch nicht notwendig. Zum einen sind schon jetzt Verkürzungen der Fristen in Notfällen möglich. Zum anderen ist bei jeder Fristverkürzung zu bedenken, dass Unternehmen für eine ordentliche, qualitativ hochwertige Angebotserstellung eine angemessene Zeit benötigen. Je kürzer die Fristen, desto weniger sorgfältig können Angebote kalkuliert werden. Das kann dazu führen, dass bei der tatsächlichen Auftragsdurchführung Nachbesserungen notwendig werden, was weder im Interesse des öffentlichen Auftraggebers noch des Unternehmens ist. Aus diesem Grund wird von einer generellen Verkürzung der Fristen abgeraten.

Ebenso abgelehnt wird die Vereinfachung des Vergaberechts in Form eines **Verzichts auf den Grundsatz der Los-Aufteilung**, also durch eine vorrangige Generalunternehmer-Vergabe statt der Aufteilung in Fach- und Teillöse. Öffentliche Ausschreibungen müssen bereits durch die Wahl der Losgrößen reelle Chancen zur Berücksichtigung bieten und dürfen mittelständische Unternehmen und Start-Ups nicht benachteiligen. Allerdings mag es gerade im Liefer- und Dienstleistungsbereich bei sehr komplexen Beschaffungsgegenständen hilfreich sein, das Dogma der Losvergabe etwas zu lockern. Diese Möglichkeit besteht schon jetzt für technisch Notwendiges und ist z. B. auch im LNG-Beschleunigungsgesetz vorgesehen. Sie sollte aber nur nach sorgfältiger Prüfung, mit entsprechender Begründung und insgesamt mit großer Zurückhaltung genutzt werden.

Daher sind andere Lösungen zu finden, um das Vergaberecht zu vereinfachen. Grundprinzipien für die Vereinfachung müssen sein: Rechtssicherheit, Praktikabilität, Rechtsklarheit und Verständlichkeit – all das führt zu einer besseren Anwenderfreundlichkeit und letztlich auch zur Beschleunigung von Verfahren.

2. Beseitigung der Rechtszersplitterung – ein verständliches Vergabegesetzbuch ist erforderlich, auch unterhalb der Schwellenwerte ist mehr Einheitlichkeit notwendig

Die aufgrund des föderalen Systems bestehende Länderzuständigkeit für das Vergaberecht im Unterschwellenbereich führt zu einer enormen Rechtszersplitterung. Obwohl seit dem Vergabemodernisierungsgesetz und dem Mindestlohngesetz die Landesgesetze weitgehend ihre Berechtigung verloren haben und nach § 129 GWB die meisten Anforderungen der Landesgesetze nur noch die Ausführung der Aufträge betreffen, nicht aber die Eignung der Bieter, gibt es sie dennoch weiterhin. Fast jedes Bundesland hat eigene Vorschriften dazu, welche Kriterien zusätzlich zu Preis und Qualität bei der Beschaffung zu berücksichtigen sind. In einzelnen Bundesländern ist noch nicht einmal die UVgO umgesetzt – zum Teil gilt dort noch die VOL/A mit Haushaltsrecht. Zudem unterscheiden sich die Wertgrenzen, ab denen öffentlich, beschränkt oder überhaupt ausgeschrieben wird. Unternehmen haben hierdurch zunehmend Probleme, sich an öffentlichen Aufträgen zu beteiligen; die Beachtung unterschiedlicher landesgesetzlicher Anforderungen führt zumindest zu einem erheblichen bürokratischen Mehraufwand bei der Angebotserstellung.

Landesvergaberegeln sollten in jedem Fall von länderspezifischen Mindestlohn-Forderungen absehen. Das bundesweit geltende Mindestlohngesetz bietet ausreichenden Schutz für die Beschäftigten. Unterschiedlich hohe Mindestlöhne innerhalb eines Unternehmens, je nachdem, ob der jeweilige Beschäftigte ausschließlich im privaten Sektor oder im Rahmen eines öffentlichen Auftrags in dem einen oder in dem anderen Bundesland eingesetzt wird, führen einerseits zu arbeitsvertraglichen und buchhaltungstechnischen Belastungen auf Arbeitgeberseite – bei der Lohn- und Gehaltsabrechnung muss ein Unternehmen, das bundeslandübergreifend tätig ist, die Arbeiten seiner Beschäftigten auftrags- und ortsbezogen abrechnen und entlohnen. Andererseits führt eine unterschiedliche Entlohnung für dieselben Tätigkeiten auch zu Ungerechtigkeitsempfinden und Unzufriedenheit auf Arbeitnehmerseite und damit zu Unfrieden im Unternehmen. Viele Unternehmen spiegeln uns daher wider, dass der landesspezifische Mindestlohn oberhalb des bundesweiten Mindestlohns von der Beteiligung an der Ausschreibung abschreckt. Die Landesregierungen denken, sie unterstützen die Unternehmen mit einem landesspezifischen Mindestlohn, dem ist aber in der Praxis nicht so. Die gleiche Problematik stellt sich auch im Zusammenhang mit einer Tariftreuregelung für Vergaben des Bundes, deren Einführung abgelehnt wird.

Klare, nachvollziehbare und unter den Bundesländern abgestimmte Regeln und Verfahren helfen den Unternehmen und den öffentlichen Auftraggebern. Die Regelungen für den Unterschwellenbereich bieten Gelegenheit für ein einheitliches Vorgehen. Darüber hinaus sollten einheitliche Wertgrenzen geschaffen und eingehalten werden. Vergabespezifische Mindestlöhne auf Landesebene sind abzuschaffen. Verpflichtende soziale und Umweltkriterien sind aus den landesgesetzlichen Regelungen zu streichen.

Zudem sollten die unterschiedlichen Regelwerke für Liefer- und Dienstleistungen (UVgO bzw. VOL/A) auf der einen und Bau (VOB/A) auf der anderen Seite zusammengeführt werden, auch wenn bereits mehrere Versuche hierzu gescheitert sind. Die zwischen diesen Regelwerken bestehenden Unterschiede sind nicht nachvollziehbar und bedürfen einer Angleichung. Dies betrifft u. a.:

- Vergabegrundsätze: in § 2 VOB/A fehlt die Verhältnismäßigkeit, in § 97 GWB fehlt die Eigenschaft
- ggf. Öffnungsprotokolle an Bieter (VOL/A)
- Nachfordern von Unterlagen (Ermessen vs. Pflicht)
- Nebenangebote (nach VOB/A zulässig, nach UVgO ausdrückliche Zulassung erforderlich); auch bzgl. mehrerer Hauptangebote ist eine entsprechende Angleichung notwendig.
- Prüfung rechnerische Richtigkeit (vom Einzelpreis zum Gesamtpreis)
- Aufzählung Aufhebungsgründe (unwirtschaftliches Angebot fehlt bei VOB/A)

Ggf. kann es eine Zwischenlösung sein, diese Angleichung zunächst bei Fortbestand der beiden Regelwerke vorzunehmen, damit zumindest ein rechtlicher Gleichlauf besteht und nicht je nach Gewerk unterschiedliche Folgen eintreten. Es reicht jedenfalls nicht, mit Analogien faktisch zu einem Gleichlauf zu gelangen; eine ausdrückliche Regelung schafft mehr Rechtssicherheit und ist anwenderfreundlicher sowohl für öffentliche Auftraggeber als auch für die Unternehmen. Denn es gibt nicht wenige Bieter, die ihre Leistungen sowohl im VOB- als auch im Liefer- und Dienstleistungsbereich anbieten.

Insgesamt hilfreich wäre es, wenn in den jeweiligen Gesetzen weniger mit Verweisungen gearbeitet wird. Auch wenn gesetzgebungstechnisch Verweisungen auf andere Paragraphen statt inhaltlicher Wiederholung richtig und häufig notwendig sind, sollten die zahlreichen Verweisungen

insbesondere die UVgO im Sinne der Anwenderfreundlichkeit auf den Prüfstand gestellt werden. Eine bessere Lesbarkeit durch weniger Verweisungen würde das Verständnis und die Akzeptanz der Nutzer – sowohl auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber als auch bei den Unternehmen – erhöhen.

3. Verringerung des bürokratischen Aufwands, Digitalisierung nutzen

Grundsätzlich sollten nur Nachweise gefordert werden, die für die Ausschreibung und insbesondere für den Eignungsnachweis notwendig sind und die der öffentliche Auftraggeber auch prüft. Z. B. bei Bilanzen ist letzteres erfahrungsgemäß häufig nicht der Fall – dann sollte auf die Vorlage verzichtet werden. Je aufwendiger es für ein Unternehmen ist, bestimmte Unterlagen beizubringen, desto wichtiger ist die Prüfung, ob diese Unterlagen wirklich benötigt werden. Auch Unterlagen, die bereits im Rahmen einer Präqualifizierung beigebracht wurden, sollten nicht zusätzlich nochmals für die konkrete Ausschreibung angefordert werden – laut § 48 Abs. 8 VgV und § 35 Abs. 6 UVgO gilt hier die Eignungsvermutung, der öffentliche Auftraggeber muss diese Unterlagen nicht selbst nochmals prüfen.

Bisher ist es bei Nachweisen zudem oft notwendig, Originaldokumente vorzulegen oder in Schriftform Papierunterlagen zu versenden – das legt die einzelne Vergabestelle fest und einige überziehen möglicherweise die Anforderungen. Die Möglichkeiten der Digitalisierung in Form der E-Vergabe sollten weitestmöglich genutzt werden, ein Medienbruch ist zu vermeiden. Nicht nur das Ausschreibungsverfahren, sondern auch die Vertragsabwicklung – hier ist insbesondere die E-Rechnung zu nennen – sollte digital ermöglicht und noch vereinfacht werden. Im Rahmen der OZG- und Registermodernisierungsüberlegungen sollte darauf hingewirkt werden, dass Nachweise von den öffentlichen Auftraggebern bei Bedarf selbst abgerufen werden (z. B. Handelsregisterauszug, Gewerbeanmeldung, ggf. Sozialversicherungsnachweise). Die Abfrage beim Wettbewerbsregister ist ohnehin seit Kurzem durch den öffentlichen Auftraggeber selbst durchzuführen, zumindest ab bestimmten Auftragswerten. Bei allen weiteren Nachweisen und Dokumenten sollte überlegt werden, ob sie für das Ausschreibungsverfahren notwendig sind. Es würde Unternehmen die Beteiligung an der Ausschreibung jedenfalls erleichtern, wenn für das Angebot zunächst Eigenerklärungen als ausreichend angesehen werden und nur von demjenigen Unternehmen, das den Zuschlag erhält, bei Bedarf oder bei Zweifeln die entsprechenden Einzeldokumente angefordert werden.

4. “Strategische” Beschaffung mit Augenmaß – Bezug zum Auftragsgegenstand beibehalten

Mit Beschaffungen will die öffentliche Hand laut Koalitionsvertrag Innovationen und Nachhaltigkeitsaspekte als strategische Ziele umsetzen. Auch die Wirtschaft teilt die Ziele der Nachhaltigkeit, des Klimaschutzes, der Innovation und der Einhaltung der Menschenrechte. Allerdings gilt: Die Berücksichtigung von sozialen, Umwelt- und Nachhaltigkeitsaspekten ist bereits jetzt auf Basis des bisherigen Rechts möglich, soweit ein Bezug zum Auftragsgegenstand besteht. Dieser Konnex sollte beibehalten werden.

Diesen Konnex im Interesse zusätzlicher vergaberechtlicher Auflagen in Bezug auf soziale, ökologische und Menschenrechts-Aspekte aufzugeben, erscheint nicht begründet. Denn auch wenn die Ziele im Kern unstrittig sind, ist deren Bedeutung in der Praxis und die Ausgestaltung im Einzelfall vielfach unklar. Das Vergaberecht sollte aber nicht durch verpflichtende Anforderungen politischer Art belastet werden, die zudem häufigen und regelmäßigen Wandlungen unterworfen sind. Bei

einer Ausweitung besteht die Gefahr, dass Unternehmen immer stärker mit Anforderungen belastet werden, die mit dem eigentlichen Auftragsgegenstand nichts zu tun haben und nicht mehr rechtlich oder wettbewerblich begründet, sondern eher tagesaktuell politisch determiniert sind.

Strategische Aspekte sind daher nach ganz überwiegender Unternehmensmeinung nur dann mit Wirtschaftlichkeit und Wettbewerb vereinbar, wenn sie auftragsbezogen sind und wenn sie vom öffentlichen Auftraggeber auch kontrolliert werden können. Richtig ist insofern, dass bei öffentlichen Beschaffungen die Wirtschaftlichkeit insgesamt (z. B. Lebenszykluskosten) maßgeblich sein sollten und nicht allein der (Anschaffungs-)Preis. Theoretisch ist das schon jetzt möglich, wird aber in der Praxis häufig anders gehandhabt.

Hinzu kommt, dass nach dem „Think small first“-Prinzip der EU strategische Ziele nicht dazu führen dürfen, gerade KMU praktisch von vielen Vergabeverfahren auszuschließen. Auch Vergabestellen können – ebenso wie die Unternehmen meist selbst – die Einhaltung umfassender Bedingungen an den Produktionsprozess und an die gesamte Zulieferkette bei globalen Wertschöpfungsketten nicht allumfassend kontrollieren. Etwas, das nicht kontrollierbar ist, sollte in Ausschreibungen erst gar nicht gefordert werden.

Insgesamt führt die Aufnahme vergabefremder, strategischer oder politischer Aspekte in das Vergaberecht zu einer weiteren Erschwerung des Vergaberechts für die Verwender. Die Ziele des Vergaberechts sind transparenter, fairer und größtmöglicher Wettbewerb sowie wirtschaftliche Beschaffung durch die öffentliche Hand. Umweltschutz und Ökologie können interne Ziele der Beschaffung sein, als Bestandteil des Vergaberechts selbst erscheinen sie ungeeignet.

Insoweit ist auch davon abzuraten, das Vergaberecht immer stärker als Sanktionsinstrument zu benutzen: Der Ausschluss von der Vergabe, wie zuletzt in § 22 Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz (LkSG) vorgesehen, erscheint unabhängig von der Positionierung zum LkSG selbst als eher kontraproduktiv: Denn die durch vielfache unbestimmte Rechtsbegriffe mit dem LkSG einhergehende Rechtsunsicherheit führt bereits als solche zu Verlagerung von Aktivitäten aus Risikogebieten und wird durch die vergaberechtliche Sanktionierung nur noch verstärkt. Die Sanktionierung von Unternehmen für Fehlverhalten sollte als eigenständiges Thema gesehen und beurteilt werden, das Vergaberecht ist hierfür ungeeignet.

5. Stärkung des Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich

Der Rechtsschutz im Unterschwellenbereich ist in den Bundesländern sehr unterschiedlich geregelt. Zum Teil gibt es überhaupt keinen Rechtsschutz für unterlegene Bieter. Vermehrt gibt es immerhin aber inzwischen Bekanntmachungspflichten vor Zuschlag, allerdings in der Regel ohne Sanktionierung. Zwar mag mehr Rechtsschutz auf den ersten Blick nicht der Vereinfachung des Vergaberechts dienen, aber er dient jedenfalls dazu, das Vertrauen in das Vergaberecht zu stärken und Unternehmen dazu zu veranlassen, sich an öffentlichen Ausschreibungen zu beteiligen. Nicht zu unterschätzen ist, dass der Rechtsschutz auch den Öffentlichen Auftraggebern direkt hilft: Mit der grundsätzlichen Überprüfbarkeit werden die Vergabeunterlagen besser/gründlicher vorbereitet; damit erhält man selbst bessere Verträge und Leistungen. Auch hierbei spielen einheitliche Regelungen eine wichtige Rolle. Regelungen zum Unterschwellen-Rechtsschutz, die sich in einzelnen Bundesländern bereits bewährt haben, mögen als Grundlage für eine einheitliche Länder- und Bundesregelung dienen. Zu prüfen ist insbesondere eine sanktionierte Informationspflicht vor Zuschlagserteilung, um Rechtsschutz zu ermöglichen, zumindest ab bestimmten Schwellenwerten. Es

ist zu erwägen, ob der Rechtsschutz einen automatischen Suspensiveffekt und eine Stillhaltefrist enthalten sollte.

6. Weitere Detail-Vorschläge zu einzelnen Regelungen

Folgende Vorschläge zu einzelnen Regelungen haben uns aus den praktischen Erfahrungen der Auftragsberatungsstellen erreicht; dabei geht es vor allem um die Richtigstellung von Fehlern bzw. das Schließen von Lücken:

- Insbesondere im Zusammenhang mit Nebenangeboten und mehreren Hauptangeboten brauchen wir mehr Regelklarheit. Das fängt bei der Definition von Nebenangeboten an und geht bis hin zum Ausschluss von Nebenangeboten, sofern der Preis allein maßgeblich ist (BGH, Beschluss vom 07.01.2014 - X ZB 15/13). Im Bau sind „Nebenangebote“ üblich, obwohl es sich rechtlich häufig sogar um mehrere Hauptangebote handeln dürfte. Eine Definition für „Nebenangebot“ könnte entsprechend der Rechtsprechung (Nebenangebot = abweichender Bieteranschlag - OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.03.2011, VII-Verg 52/10) lauten: „Nebenangebote offerieren die Leistung anders als in der Leistungsbeschreibung nachgefragt. Ein Nebenangebot liegt nur vor, wenn der Gegenstand des Angebots ein von der geforderten Leistung abweichender Bieteranschlag ist.“ Vor allem mit Blick auf Innovationsförderung und Nachhaltigkeit ist es aus unserer Sicht sinnvoll, sowohl mehrere Hauptangebote als auch Nebenangebote zuzulassen. Jede Beschränkung, z. B. nur eine bestimmte Zahl von Hauptangeboten, ist eine Wettbewerbsverkürzung. Daher sollte auf eine mögliche Beschränkung mehrerer Hauptangebote verzichtet werden (VOB/A). Zum Teil wird sogar die Einführung einer Begründungspflicht seitens der Verwaltung vorgeschlagen, wenn Nebenangebote nicht zugelassen werden und es sich nicht um Standardbeschaffungen mit Blick auf den Preis handelt. Schon ohne Gesetzesänderung wäre es jedenfalls wichtig, dass die Leistungsbeschreibungen an dieser Stelle klar und eindeutig sind.
- Abgrenzung Rahmenvertrag und Rahmenvereinbarung: Im allgemeinen Sprachgebrauch werden diese beiden Begriffe synonym verwendet, im Vergaberecht haben sie aber eine unterschiedliche Bedeutung, was allerdings umstritten ist. Das eine ist ein klarer Vertrag mit klarer Leistungsbeziehung, bei der lediglich der Abrufzeitpunkt ungewiss ist (z. B. Winterdienst), das andere regelt einen vertraglichen Rahmen, der bei dem Leistungsabruf konkreter Leistungen ggf. auch noch preisliche Änderungen ermöglicht (z. B. Messestandbau mit Pool aus sechs Messebaubetrieben, die dann bei konkreter Messe Preisangebote für bestimmte Standgrößen unterbreiten). Hier wäre eine klare Regelung durch eindeutige Definitionen sinnvoll.
- Die Nachforderungsmöglichkeiten und Aufklärungspflichten sollten großzügiger interpretiert und an die VOB/A-Regelung angeglichen werden. Laut VOB/A „muss“ nachgefordert werden, nach UVgO „kann“ nachgefordert werden. Es würde generell helfen, wenn alle Nachforderungen von fehlenden, unvollständigen und fehlerhaften Unterlagen möglich wären, solange die Bieterreihenfolge nicht beeinflusst wird.
- Ein Ausschluss von Bietern ausschließlich aufgrund formaler Fehler sollte möglichst vermieden werden. Korrekturen und Heilungsmöglichkeiten sollten grundsätzlich ermöglicht werden, soweit der Zweck des Vergaberechts hierdurch nicht unterlaufen wird.

- Einführung des Begriffs „Ausschreibungsreife“. Ausschreibungsreife setzt eine entsprechende Finanzierung voraus. Eigentlich sollte es selbstverständlich sein, dass eine Ausschreibung erst veröffentlicht wird, wenn die Finanzierung für die Beschaffung gesichert ist. In der Praxis stellt sich aber häufig heraus, dass dies nicht der Fall ist, was wohl auch mit zeitlichen Problemen gerade bei öffentlich geförderten Projekten zusammenhängt. Letztlich führt eine noch nicht sichere Finanzierung zu unnötigem Aufwand für Unternehmen, die Angebote kalkulieren, ohne dass es am Ende zu einem Zuschlag kommen kann. Hier sollte auf mehr Gleichlauf zwischen Zuwendungsrecht und Vergaberecht geachtet werden.
- Zu prüfen ist, ob ein gewisses Maß an Nachverhandlung schon während des Ausschreibungsverfahrens ermöglicht werden soll, sofern der Gleichbehandlungsgrundsatz eingehalten wird. Es erscheint als Wertungswiderspruch, dass dies erst nach Zuschlagserteilung bis zu 10 % zulässig sein soll, nicht aber davor. Allerdings ist uns bewusst, dass es hier zu Transparenz- und Überprüfbarkeitsproblemen kommen kann.

III. Beschreibung DIHK

Wer wir sind:

Unter dem Dach der Deutschen Industrie- und Handelskammer (DIHK) haben sich die 79 Industrie- und Handelskammern (IHKs) zusammengeschlossen. Unser gemeinsames Ziel: Beste Bedingungen für erfolgreiches Wirtschaften.

Auf Bundes- und Europaebene setzt sich die DIHK für die Interessen der gesamten gewerblichen Wirtschaft gegenüber Politik, Verwaltung und Öffentlichkeit ein.

Denn mehrere Millionen Unternehmen aus Handel, Industrie und Dienstleistung sind gesetzliche Mitglieder einer IHK - vom Kiosk-Besitzer bis zum Dax-Konzern. So sind DIHK und IHKs eine Plattform für die vielfältigen Belange der Unternehmen. Diese bündeln wir in einem verfassten Verfahren auf gesetzlicher Grundlage zu gemeinsamen Positionen der Wirtschaft und tragen so zum wirtschaftspolitischen Meinungsbildungsprozess bei.

IV. Ansprechpartner mit Kontaktdaten

Hildegard Reppelmund
Rechtsanwältin (Syndikusrechtsanwältin)

Bereich Recht
Referatsleiterin Wettbewerbsrecht, Kartellrecht, Vergaberecht, Wirtschaftsstrafrecht
DIHK | Deutsche Industrie- und Handelskammer
Breite Straße 29 | 10178 Berlin

Tel +49 30 20308-2702
E-Mail reppelmund.hildegard@dihk.de