



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch
den Ausschuss Vergaberecht

zum Referentenentwurf vom 30.04.2015 zum Entwurf
eines Gesetzes zur Modernisierung des
Vergaberechts (Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien
2014) - Vergaberechtsmodernisierungsgesetz
(VergModG)

Stellungnahme Nr.: 26/2015

Berlin, im Mai 2015

Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting, Frankfurt/Main
(Vorsitzender)
- Rechtsanwältin Gritt Diercks-Oppler, Hamburg
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Marius Raabe, Kiel
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Stickler, Leipzig
- Rechtsanwalt Bernhard Stolz, München
- Rechtsanwältin Dr. Andrea Vetter, Stuttgart

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Bettina Bachmann, DAV-Berlin

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Registernummer: 87980341522-66

Verteiler

- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit
- Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages
- Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA)
- CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag
- Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- Deutscher Verdichtungsausschuss für Leistungen (DVAL)
- Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V.
- Bundesverband der Freien Berufe
- Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.
- Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V.
- Deutsche Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e.V.
- Deutscher Baugerichtstag e.V.
- Deutscher Städte- und Gemeindebund e.V.
- Deutscher Landkreistag
- Deutscher Städtetag
- Bund Deutscher Baumeister, Architekten und Ingenieure e.V.
- Institut für Baurecht Freiburg im Breisgau e.V.
- Forum Vergabe e.V.
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Wirtschaftsprüferkammer
- Deutscher Richterbund e.V.
- Neue Richtervereinigung (NRV)
- Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen (BDVR)
- DAV-Vorstand und Geschäftsführung
- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
- Vergaberecht – Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
- VPR – Vergabepaxis- & -recht
- NZBau - Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht
- IBR Immobilien- und Baurecht
- Redaktion NVwZ
- Redaktion NJW

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I. Zur Umsetzung der Richtlinien (Kapitel 1 des Entwurfs)

1. Verhältnis des offenen Verfahrens zum nichtoffenen Verfahren (Art. 26 Abs. 2 RI. 2014/24/EU; § 119 Abs. 2 S.1 GWB-E)

Nach Art. 26 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU schreiben die Mitgliedstaaten vor, dass die öffentlichen Auftraggeber offene oder nichtoffene Verfahren nach Maßgabe dieser Richtlinie anwenden können. Wie bereits bisher (Art. 28 UAbs. 2 S. 1 Richtlinie 2004/18/EG), sind das offene und das nichtoffene Verfahren damit nach dem europäischen Recht gleichwertig. Das nichtoffene Verfahren ist als Alternative zum offenen Verfahren stets, ohne besondere Voraussetzungen, zulässig.

Abweichend davon regelt das geltende nationale Recht in § 101 Abs. 7 GWB einen Vorrang der Anwendung des offenen Verfahrens. Danach haben öffentliche Auftraggeber das offene Verfahren stets anzuwenden, es sei denn, aufgrund des GWB ist etwas anderes gestattet.

Der DAV begrüßt es, dass nach § 119 Abs. 2 S. 1 des nunmehr vorliegenden Referentenentwurfes zur Modernisierung des Vergaberechts (im Folgenden: GWB-E) an dem deutschen Sonderweg nicht festgehalten wird. Danach stehen den öffentlichen Auftraggebern künftig das offene und das nichtoffene Verfahren nach ihrer Wahl zur Verfügung. Beide Verfahrensarten sind gleichrangig zulässig.

Mit der Wahlfreiheit der öffentlichen Auftraggeber zwischen dem offenen Verfahren und dem nichtoffenen Verfahren sind keine Nachteile für den Wettbewerb und die Wirtschaftlichkeit der Ergebnisse des Vergabeverfahrens verbunden. Das nichtoffene Verfahren ist – wie das offene Verfahren – ein förmliches Vergabeverfahren.

Es setzt sich aus den Elementen des vorgeschalteten öffentlichen Teilnahmewettbewerbs und der nachfolgenden beschränkten Ausschreibung zusammen. Der vorgeschaltete Teilnahmewettbewerb dient dazu, die Eignungsvoraussetzungen bei den Bewerbern zu ermitteln und entsprechende Nachweise von ihnen zu verlangen. Die Vergabeunterlagen für die nachfolgende Ausschreibung werden nur an die im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs als geeignet ausgewählten Bieter abgegeben. Für diese zweite Stufe des nichtoffenen Vergabeverfahrens gelten die gleichen Regeln wie für das offene Verfahren, insbesondere sind die Grundsätze der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung, der Geheimhaltung der Angebote und das Nachverhandlungsverbot einzuhalten.

Auch wenn im nichtoffenen Vergabeverfahren nur die im Teilnahmewettbewerb als geeignet ausgewählten Bieter in beschränkter Zahl zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, liegt hierin keine relevante Beschränkung des Wettbewerbs. Die Beschränkung der Zahl der Bieter, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, liegt regelmäßig gleichermaßen im Interesse des öffentlichen Auftraggebers wie im Interesse des Bieters. Für die öffentlichen Auftraggeber verringert sich der Aufwand bei der Auswertung der Angebote. Für die Bieter erhöhen sich die Erfolgchancen, wenn aufgrund des vorangegangenen Teilnahmewettbewerbs nur eine überschaubare Anzahl von Angeboten eingereicht werden kann. Das nichtoffene Verfahren bietet sich deshalb insbesondere in den Fällen an, in denen mit der Ausarbeitung der Angebote und entsprechend auch mit der Auswertung der Angebote aufgrund der Komplexität der Vergabeverfahren ein erhöhter Aufwand verbunden ist. In diesen Fällen muss es dem öffentlichen Auftraggeber – wie in Art. 26 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU und nunmehr auch in § 119 Abs. 2 S. 1 GWB-E vorgesehen - möglich sein, in seinem Interesse und im Interesse der beteiligten Bieter das nichtoffene Verfahren zu wählen, ohne dem rechtlichen Risiko ausgesetzt zu sein, die bisher in den Vergabeordnungen geregelten Zulässigkeitsvoraussetzungen des nichtoffenen Verfahrens zutreffend eingeschätzt zu haben und darlegen zu können. Die Auswahl der Bieter hat im Teilnahmewettbewerb nach objektiven Kriterien zu erfolgen. Sie ist im Vergabenachprüfungsverfahren überprüfbar. Mit der Absichtung der

Eignungsprüfung und der Beschränkung der Zahl der Bieter, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, ist deshalb keine relevante Beeinträchtigung des Wettbewerbs verknüpft. Selbst wenn man in der Beschränkung der Zahl der Bieter, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs sehen wollte, wird diese Beschränkung des Wettbewerbs durch übersichtlichere Vergabeverfahren und höhere Erfolgsaussichten derjenigen Bieter, die ein Angebot abgeben, bei Weitem kompensiert.

2. Eignungskriterien (§ 122 GWB-E)

Der DAV begrüßt, dass der Referentenentwurf bei der Definition der Eignungskriterien die Systematik des Richtlinienrechts aufnimmt und diese von den Ausschlussgründen unterscheidet. Nach Art. 58 RI. 2014/24/EU können Eignungskriterien sich auf die Befähigung zur Berufsausübung sowie auf die wirtschaftliche und finanzielle und die technische und berufliche Leistungsfähigkeit beziehen. Davon unterscheidet das Richtlinienrecht bestimmte zwingende und weitere fakultative Ausschlussgründe. Die im geltenden § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB formulierten Anforderungen an die Bieter weichen von dieser Terminologie und Systematik ab.

Der DAV hält es für geboten, europarechtlich enumerativ benannte Ausschlussgründe im Einklang mit den Richtlinien zu bestimmen. Für einen unbestimmten Auffangtatbestand, der den Ausschluss an sich leistungsfähiger, aber aus Sicht des Auftraggebers nicht vollständig „zuverlässiger“ Bieter erlaubte, besteht europarechtlich kein Spielraum. Es besteht dafür auch kein praktisches Bedürfnis. Der Begründung des Referentenentwurfs ist insoweit zuzustimmen, als durch die detaillierten Vorgaben in §§ 123, 124 und 125 GWB-E sichergestellt wird, dass Aufträge an zuverlässige und gesetzestreue Bieter vergeben werden.

Dem Rechtsanwender wird mit der Angleichung an die europarechtliche Terminologie zudem nicht zuletzt die Bearbeitung der EU-Bekanntmachungsformulare erleichtert, die mit den herkömmlichen deutschen Begriffen

(Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit, Gesetzestreue) nicht vollständig harmonisierten.

3. Zuschlagskriterien (§ 127 GWB-E)

Art. 67 Abs. 2, letzter UAbs. RI. 2014/24/EU eröffnet den Mitgliedstaaten einen Entscheidungsspielraum zur Bestimmung der Anforderungen an das wirtschaftlichste Angebot. Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass die öffentlichen Auftraggeber nicht den Preis oder die Kosten allein als Zuschlagskriterium verwenden dürfen oder sie können deren Verwendung auf bestimmte Kategorien von öffentlichen Auftraggebern oder bestimmte Arten von Aufträgen beschränken. Treffen die Mitgliedstaaten eine solche Vorgabe nicht, ist das wirtschaftlichste Angebot nach freier Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers nach Maßgabe der Kriterien zu bestimmen, die ihm Art. 67 Abs. 2 RI. 2014/24/EU anbietet.

Der Referentenentwurf definiert das wirtschaftlichste Angebot in § 127 Abs. 1 Satz 3 GWB-E nun jedoch als das Angebot mit „dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis“. Nach der Gesetzesbegründung soll es gleichwohl weiterhin zulässig sein, den Zuschlag allein auf das preislich günstigste Angebot zu erteilen. Der DAV begrüßt dieses Ziel, hat jedoch Zweifel, ob es im Wortlaut des Entwurfs hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt. In vielen Fällen wird auch weiterhin der Zuschlag allein auf Grundlage des günstigsten Preises erteilt werden müssen. Bei eindeutiger und erschöpfender Beschreibung der Leistung in einem detaillierten Leistungsverzeichnis sind kaum qualitative Kriterien denkbar, die über den Preis hinaus verwendet werden könnten. Im Wortlaut des Entwurfstextes kommt die Möglichkeit, weiterhin allein den Preis als Zuschlagskriterium zu verwenden, indessen nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck. Bei einem Vergleich mit der Systematik der Richtlinie besteht die Sorge, dass die Bezugnahme auf das beste Preis-Leistungs-Verhältnis als Absage an eine reine Preiswertung verstanden werden könnte. Denn nach Art. 67 Abs. 2 RI. 2014/24/EU erfolgt die Bewertung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes auf der Grundlage des Preises oder der Kosten und „kann“ das beste Preis-Leistungs-Verhältnis beinhalten. Das „beste Preis-Leistungs-Verhältnis“ wird nach der Richtlinie ermittelt „auf der Grundlage von

Kriterien – unter Einbeziehung qualitativer, umweltbezogener und/oder sozialer Aspekte“, setzt also zwingend nichtpreisliche Kriterien voraus. Angesichts dieser europarechtlichen Definition des Preis-Leistungsverhältnisses ist zu befürchten, dass das „können“ in § 127 Abs. 1 Satz 4 GWB-E europarechtskonform im Sinne einer Wahlfreiheit zwischen den dort genannten Kriterien ausgelegt wird, eine Entscheidung auf der Grundlage des Preises allein aber nicht mehr zulässt.

Nach der Richtlinie ist das „beste Preis-Leistungs-Verhältnis“ offenbar nicht die einzige Möglichkeit zur Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebots – die Bestimmung „kann“ das beste Preis-Leistungs-Verhältnis enthalten, kann aber auch auf der Grundlage des Preises oder der Kosten erfolgen. Der deutsche Gesetzgeber schreibt diese Option nun aber verpflichtend vor, indem er sie mit dem wirtschaftlichsten Angebot gleichsetzt.

Der DAV empfiehlt, den öffentlichen Auftraggebern auch weiterhin Freiraum bei der Bestimmung der Zuschlagskriterien zu belassen. Die Vorgabe, dass der Preis allein nicht Zuschlagskriterium sein darf, würde dazu führen, Alibi-Kriterien zu entwickeln, die zur formalen Erfüllung der Anforderung an die Berücksichtigung der Qualität in der Bewertungsmatrix aufgenommen werden. Es sollte den öffentlichen Auftraggebern überlassen bleiben, inwieweit sie qualitative Aspekte auf der Ebene der Leistungsbeschreibung betonen wollen, um ein verbindliches, möglichst hohes Niveau zur Erfüllung von Nachhaltigkeits-, Umwelt- und sozialen Anforderungen vorzugeben, oder ob sie solche Parameter im Rahmen eines qualitativen Wertungskriteriums in den Wettbewerb stellen wollen. Beide Wege sind vergaberechtlich denkbar. Nicht immer ist ein Qualitätswettbewerb das geeignete Mittel, um Nachhaltigkeit und Innovation zu fördern, da in Kombination mit dem Preis bei einer solchen Bewertungsmatrix auch sich gerade das niedrig qualifizierte Angebot durchsetzen kann.

Abzuraten ist auch davon, die Verwendung des Preises für bestimmte Arten von Aufträgen oder bestimmte Kategorien von öffentlichen Auftraggebern auszuschließen. Dort, wo es in der Sache geboten ist, qualitative Kriterien bei der Bewertung zu berücksichtigen, werden die öffentlichen Auftraggeber dies aus der Natur der Sache heraus tun, ohne dass es einer gesetzlichen Einschränkung bedarf.

Nach § 127 Abs. 2 GWB-E sollen verbindliche „Vorschriften“ zur Preisgestaltung bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots berücksichtigt werden. Diese Vorgabe ist, wenn sie deklaratorisch auf ohnehin verbindliche Vorschriften lediglich verweist, überflüssig und daher entbehrlich. Sollte intendiert sein, den Anwendungsbereich an sich nicht allgemeinverbindlicher „Vorschriften“ in Vergabeverfahren auszudehnen, lehnt der DAV dies ab. Der Wortlaut des § 127 Abs. 2 GWB-E ließe auch ein solch konstitutives Verständnis zu, da „Vorschriften“ nicht nur allgemeine Gesetze sein können, sondern auch (für den Auftraggeber verbindliche) Erlasse oder andere verwaltungsinterne Normen. Damit würde aber ohne spezifische gesetzliche Grundlage verbindliches Preisrecht mit Wirkung allein im öffentlichen Auftragswesen geschaffen. Daher müsste, wird der Absatz nicht gestrichen, das Wort „Vorschriften“ durch „allgemeinverbindliche“ ergänzt werden.

4. Wettbewerbe (§ 103 Abs. 6 GWB-E)

Der Entwurf unterscheidet zwischen Verfahren zur Vergabe von Konzessionen und öffentlichen Aufträgen, wovon auch Rahmenvereinbarungen erfasst sind, und Wettbewerben (§ 103 GWB-E). Zu Recht wird in der Begründung zu § 103 Abs. 1 darauf hingewiesen, dass Wettbewerbe nicht dem öffentlichen Auftragsbegriff unterfallen.

Es erscheint daher nötig klarzustellen, dass auch bei Wettbewerben die Grundsätze der Transparenz, Verhältnismäßigkeit und Gleichbehandlung gelten (§ 97 Abs. 1 und 2 GWB-E). Ferner müsste die Verordnungsermächtigung in § 113 GWB-E auch die Ermächtigung zur näheren Regelung von Wettbewerben enthalten. Diese beschränkt sich bisher auf „nähere Bestimmungen zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen“.

5. E-Vergabe (§ 97 Abs. 5 GWB-E)

In § 97 Abs. 5 GWB-E ist vorgesehen, dass der öffentliche Auftraggeber in einem Vergabeverfahren für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten „grundsätzlich“ elektronische Mittel einsetzt. Sollten damit vor Ablauf der verlängerten Umsetzungsfrist bereits wesentliche Teile der Vorgaben der Richtlinien zur Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel

umgesetzt werden sollen, hält dies der DAV für verfrüht. Die Formulierung „grundsätzlich“ lässt zudem offen, welche Ausnahmen anzuerkennen sind. Der DAV empfiehlt aus diesem Grund, diese Regelung zu streichen.

II. Rechtsschutz

1. Unverzüglichkeit (§ 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB-E)

Der DAV begrüßt, dass die Rechtsprechung des EuGH in der Sache „Uniplex“ zum Anlass genommen wird, die bisherige Regelung zur Rügeobliegenheit zu überarbeiten. Der EuGH hat zum Tatbestandsmerkmal der „Unverzüglichkeit“ entschieden, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, Fristenregelungen zu schaffen, die hinreichend genau, klar und vorhersehbar sind, damit der Einzelne seine Rechte und Pflichten kennen kann. Eine Ausschlussfrist, deren Dauer in das freie Ermessen des zuständigen Richters gestellt ist, ist in ihrer Dauer nicht vorhersehbar und nach dem EuGH deshalb nicht europarechtskonform.

Unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung ist es – wie in § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB-E vorgesehen – richtig, das Tatbestandsmerkmal der Unverzüglichkeit zu streichen. Es wird jedoch empfohlen, das Tatbestandsmerkmal der Unverzüglichkeit nicht – wie derzeit vorgesehen – ersatzlos zu streichen, sondern durch eine feste Frist von z. B. 7 Kalendertagen zu ersetzen. Der gänzliche Verzicht auf eine Rügefrist in § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB-E wird kritisch gesehen. Die Norm kommt zwar überwiegend, aber nicht nur nach der Bieterinformation nach § 101a GWB [§ 134 GWB-E] zur Anwendung. Der Anwendungsbereich erfasst auch Fälle, in denen für den Auftraggeber zu einem früheren Zeitpunkt Klarheit über etwaige Einwände bestehen muss, um hierauf noch rechtzeitig reagieren zu können. Andernfalls könnte zum Beispiel in einem Verhandlungsverfahren nach Abgabe der ersten Angebote begangene Vergabeverstöße bis zum Abschluss des Verfahrens „bevorratet“ werden. Aber auch nach einer Bieterinformation nach § 101a GWB [§ 134 GWB-E] sollte dem Auftraggeber Gelegenheit gegeben werden, seine Entscheidung selbst noch einmal zu überprüfen und ggf. zu korrigieren bzw. zumindest die Frist für die Zuschlagserteilung zu verlängern.

2. Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (§ 128 GWB; § 182 GWB-E)

Der DAV begrüßt die vorgesehenen Änderungen in § 182 des Entwurfs. Dringend erforderlich ist jedoch eine weitere Änderung. So sollte die Reform unbedingt dazu genutzt werden, die Vergabekammern entsprechend § 80 Abs. 3 VwVfG wieder zu verpflichten, zu erstattende Kosten festzusetzen, statt den Anspruchsberechtigten auf den Zivilrechtsweg zu verweisen (vgl. den Hinweis des OLG Dresden Beschluss vom 18.06.2014 – Verg 8/11). Die mit der Abschaffung des Kostenfestsetzungsverfahrens verbundene Entlastung der Vergabekammern bedingt für alle anderen Beteiligten aufwändige streitige Auseinandersetzungen über die Höhe der Kostenerstattung und führt in der Folge zu einer zusätzlichen Belastung der Zivilgerichte, die sich als „sachfremde“ Spruchkörper regelmäßig nicht in der Lage sehen, den Schwierigkeitsgrad und den Aufwand der anwaltlichen Tätigkeit in dem konkreten Nachprüfungsverfahren, der für die Bemessung der Gebührenhöhe maßgeblich ist, zu beurteilen. Diese Beurteilung kann nur die für die Sachentscheidung zuständige Vergabekammer sinnvoll vornehmen.