
Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Zum Thema: **Novellierung des Vergaberechts**

I. Vorbemerkung

Der Deutsche Industrie- und Handelskammertag (DIHK) nimmt den Beschluss der Bundesregierung vom 28.6.2006 „über Schwerpunkte zur Vereinfachung des Vergaberechts im bestehenden System“ sowie die auf seiner Grundlage begonnenen Aktivitäten – Standard-Kosten-Modell-Messung, Abstimmungsgespräche zwischen den Bundesministerien für Wirtschaft und Bau und das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWi, der einen hohen Reformbedarf beim Vergaberecht feststellt - zum Anlass, für die IHK-Organisation ein umfassendes Forderungspapier zur Novellierung des Vergaberechts vorzulegen.

Die Analyse des Ist-Zustands des deutschen Vergaberechts ergibt, dass es bürokratisch und mittelstandsfeindlich ist. Wir verweisen insofern auf den Bericht der Bundesregierung zum Vergaberechtsänderungsgesetz, nach dem mittelstandspolitische Aspekte die „Schaffung eines transparenten und anwenderfreundlichen Vergaberechts“ gebieten. Die Erfahrungen der IHK-Organisation und der Auftragsberatungsstellen decken sich mit dieser Diagnose: Öffentliche Auftraggeber haben zunehmend Schwierigkeiten, eine ausreichende Anzahl von Angeboten auf ihre Ausschreibungen zu erhalten, weil offensichtlich Unternehmen den Aufwand für ein Angebot scheuen.

Zur mittelstandsfreundlichen Ausgestaltung des Vergaberechts gehört ein Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte. Es ist insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen nicht nachvollziehbar, warum bei der weitaus größten Anzahl der Vergaben und bei einem erheblichen Gesamtvolumen der Aufträge faktisch die Verfahren nicht auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden können. Wenn der Bericht der Bundesregierung den erzieherischen Aspekt von Nachprüfungsverfahren für die öffentlichen Auftraggeber konstatiert, so kann dieser durch die Einführung eines Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte nur positiv gesteigert werden.

Insgesamt darf aber die Forderung nach einer höheren Mittelstandsfreundlichkeit des Vergaberechts nicht zum Deckmantel für neue, kompliziertere Regelungen führen. Manche Forderung aus

der Politik gibt sich den Anschein der Förderung von KMU, tatsächlich beinhaltet sie aber die Unterstützung von Kirchturmspolitik und Hoflieferantentum.

In dieses Positionspapier sind die Ergebnisse einer Umfrage eingeflossen, die die IHK-Organisation im Sommer 2006 bei über 10.000 Unternehmen zu Fragen des Vergaberechts durchgeführt hat. Geantwortet haben knapp 1.000 Unternehmen, was angesichts der komplexen und komplizierten Rechtsmaterie beachtlich ist.

II. Einzelne Forderungen

1. Einheitlicher Rechtsrahmen

Die Unterscheidung in Ausschreibungen, die den EU-rechtlichen Vorgaben entsprechen müssen, und denjenigen, die „nur“ dem Haushaltsrecht unterliegen, ist überholt. Zudem sind die Unterschiede in den Verfahrensabläufen nicht erheblich, wie die SKM-Untersuchungen ergeben haben. Es handelt sich um eine einheitliche Rechtsmaterie, die auch einheitlichen Regelungen zu unterwerfen ist. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur Tariffreue (Beschluss v. 11.7.06) klargestellt, dass das Vergaberecht eindeutig unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG – Recht der Wirtschaft – fällt, der Bund also Regelungskompetenz für das gesamte Vergaberecht, unabhängig von Schwellenwerten, hat.

Die Erfahrungen der IHKs und der Auftragsberatungsstellen zeigen, dass auf Auftragnehmerseite wenig Verständnis dafür herrscht, weshalb es für ein und denselben Vorgang, nämlich die Beschaffung von Waren und Leistungen durch die öffentliche Hand, verschiedene Rechtsgrundlagen gibt. Dies spiegelt auch das Umfrageergebnis wider. Hinzu kommt, dass viele Unternehmen mit Auftraggebern der unterschiedlichen föderalen Ebenen Verträge abschließen. Sie haben sich immer wieder auf andere rechtliche Regelungen einzustellen, obwohl es sich um die gleiche Rechtsmaterie und auch häufig um dieselben Vertragsinhalte handelt. Daher würde z. B. mehr Rechtssicherheit erreicht, wenn die in § 98 GWB enthaltene Definition des öffentlichen Auftraggebers auch unterhalb der Schwellenwerte gelten würde. Zudem sollten diejenigen Bestandteile der Vergabeverordnung, die materielles Recht regeln, in den 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) integriert werden. Die anderen Bestimmungen der VgV, die zum Beispiel die Anwendbarkeit der Verdingungsordnungen bzw. der Vergabe- und Vertragsordnung regeln, sollten im Sinne einer anwenderfreundlichen Reform hingegen in die VOB, VOL und VOF überführt werden. Der VgV käme danach eine reine Klammerfunktion zu, so dass öffentliche Auftraggeber und Unternehmen in Zukunft nur noch die Verdingungsordnungen – in denen der Ablauf des Vergabeverfahrens geregelt ist – und das GWB – in dem insbesondere das Nachprüfungsverfahren geregelt ist – zu beachten hätten.

Ein einheitlicher Rechtsrahmen sollte darüber hinaus dazu führen, nicht nachvollziehbare Unterschiede zwischen den Vergabeverfahren für Lieferungen und Dienstleistungen sowie für Bauleistungen zu beseitigen. Hierzu gehören auch Überlegungen, die drei Verdingungs-/Vergabeordnungen möglichst zu vereinheitlichen. Dies kann z. B. durch eine einzige Verdingungsordnung erfolgen. Zumindest sollten aber die redaktionelle Aufmachung und die inhaltliche Übereinstimmung von VOL/A und VOB/A bei jeweiliger Zusammenfügung der 1. und 2. Abschnitte unter gleicher Bezeichnung der Vergabeverfahren unterhalb und ab den EU-Schwellenwerten als Minimalziel erreicht werden. Die VOF könnte dann in die VOL integriert werden. Die 3. und 4. Abschnitte können in einer „Sektorenverordnung“ zusammengefasst werden.

Die Unternehmen werten insbesondere die Landesvergabegesetze als überflüssige Bürokratie und wünschen sich ein durchgängiges Vergaberecht für Bund, Länder und Kommunen: Gut 82 % der befragten Unternehmen befürworten eine Abschaffung der Landesvergabegesetze, 70 % halten gar die österreichische Lösung mit einem einheitlichen Bundesvergabegesetz für vorteilhafter.

Forderung des DIHK:

Aufgabe der Zweiteilung des Vergaberechts, Geltung des GWB für das gesamte Vergaberecht auf allen föderalen Ebenen, Aufgabe des Schubladenprinzips und übereinstimmende Regelungen derselben Materie in den Verdingungs-/Vergabe- und Vertragsordnungen möglichst unter Zusammenfassung der A-Teile in einer einzigen Verdingungs-/Vergabe- und Vertragsordnung

2. Mittelstandsfreundlichkeit

a) Gesetzliche Regelung

Zwar hat der Evaluierungsbericht der Bundesregierung zum Vergaberechtsänderungsgesetz festgestellt, dass das deutsche Vergaberecht „mittelstandsfeindlich“ sei. Nach Auffassung der IHK-Organisation muss hier jedoch differenziert werden: Die gesetzlichen Vorgaben zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen sind vorhanden und grundsätzlich positiv zu bewerten. Allerdings zeigt sich in der Praxis, dass die Befolgung sehr zu wünschen übrig lässt. Wir beziehen uns hier auf das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWi „öffentliches Beschaffungswesen“. Selbst die losweise Vergabe wird nicht immer berücksichtigt. Deshalb handelt es sich bei der Verbesserung der Mittelstandsfreundlichkeit eher um ein Befolgungs-, denn um ein Regelungsproblem. Dennoch begrüßen wir die Planung, die Formulierung in § 97 Abs. 3 GWB bzw. in den Verdingungs-/Vergabe- und Vertragsordnungen zu verschärfen.

Das Vergaberecht könnte durch einige wenige Aspekte wesentlich mittelstandsfreundlicher werden, etwa durch die Einführung einer Mindestfrist von 14 Tagen für die Abgabe von Angeboten, die Re-

duzierung des Umfangs der vorzulegenden Nachweise und den Verzicht auf – überzogene – Sicherheitsleistungen.

Öffentliche Auftraggeber neigen häufiger dazu, nur wenige Angaben in der Vergabebekanntmachung zu machen. Die Einschätzung, ob eine Ausschreibung interessant und/oder für eine Angebotsabgabe in Frage kommt, können Unternehmen erst dann treffen, wenn sie sich die Verdingungsunterlagen besorgt haben. Hierfür wird von den öffentlichen Auftraggebern in der Regel jedoch ein Entgelt verlangt. Die Lösung dieses Problems könnte durch zwei einfache Maßnahmen erfolgen: Öffentliche Auftraggeber werden künftig verpflichtet, bereits in der Vergabebekanntmachung alle geforderten Nachweise und die Form, in der diese zu erbringen sind, zu benennen. Des Weiteren sollten bereits in der Vergabebekanntmachung zwingend die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung angegeben werden müssen, ebenso, ob Nebenangebote abgegeben werden können und welche Mindestbedingungen diese zu erfüllen haben. Diese Verpflichtung zur Angabe entscheidungserheblicher Umstände sollte auch für Ausschreibungen unterhalb der Schwellenwerte gelten.

Da beabsichtigt ist, bis 2010 ohnehin alle Ausschreibungsverfahren elektronisch abzuwickeln, sollte bereits jetzt festgelegt werden, dass die Vergabeunterlagen auch in offenen Verfahren unentgeltlich abzugeben sind. Hierfür spricht auch, dass bei den zum Teil geringen Entgelten, die heute verlangt werden, der Aufwand für die Kontrolle des Zahlungseingangs und die Verbuchung bei realistischer Betrachtung des damit verbundenen Verwaltungsaufwands in einem Missverhältnis steht. Müssten hingegen die Verdingungsunterlagen unentgeltlich abgegeben werden, würden mehr potenzielle Bewerber angesprochen, mit der Folge, dass auch mehr wertbare Angebote eingehen. Dies würde den Wettbewerb intensivieren. Die Einnahmeverluste durch den Wegfall des Entgelts für die Verdingungsunterlagen würden durch günstigere Preise bei weitem kompensiert.

b) E-Vergabe

Besondere Probleme bereiten elektronische Ausschreibungen. Zwar machen viele öffentliche Auftraggeber insbesondere auf kommunaler Ebene ihre Ausschreibungen im Internet bekannt. Hierin erschöpft sich dann aber auch die E-Government-Fähigkeit. Transaktion oder gar Interaktion finden nur sehr vereinzelt statt. Ein positives Beispiel ist der Stufenplan zur Einführung elektronischer Vergaben auf Bundesebene: Er verpflichtet den Bund zur Anwendung von E-Vergabe-Verfahren ab 2010.

Auf anderen föderalen Ebenen ist zu beobachten, dass viele öffentlichen Auftraggeber ihre eigenen Veröffentlichungsplattformen nutzen, so dass insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen, die eher regional agieren, die Suche nach für sie interessanten Ausschreibungen heute mit einem wesentlich höheren Aufwand verbunden ist als bei früher verwendeten Printmedien, bei denen zumindest eine gewisse Bündelung stattfand. Damit hat sich die Hoffnung einer stärkeren Transpa-

renz der Ausschreibungen durch elektronische Anwendungen in ihr Gegenteil verkehrt. Denn das bloße Finden von Ausschreibungen stellt für kleine und mittlere Unternehmen und insbesondere für Newcomer eine Markteintrittsbarriere dar. Die Erfahrungen der IHKs und der Auftragsberatungsstellen zeigen, dass viele Unternehmen nicht verstehen können, weshalb „der Staat“ bei seinen Beschaffungen nicht auf ein zentrales Bekanntmachungsorgan setzt. Hierzu bedarf es keiner Zentralplattform, die in Wettbewerb zu bestehenden Systemen tritt. Vielmehr ist eine Satellitenlösung denkbar, die ihrerseits wiederum mit Verlinkungen auf die Seiten anderer Ausschreibungsmedien oder großer öffentlicher Auftraggeber arbeitet. Damit würde nicht nur der Wettbewerb intensiviert, indem auf Ausschreibungen mehr Angebote eingehen als bei einer Veröffentlichung in einer Vielzahl von konkurrierenden Medien. Auch böte dies den Unternehmen einfachere Möglichkeiten, ihre Marktchancen zu sondieren und mehr Angebote als bisher abzugeben. Mehr als 85 % der Unternehmen fordern daher eine einheitliche, allgemein zugängliche und kostenfrei nutzbare Plattform für alle föderalen Ebenen.

Werden öffentliche Aufträge per E-Vergabe ausgeschrieben, sehen sich Bewerber einer Vielzahl grundsätzlich unterschiedlicher Plattformen gegenüber, die hinsichtlich technischer Voraussetzungen und der Handhabung erheblich voneinander abweichen. Die Nutzung dieser unterschiedlichen Systeme erfordert insbesondere bei kleinen und mittleren Unternehmen erheblichen Einarbeitungsaufwand und schreckt Mittelständler daher ab, Angebote überhaupt elektronisch abzugeben. Eine Vereinheitlichung der E-Vergabe-Standards ist daher dringend anzuraten.

Derzeit entscheidet der öffentliche Auftraggeber, ob er die Abgabe von digitalen Angeboten zulässt oder nicht. Dieser Ansatz geht jedoch in die falsche Richtung: Der E-Vergabe kann nicht zum Durchbruch verholfen werden, wenn Bieter, die elektronische Angebote abgeben wollen, fast nur auf Ausschreibungen von Vergabestellen stoßen, die dies gerade nicht zulassen.

Die IHK-Organisation hat dazu ein eigenes Positionspapier verfasst, das sich intensiv mit der E-Vergabe beschäftigt.

c) elektronische Signatur

Während zivilrechtlich allein die qualifizierte elektronische Signatur als Ersatz für eine vorgeschriebene Schriftform Beweiskraft wie eine eigene Unterschrift hat, sieht nunmehr z. B. die VOL/A die Verwendung der fortgeschrittenen Signatur als ausreichend an. Die Erfahrungen zeigen, dass dadurch mehr Bieter veranlasst werden, Angebote abzugeben. Allerdings bleibt eine gewisse Rechtsunsicherheit bei den Unternehmen, weil die fortgeschrittene Signatur keinen durchgängigen Standards genügen muss. Wenn nach Einschätzung der Fachkreise (z. B. DVAL) die Anforderungen an die qualifizierte Signatur zu hoch sind, ist dies eher ein gewichtiges Argument dafür, diese Anforderungen insgesamt gesetzlich abzusenken.

d) Nachweise

Als ein großes Hemmnis bei der Beteiligung an öffentlichen Aufträgen wird insbesondere von KMUs immer wieder die Fülle von Nachweisen genannt, die sie für ihre Fachkunde, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit erbringen müssen. Neben den auftragsunabhängigen (§ 7 VOL/A und § 8 VOB/A) verlangen öffentliche Auftraggeber häufig eine Vielzahl von auftragsbezogenen Nachweisen, deren Beschaffung erhebliche Kosten verursacht und Zeit in Anspruch nimmt. Auch das 2. Mittelstandsentlastungsgesetz bringt keine signifikante Erleichterung, weil die Beschaffung der – dann kurz vor Zuschlag zu präsentierenden Dokumente – zu lange dauert. Somit muss ein Unternehmen sich permanent um die Aktualisierung dieser Auszüge kümmern, weil die Ausstellung etliche Wochen dauert. Abhilfe schafft ein Präqualifizierungssystem.

Bei Referenzen sollten ebenfalls die qualitativen und quantitativen Anforderungen reduziert werden.

Generell sollten die öffentlichen Auftraggeber verpflichtet werden, bereits in der Vergabebekanntmachung alle geforderten Nachweise sowie deren Form anzugeben (Eigenerklärung, Bescheinigung Dritter, Original oder Kopie). Zur Erhöhung der Rechtssicherheit sollte darüber hinaus künftig auf die fakultativen Ausschlussgründe verzichtet werden. Im Sinne der Transparenz der Vergabeverfahren wäre öffentlichen Auftraggebern und Bietern mehr gedient, wenn es einen deutlich entschlackten Katalog an unternehmensbezogenen Nachweisen zum Beleg der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit geben und deren Nichtvorlage zwingend zum Angebotsausschluss führen würde. Der diskutierte Vorschlag, generell von der Eignung der Bieter auszugehen und nur im Fall des Zuschlags Nachweise vom Bestbieter zu verlangen, ist nicht zielführend. Denn dadurch stellen in der Vergabepaxis erhebliche Probleme ein, etwa, wenn sich herausstellt, dass hinsichtlich des Bieters, der den Zuschlag erhalten soll, plötzlich Zweifel an dessen Eignung, Fachkunde oder Zuverlässigkeit aufkommen.

e) neue Beschaffungsverfahren

Die IHK-Organisation hält die Einführung von inversen Auktionen und dynamischen Beschaffungssystemen nicht für notwendig. Insbesondere das erstere Verfahren bringt nach den Erfahrungen in der Wirtschaft keine wirklichen Preisreduzierungen für die Beschaffer, zumal das Verfahren in der technischen Ausgestaltung und der rechtlich einwandfreien Anwendung sehr komplex ist. Daher lehnen ca. 77 % der antwortenden Unternehmen inverse Auktionen als Beschaffungsverfahren ab.

Dynamische Beschaffungsverfahren sind ebenfalls eine Anwendung, die allein den Preis zum Zuschlagskriterium macht. Somit handelt es sich um ein Mittel, die bietenden Unternehmen durch diese technische Variante permanent in „Preisverhandlungen“ zu halten. Hiergegen sprechen eindeutig Mittelstandsinteressen, weil diese Unternehmen einen wesentlich geringeren Spielraum für Preismargen haben. Damit besteht die Gefahr, dass der Bieter für das gesamte Verfahren nicht auskömmlich kalkulieren kann. Mehr als 57 % der Unternehmen, die sich an der Umfrage beteiligt haben, verneinen die Notwendigkeit dieses Beschaffungsverfahrens.

f) Nachfragebündelung

Der Trend der öffentlichen Auftraggeber geht hin zur Zusammenfassung von Ausschreibungen. Hierfür werden E-Vergaben in Form von Katalogverfahren genutzt. Kleinere Vergabestellen bestellen zur Ausnutzung von Preisvorteilen besonders bei Verbrauchsmaterialien gemeinschaftlich. Damit ist häufig auch die Abwicklung einer komplizierteren Logistik verbunden, so dass kleine Unternehmen, die bisher die Lieferungen erledigten, nunmehr wegen der höheren Anforderungen keine Angebote mehr abgeben können. Die Nachfragebündelung betrifft aber nicht nur den lokalen und regionalen Bereich, sondern sie umfasst auch größere Beschaffungen.

Einerseits ist das Ausnutzen von Preisvorteilen längerfristig auch im Interesse der Unternehmen, weil dadurch Steuergelder effizienter eingesetzt werden können. Ebenfalls zu begrüßen ist die Bildung von Kompetenzzentren, die bessere Kenntnisse des Vergaberechts besitzen, als einzelne, kleine Vergabestellen es haben können. Andererseits muss auch der öffentliche Beschaffer ein Interesse an einem funktionierenden Markt haben, damit ihm nicht zukünftig nur wenige Anbieter bestimmter Waren und Leistungen gegenüber stehen.

g) ÖPP

Der DIHK unterstützt die Bestrebungen, öffentlich-private Partnerschaften zu gründen. Allerdings ist in der Praxis zu beobachten, dass Vergabestellen dieses Instrument nutzen, um das Vergaberecht, insbesondere die Verpflichtung zur losweisen Vergabe, zu umgehen. Es ist daher erforderlich, dass diese Entwicklung beobachtet und analysiert wird.

Forderung des DIHK:

Mittelstandsfreundlichere Regelungen verstärken

- **Einführung einer Mindestfrist von 14 Kalendertagen für die Angebotsabgabe bei Ausschreibungen unterhalb der EU-Schwellenwerte**
- **Wegfall des die öffentlichen Auftraggeber begünstigenden einseitigen Wahlrechts hinsichtlich der Zulassung/des Ausschlusses digitaler Angebote**
- **Reduzierung des Umfangs der geforderten Eignungsnachweise auf das unabdingbar erforderliche Maß und Vereinfachungen der Nachweiserbringung**
- **Verpflichtung zur losweisen Ausschreibung und Vergabe ab Überschreiten bestimmter Wertgrenzen (soweit technisch möglich und wirtschaftlich sinnvoll)**
- **Schaffung einer einheitlichen, bundesweiten Zentralplattform für Ausschreibungen durch Verpflichtung für Auftraggeber und öffentliche Vergabeplattformen, Ausschreibungsbeachtmungen Dritten zur Bündelung zur Verfügung zu stellen (Satellitensystem)**
- **Keine Einführung elektronischer Auktionen und dynamischer Beschaffungssysteme**
- **Zwingende Bekanntmachung aller für die Entscheidung der Ausschreibungsbeteiligung erforderlichen Angaben in der Vergabebekanntmachung**

- **Unentgeltliche Abgabe der Verdingungsunterlagen auch in offenen Verfahren**

3. Priorität des offenen Verfahrens

Nur ein Vergabeverfahren, das ein größt mögliches Maß an Wettbewerb garantiert, ist für den Auftraggeber effizient, weil es ihm das wirtschaftlichste Angebot verschafft. Die Erfahrungen mit anderen Verfahren, selbst inversen Auktionen, zeigen, dass zwar kurzfristig preisliche Vorteile erzielt werden können. Diese werden aber nach einer gewissen Zeitspanne durch höhere Einstiegspreise wieder aufgefangen, weil die Marktteilnehmer ihr Verhalten entsprechend anpassen. Gleichzeitig kann nur ein offenes Verfahren wirkliche Transparenz für die Unternehmen herstellen. Damit ist es ein geeignetes Mittel zur Stärkung des Mittelstands und zur Verhinderung von Korruption. So sprechen sich auch mehr als die Hälfte der befragten Unternehmen dagegen aus, von der Priorität des offenen Verfahrens abzuweichen. Eine Aufgabe dieses Prinzips wird von den Unternehmen selbst dann abgelehnt, wenn auch im Unterschwellenwertbereich eine ex-ante und/oder eine ex-post Transparenz eingeführt würde.

Zwar sind offene Verfahren oft aufwendiger als nicht offene Verfahren, wie die Standardkostenmessung ergeben hat. Hier zeigen sich aber die Vorzüge eines durchgängig gleichen Rechtsrahmens: Der Aufwand reduziert sich mit der Häufigkeit der Regelanwendung. Auf jeden Fall müssen die Kriterien für die nicht offenen Verfahren überprüft werden. Wenn die weit überwiegende Zahl der Aufträge mit Hilfe nicht offener Verfahren abgewickelt wird, wird die Priorität des offenen Verfahrens in der Praxis unterlaufen. Hiergegen müssen dann Mechanismen eingeführt werden, die es den Beschaffern erschweren, die gesetzlichen Regelungen zu missachten. Gegen diese wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen hilft nur eine Verbreiterung des Bieterkreises durch die verpflichtend vorgeschriebene Zubenennung durch die Auftragsberatungsstellen. Das Bundesland Hessen hat mit dieser Regelung sehr gute Erfahrungen gemacht. Die Zubenennung sollte für die Fälle nicht offener Verfahren auch im Baubereich eingeführt werden. Die Erfahrungen hierzu in Mecklenburg-Vorpommern sind positiv.

Der Wirtschaft ist an der Beibehaltung des Vorrangs des offenen Verfahrens gelegen. Selbst die Einführung einer ex-ante und ex-post-Transparenz vermag daran nichts zu ändern. Dennoch kann die Bekanntmachung desjenigen Bieters, der den Auftrag erhalten hat, zu mehr Transparenz führen. Wird dies kombiniert mit der für Oberschwellenvergaben vorgeschriebenen Vorabinformation, wären dem Hoflieferantentum und der Kirchturmsbeschaffung engste Grenzen gesetzt und der Korruption der Nährboden entzogen.

Mehr als 60 % der Unternehmen sprechen sich für die Einführung eines öffentlichen Submissionstermins auch bei Liefer- und Dienstleistungsausschreibungen aus. Damit ließe sich zweierlei erreichen: Die bisher unterschiedliche Handhabung bei VOB- und VOL-Ausschreibungen würde verein-

heitlicht, die Transparenz der Verfahren erhöht und der Korruption würde mit einer einfachen, aber wirkungsvollen Maßnahme entgegengetreten.

Forderung des DIHK:

Festschreibung des offenen Verfahrens als prioritäres Verfahren, Stärkung der Transparenz durch Veröffentlichungspflichten ex ante und ex post, Einführung eines Submissionstermins für den Lieferungs- und Dienstleistungsbereich, Aufrechterhaltung der Zubenennung durch die Auftragsberatungsstellen

4. Primärrechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte

Der durch das Vergaberechtsänderungsgesetz eingeführte Primärrechtsschutz hat sich bewährt. Dennoch ist die weitaus größere Zahl von Verfahren, sowohl nach absoluten Zahlen als auch nach Auftragsvolumen, nicht primär justiziabel. Bei einer Gesamtauftragssumme von ca. 300 Milliarden € an öffentlichen Aufträgen jedes Jahr in Deutschland ist dies für die Wirtschaft, insbesondere für die kleineren und mittleren Unternehmen, ein nicht hinnehmbarer Zustand. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sollte den Gesetzgeber deshalb nicht daran hindern, aktiv zu werden. Daher reicht es nicht aus, den – ohnehin schwer geltend zu machenden - Sekundärrechtsschutz zu verbessern. Denn das Interesse der Unternehmen zielt eindeutig auf den Erhalt des Zuschlags, nicht auf Schadensersatz ab. Daher bedarf es dringend einer gesetzlichen Regelung, die von 72 % der antwortenden Unternehmen gefordert wird.

Die Sorge, dass durch einen Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte Investitionen verhindert, zumindest aber verzögert werden und dass eine Vielzahl von Verfahren angestrengt würde, geht fehl. Dies zeigt die Entwicklung in Österreich. Die rückläufige Entwicklung der anhängigen Nachprüfungsverfahren in Deutschland gibt ebenfalls keinen Anlass zu der Vermutung, dass ein Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte exzessiv genutzt würde. Zudem beinhaltet die Forderung nach einem Primärrechtsschutz nicht gleichzeitig die Forderung nach einem gleich aufwändigen Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, wie er für Nachprüfungsverfahren ab Erreichen der Schwellenwerte geregelt ist. Auch das Gebührensystem könnte als eine gewisse Schranke für Nachprüfungsverfahren genutzt werden. Zudem sind die Beziehungen von Auftraggebern und Auftragnehmern auf lokaler bzw. regionaler Ebene stärker von gegenseitigen Abhängigkeiten geprägt. Daraus kann gefolgert werden, dass es vielen Unternehmen auf der unteren föderalen Ebene eher um ein aufklärendes Gespräch unter neutraler Leitung geht. Mehr als 65 % der Unternehmen halten demnach die Einrichtung von Schlichtungsstellen für sinnvoll. Das sächsische Modell von Nachprüfungsbehörden, basierend auf dem sächsischen Vergabegesetz, gibt ein Beispiel für eine weiter gehende Lösung.

Forderung des DIHK:**Gewährung effektiven Rechtsschutzes auch unterhalb der EU-Schwellenwerte**

5. Vergabefremde Kriterien

Immer wieder versucht die Politik, mit Hilfe des Vergaberechts allgemein politische Ziele in das öffentliche Auftragswesen einzuführen. Die IHK-Organisation hat ihre Haltung dazu in einem gesonderten Positionspapier niedergelegt.

Auf Landesebene existiert bereits eine Fülle dieser vergabefremden Kriterien (Frauenförderung, Tariftreue). Momentan geht der Trend eher hin zu einer Ausweitung der nicht auftragsbezogenen Aspekte, die bei der Abgabe von Angeboten von Unternehmen berücksichtigt werden müssen. Von diesen Kriterien streng zu trennen sind die Anforderungen, die der öffentliche Auftraggeber an die Produkte oder Dienstleistungen stellen kann, die er beschaffen möchte. Sie reichen von schadstoffarmen Fahrzeugen bis zu Möbeln, die nicht aus Holz hergestellt wurden, das von vom Aussterben bedrohten Baumarten gewonnen wurde. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Tariftreue hat lediglich die rechtliche Zulässigkeit festgestellt, nicht aber die politische Opportunität. Die Erfahrungen mit Ausbildungserlassen haben gezeigt, dass damit eine bürokratische Hürde aufgebaut wird, die jedoch materiell keinerlei Erfolg mit sich gebracht hat.

Dies belegt auch unsere Unternehmensumfrage: Die Forderung, die Einhaltung dieser Kriterien zu erklären, stellt sich häufig als reiner „Papiertiger“ heraus, da eine tatsächliche Überprüfung nicht stattfindet und in der Praxis auch nicht stattfinden kann. Daher lehnen fast 60 % der antwortenden Unternehmen vergabefremde Kriterien ab.

Die Regelung des GWB, dass vergabefremde Kriterien nur aufgrund gesetzlicher Regelungen Eingang in die Vergabeentscheidung finden dürfen, gilt nur für Vergaben ab den EU-Schwellenwerten. Unterhalb der Werte ist zu beobachten, dass der Kreativität der Vergabestellen keine Grenzen gesetzt sind. Somit wird die Beteiligung von Unternehmen an Vergabeverfahren über ihre lokalen und regionalen Grenzen hinaus immer komplizierter.

Die IHK-Organisation hat hierzu eine Übersicht der vergabefremden Kriterien in den Bundesländern erstellt. Bereits aus dieser mehrseitigen Übersicht wird deutlich, dass die Vielzahl an Bestimmungen in den Bundesländern den Unternehmen die Beteiligung an Ausschreibungen innerhalb Deutschlands erschwert. Dies steht im Widerspruch zum Ziel der Bundesregierung, das Vergaberecht transparenter und mittelstandsfreundlicher zu machen. Daher hat die IHK-Organisation in einem eigenen Positionspapier klar gegen die Bestrebungen zur verstärkten Regelung vergabefremder Aspekte Stellung bezogen.

Forderung des DIHK:

Abschaffung aller vergabefremder Kriterien und Verzicht auf die Einführung neuer Kriterien sowohl ab als auch unterhalb der EU-Schwellenwerte

6. Einführung einer Wertgrenze

Die Einheitlichkeit des Vergaberechtsrahmens, also die Übernahme der Regelungen auch für Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte, erhöht für die öffentlichen Auftraggeber den Verfahrensaufwand. Daher bedarf es einer Wertgrenze, wie es sie in fast allen Bundesländern bereits gibt, unterhalb derer nicht offene Verfahren ohne zusätzliche Begründung möglich sind.

Wir schlagen folgende Grenze vor: Das nicht offene Verfahren ohne Teilnahmewettbewerb darf im VOB-Bereich bis zu einem Wert pro Ausschreibung (Gesamtauftragswert) von 30.000 €, im VOL-Bereich bis 15.000 € angewendet werden. Es sollen bundesweit einheitliche Grenzen für alle föderalen Ebenen gelten.

Vergleicht man diese Wertgrenzen mit den Wertgrenzen in einzelnen Bundesländern (die in den vergangenen Monaten zum Teil deutlich angehoben wurden), so mag das auf den ersten Blick erstaunen. Aber die Berichte der Rechnungshöfe und der Gemeindeprüfungsanstalten sprechen eine eindeutige Sprache: der Mehraufwand durch offene Verfahren wird durch intensiveren Wettbewerb und bessere Preise mehr als aufgewogen. Hinzu kommt der Aspekt der Korruptionsprävention.

Um eine bundeseinheitliche Handhabung sicherzustellen, sollten die Wertgrenzen als Empfehlung Eingang in die Verdingungsordnung bzw. die Vergabe- und Vertragsordnung finden. Gleichzeitig müssen die Bundesländer ihre individuellen Wertgrenzen zu Gunsten einer bundeseinheitlichen Empfehlung abschaffen. Durch den empfehlenden Charakter ist sichergestellt, dass öffentliche Auftraggeber auch unterhalb der Wertgrenzen offene Verfahren durchführen können. Wertgrenzen sollen es ihnen lediglich ermöglichen, ein nicht-offenes Verfahren ohne Einzelfallprüfung durchführen zu können.

Die Einführung eines Primärrechtsschutzes unterhalb der EU-Schwellenwerte würde ebenfalls für diese Vergaben gelten. Abzulehnen ist jedoch eine Bagatellgrenze, die Aufträge bis zu einer bestimmten Wertgrenze von vergaberechtlichen Anforderungen völlig freistellt.

Forderung des DIHK:

Einführung von bundeseinheitlichen Wertgrenzen für die Zulässigkeit von nicht offenen Verfahren ohne Einzelfallprüfung und Begründung

7. Beibehaltung der EU-Schwellenwerte

Die EU-Vergaberichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG sehen vor, dass die Schwellenwerte, ab denen EU-weit ausgeschrieben werden muss, künftig spätestens alle zwei Jahre überprüft und gegebenenfalls angepasst werden müssen. Insbesondere für die Vergabestellen ergibt sich daraus regelmäßig eine erhebliche Rechtsunsicherheit: Sie wissen im Vorhinein nicht, ob sie europaweit ausschreiben müssen oder nicht. Zur Wahrung der Rechtssicherheit sowie aus Gründen der Rechtsbeständigkeit sollte der deutsche Gesetzgeber bis auf weiteres darauf verzichten, die Schwellenwerte dann zu ändern, wenn sie angehoben werden müssten.

Forderung des DIHK:

Obligatorische Anpassung der Schwellenwerte bei Unterschreitung der bisherigen Schwellenwerte und fakultative Anpassung bei deutlichem Überschreiten der bisherigen Schwellenwerte

8. Präqualifizierung von Unternehmen durch Industrie- und Handelskammern und Handwerkskammern

Neuere Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen und des BGH zur Ablehnung von Unternehmen bei fehlenden oder nicht aktuellen Nachweisen über ihre Fachkunde, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit haben verstärkt die Frage nach dem Aufwand gestellt, den Unternehmen für die Erbringung der Nachweise betreiben müssen. Hier sei zudem auf die Standard-Kosten-Modell-Messung verwiesen, die ergeben hat, dass das Beibringen der Unterlagen für die Unternehmen sehr aufwändig ist. Die Präqualifizierung reduziert diesen Aufwand sowohl für die Unternehmen als auch für die öffentlichen Auftraggeber. Die Erfahrungen der Auftragsberatungsstellen in Sachsen, Sachsen-Anhalt, Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern sowie der IHKs in Nordrhein-Westfalen sind sehr positiv. Hessen hat nunmehr ebenfalls ein Präqualifizierungsverfahren eingeführt. Bei der Form der Präqualifizierung in Form der Zertifizierung handelt es sich um eine schlanke Lösung zur Erbringung der unternehmensbezogenen Nachweise gemäß den Verdingungsordnungen. Um das Verfahren für beide Beteiligte vorteilhaft gestalten zu können, bedarf es einer breiten Akzeptanz durch die öffentlichen Auftraggeber.

Analog der Regelung in § 8 VOB/A bedarf es daher einer Bestimmung in § 7 VOL/A, nach der die IHKs und die HWKs Präqualifizierungsstellen sind und öffentliche Auftraggeber verpflichtet sind, für den Fall, dass Unternehmen ein entsprechendes Zertifikat vorlegen, dieses anstelle der Einzelnachweise anzuerkennen. Nicht präqualifizierten Unternehmen ist wie bisher der Beleg ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit mittels Einzelnachweis zu ermöglichen.

Entscheidend ist, dass es sich um ein bundesweit einheitliches und kostengünstiges System handelt, das für alle föderalen Ebenen gleichermaßen verbindlich ist.

Forderung des DIHK:

Beschränkung der Präqualifikation von Unternehmen auf den Ersatz formaler Nachweise (Zertifizierungssystem), Übertragung der Aufgabe auf die Wirtschaftskammerorganisationen für den Lieferungs- und Dienstleistungsbereich

9. Aufhebung von Ausschreibungen

In der Praxis ist zunehmend zu beobachten, dass öffentliche Auftraggeber aufgrund eingehender Rügen ihres Vergabeverhaltens das Verfahren aufheben, obwohl eine Fortführung rechtlich möglich ist. Hinzu kommen Fälle, in denen Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Ausschreibung bewusst fehlerhaft formuliert wurde. Hier liegt die Vermutung nahe, dass der öffentliche Auftraggeber auf eingehende Rügen wartet, die es ihm ermöglichen, die Ausschreibung aufzuheben, um im Anschluss daran eine freihändige Vergabe vorzunehmen. Daher sollte in den Verdingungsordnungen festgelegt werden, dass in dem im Anschluss an eine aufgehobene Ausschreibung durchgeführten Vergabeverfahren zwingend alle Bewerber aus dem ersten Verfahren erneut zur Angebotsabgabe aufzufordern sind, soweit die Angebote dies formal zulassen.

Forderung des DIHK:

Gesetzliche Umsetzung der EuGH- und BGH-Rechtsprechung zur Aufhebung einer Ausschreibung

10. interkommunale Zusammenarbeit

Die Rechtsprechung des EuGH hatte sich in den letzten Monaten intensiv mit der Frage zu beschäftigen, wann In-house-Geschäfte vorliegen. Die Linie ist eindeutig: Nur dann, wenn ein öffentlicher Auftraggeber über einen Dritten eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben kann, handelt es sich um eine In-house-Vergabe. Damit sind der Zusammenarbeit von Kommunen mit Dritten, insbesondere mit privatwirtschaftlich organisierten Unternehmen, enge Grenzen gesetzt. Die IHK-Organisation begrüßt diese Klarstellung ausdrücklich. Weder wird dadurch die Selbstverwaltung der Kommunen in Deutschland in Frage gestellt, noch wird den Kommunen die Möglichkeit genommen, sich zur Erledigung gebietsübergreifender Aufgaben zusammenzuschließen. Allerdings ist Folge dieser Rechtsprechung, dass die Kommunen ihre teilweise überzogenen Beteiligungen und wirtschaftlichen Betätigungen einer intensiveren Prüfung als bisher unterziehen müssen.

Die Beteiligungen der öffentlichen Hand führen zunehmend dazu, dass sich Kommunen über ihre Gebietsgrenzen hinaus wirtschaftlich beteiligen und betätigen. Zudem treten sie in Vergabeverfahren als Wettbewerber privatwirtschaftlicher Unternehmen auf. Durch ihre Privilegierungen haben sie

dabei häufig einen Preisvorteil, der zu einer klaren Wettbewerbsverzerrung führt. So, wie es eine Definition des öffentlichen Auftraggebers in § 98 GWB gibt, bedarf es auch einer Festlegung im Gesetz, wer Bieter in einem Ausschreibungsverfahren sein darf. Diese Forderung unterstützen mehr als 78 % der antwortenden Unternehmen. Jeder, der unter die Definitionen des § 98 GWB fällt, dürfte nicht an Ausschreibungen teilnehmen. Um den europarechtlichen Anforderungen zu entsprechen, böte sich eine Beweislastregelung an: Die Beteiligung von Bietern, die öffentliche Auftraggeber im Sinn des § 98 GWB sind, stellt ein Indiz für das Vorliegen von Wettbewerbsvorteilen dar, die eine Unzulässigkeit nahe legen. Im Streitfall obläge es dem öffentlichen Auftraggeber zu beweisen, dass eine Wettbewerbsverzerrung zu seinen Gunsten nicht vorliegt.

Die Überlegungen, § 7 Nr. 6 VOL/A zu streichen, lehnt die IHK-Organisation ab. Die Praxis zeigt, dass häufig Institutionen öffentliche Aufträge erhalten, die unter die genannten Kategorien fallen, ohne dass die Vergabestellen in irgendeiner Form eine entsprechende Ausschreibung vorgenommen haben. Daneben gibt es weitere Institutionen, die zwar nicht unter § 7 Nr. 6 VOL/A fallen, dennoch durch Fördermittel bzw. steuerliche Begünstigungen eine völlig andere Kalkulationsbasis haben als Wirtschaftsunternehmen. Anstelle einer Streichung des § 7 Nr. VOL/A bedürfte es eher einer Ausweitung der nicht zum Wettbewerb um öffentliche Aufträge zugelassenen Organisationen und Einrichtungen.

Forderung des DIHK:

Reduzierung kommunaler Beteiligungen, Prüfung von Möglichkeiten einer vollständigen Privatisierung bei kommunalen Aufgaben, Verbot der Beteiligung öffentlicher oder öffentlich beherrschter Unternehmen an Vergabeverfahren

11. Primärrechtsschutz ab den EU-Schwellenwerten

Die Entscheidungen der Vergabekammern und der Oberlandesgerichte in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren haben sich in den vergangenen Jahren – insbesondere, was die Fristen für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags betrifft - immer mehr auseinander entwickelt. Daher wäre es im Sinne der Unternehmen wünschenswert, wenn gesetzlich geregelt wird, bis zu welcher Frist eine Rüge noch als „unverzüglich“ vorgebracht gelten kann.

Die momentanen Überlegungen zur Änderung des Rechtsschutzes werden teilweise kritisch gesehen:

a) Gebührenerhöhung

Die Statistik der Nachprüfungsverfahren zeigt, dass die anhängigen Verfahren rückläufig sind. Eine Anhebung der Gebühren, die nochmals zu einer Reduzierung der Verfahren führen würde, erscheint daher nicht erforderlich und würde insbesondere zu Lasten kleinerer und mittlerer Unternehmen gehen.

b) Kostentragung bei Antragsrücknahme

Aufgrund der spärlichen Informationen, die der unterlegene Bieter mit der Vorabinformation erhält, ist es ihm häufig nicht möglich, seinen Nachprüfungsantrag so zu konkretisieren, dass er für das Verfahren insgesamt tragfähig ist. Der vollständige Sachverhalt bzw. die Hintergründe für die Nichtberücksichtigung seines Angebots ergeben sich oft erst aus der Einsicht in die Vergabeakten. Diese erhält er jedoch erst nach Antragstellung. Kommt er nach Einsichtnahme zu dem Ergebnis, dass sein Antrag wenig Aussicht auf Erfolg hat, nimmt er ihn zurück. Nunmehr müsste er dafür im Zweifel die vollen Kosten tragen. Daher müssen die Informationen aus § 13 VgV mit denen aus § 27 VOL/A verbunden werden, damit der unterlegene Bieter bereits vor Antragstellung die Gründe für seine Nichtberücksichtigung nachvollziehen kann.

Im Übrigen reicht die Regelung des § 128 Abs. 3 GWB aus, weil sie der Vergabekammer genügend Entscheidungsspielraum bei der Kostenregelung gibt. Allenfalls könnte an eine zusätzliche Regelung für Fälle gedacht werden, in denen die Gründe für die Rücknahme des Antrags bereits bei Antragsstellung erkennbar gewesen sind.

Gegen eine Verschärfung der Kostentragung für den Antragsteller spricht die Kostenfreiheit für die öffentlichen Auftraggeber.

Forderung des DIHK:

Gesetzliche Konkretisierung der Rügefrist, keine faktische Einschränkung des Primärrechtsschutzes durch eine Erhöhung der „Grundgebühren“ oder durch eine Änderung der Kostentragungsregelung im Falle der Antragsrücknahme