

Email: thomas.solbach@bmwi.bund.de

VDMA · Postfach 710864 · 60498 Frankfurt am Main · Germany

Herrn Ministerialrat
Dr. Thomas Solbach
Bundesministerium für Wirtschaft und
Energie
Referat I B 6

11019 Berlin

Kontakt Gunther Hess / Az: 12-100 / 13-100 Hes/Z
Telefon +49 69 66 03-12 68
Telefax +49 69 66 03-22 68
E-Mail gunther.hess@vdma.org
Datum 22.05.2015

Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014)

Sehr geehrter Herr Dr. Solbach,

Gerne nehmen wir zu dem Referentenentwurf vom 30.04.2015 Stellung.

Wegen der kurzen Äußerungsfrist können wir uns allerdings nur auf einige für uns wichtige Punkte beschränken, wobei wir uns weitere Anregungen und Kommentare ausdrücklich vorbehalten.

Zunächst ist anzumerken, dass der Entwurf zwar gut strukturiert ist. U.E. führt aber die „gesetzliche Lösung“ dazu, dass die Rechtsvorschriften für die öffentliche Vergabe - insbesondere für mittelständische - Bieter noch komplizierter und undurchsichtiger werden. Eine Umsetzung der Richtlinien in der bewährten Form unter Beibehaltung der Vergabeordnungen (VOB, VOL und VOF) wäre praxisgerecht.

Zu § 97

Bei den Grundsätzen der Vergabe in § 97 GWB plädieren wir dafür, das Verbot des ungewöhnlichen Wagnisses aufzunehmen. Bekanntlich war in § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A 2006 dies wie folgt geregelt:

„Dem Auftragnehmer soll kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fisten er nicht im Voraus abschätzen kann.“

Solbach_bmwi_UmsetzVergabe

Das BMWi hatte die Regelung in der Fassung der VOL/A 2009 mit der Argument der „Strafung“ der VOL/A gestrichen und im DVAL angemerkt, dass das Verbot in § 2 Abs. 1 Satz 2 VOL/A weiterlebe („Dabei darf kein Unternehmen diskriminiert werden“).

Die Rechtsprechung ist jedoch bezüglich der weiteren Geltung des Verbots des ungewöhnlichen Wagnisses uneinheitlich. Im Jahr 2011 entschied das OLG Düsseldorf in einem Grundsatzbeschluss, dass es das Verbot ungewöhnlicher Wagnisse nach der VOL/A 2009 nicht mehr gibt. Zum anderen haben sich mehrere Vergabenachprüfungsinstanzen, wie das OLG Dresden (02.08.2011, WVerg 0004/11), das OLG Jena (22.08.2011, 9 Verg 2/11) und die 3. Vergabekammer des Bundes (01.02.2011, VK 3-126/10 und VK-3 135/10), für eine Fortgeltung des Verbots unter der VOL/A 2009 ausgesprochen. Nichtsdestotrotz hat das OLG Düsseldorf seine Auffassung in mehreren Entscheidungen bekräftigt (07.11.2011, VII-Verg 90/11; 24.11.2011, VII-Verg 62/11; 07.12.2011, VII-Verg 96/11; 18.04.2012, VII-Verg 93/11). Das OLG Düsseldorf hat allerdings in allen vorgenannten Beschlüssen eine Ausnahme genannt: Auch wenn einzelne Regelungen nach der VOL/A 2009 kein ungewöhnliches Wagnis mehr darstellen könnten, sei es möglich, dass diese im Einzelfall unzumutbar und aus diesem Grunde vergaberechtswidrig sind. In dem Beschluss vom 07.12.2011 (VII-Verg 96/11) heißt es hierzu:

„Regelungen, die vergaberechtlich nach früherem Recht als Aufbüdung eines ungewöhnlichen Wagnisses zu tadeln waren, lassen sich nach derzeit geltender Rechtslage ... allenfalls ... unter dem Gesichtspunkt der (Un-) Zumutbarkeit einer für Bieter oder Auftragnehmer kaufmännisch vernünftigen Kalkulation beanstanden.“

Eine klärende höchstrichterliche Entscheidung liegt insoweit nicht vor. Da auch die VOB das Verbot des ungewöhnlichen Wagnisses enthält und zu Lieferleistungen in summa keine Unterschiede erkennbar sind, plädieren wir dafür, dies in den Grundsätzen aufzunehmen. Eine solche Regelung schützt im Übrigen nicht nur Bieter, sondern gibt dem Auftraggeber in gewisser Hinsicht auch eine „Messlatte“ bei der Erstellung von zusätzlichen Vertragsbedingungen sowie der Leistungsbeschreibung.

Zu § 119 GWB:

Neu ist die grundsätzliche Wahlfreiheit für öffentliche Auftraggeber zwischen dem offenen und nicht offenen Verfahren. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu:

„Die grundsätzliche Wahlfreiheit zwischen dem offenen und dem nicht offenen Verfahren entspricht der Intention des Unionsgesetzgebers in Artikel 26 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU.“

Dem können wir nicht folgen. Nach unserer Auffassung lassen die neuen EU-Vorschriften eine Wahlfreiheit des öffentlichen Auftraggebers zwischen offenem und nichtoffenem Verfahren grundsätzlich zu. Das Primat der öffentlichen Ausschreibung hat sich in Deutschland bewährt. Es ist KMU-freundlich und verhindert Günstlingswirtschaft und Korruption. Für ein Festhalten am Primat des offenen Verfahrens spricht grundsätzlich auch ein größtmöglicher Wettbewerb.

Zu § 120

Das dynamische Verfahren halten wir für sehr kompliziert und aufwändig. Dem fragwürdigen Verhältnis von Aufwand und Nutzen entsprechend sind auch bisher keine Anwendungsfälle bekannt. U.E. könnte dies entfallen. Gleiches gilt auch für die elektronische Auktion.

Zu § 121

Es ist zu begrüßen, dass der Entwurf den zentralen Begriff der Leistungsbeschreibung aufgreift. Grundsätzliche Punkte werden aufgeführt. U.E. sollte hier aber noch das Gebot der produktneutralen Ausschreibung genannt werden.

In der Begründung zu § 121 heißt es: *„Die Vorschrift greift den Regelungsgehalt der §§ 7 VOB/A EG, 8 VOL/A EG und 6 VOF auf.“* Dennoch müssen weitere detaillierte Ausführungen zur Leistungsbeschreibung, die derzeit noch in der VOL/A und VOF enthalten sind, in die noch zu erstellende Vergabeverordnung (VgV) aufgenommen werden. Die VOB/A bleibt ja bestehen.

Zu § 128 Abs. 2

Der VDMA ist der Auffassung, dass allgemeinpolitische bzw. „strategische“ Aspekte bei der Auftragsausführung nur berücksichtigt werden dürfen, wenn sie strikt auf den Auftragsgegenstand bezogen, d. h. direkt produkt- bzw. leistungsbezogen sind.

Sonstige Bemerkungen:

Aufgefallen ist uns noch, dass die Umsetzung des Artikels 71 der Richtlinie 2014/24/EU (Vergabe von Unteraufträgen) fehlt. Möglicherweise erfolgt dies aber in der VgV.

Ferner fehlt eine Bestimmung zur Dokumentation des Vergabeverfahrens, wie dies derzeit in § 24 VOL/A EG geregelt ist.

Für Rückfragen steht Ihnen der Rechtsunterzeichner jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

VDMA
Abt. Recht

gez. Steinberger

gez. Hess