

---

## Deutscher Industrie- und Handelskammertag

---

Zum Thema: **Novellierung des Vergaberechts**

### I. Vorbemerkung

Der Deutsche Industrie- und Handelskammertag (DIHK) nimmt den Beschluss der Bundesregierung „über Schwerpunkte zur Vereinfachung des Vergaberechts im bestehenden System“ zum Anlass, für die IHK-Organisation ein umfassendes Forderungspapier vorzustellen. Leider ist durch die häufigen Änderungen des Vergaberechts sowohl bei den Unternehmen als auch bei den öffentlichen Auftraggebern ein Zustand der Rechtsunsicherheit eingetreten, der möglichst schnell durch eine Novellierung beseitigt werden sollte, die Bestand hat. Insofern plädieren wir nachdrücklich dafür, die Änderungen, die aufgrund des Vorschlags zur Novellierung der Rechtsmittelrichtlinien in deutsches Recht umzusetzen sind, bereits jetzt bei der Reform des deutschen Vergaberechts zu berücksichtigen.

Der Koalitionsvertrag hat bereits einer dringend erforderlichen umfassenden Modernisierung des Vergaberechts enge Grenzen gesetzt. Die dadurch entstandenen „Denkverbote“ spiegeln sich nun in dem Beschluss der Bundesregierung vom 28.6.2006 wider. Die Analyse des Ist-Zustands ergibt nämlich, dass das Vergaberecht – zumindest dort, wo nicht mit Sanktionen rechtswidrigen Handels zu rechnen ist, also im Unterschwellenbereich – nur marginal angewendet wird. Entweder ist durch die Anhebung von Wertgrenzen auf Landesebene der Anwendungsbereich ohnehin stark eingeschränkt, oder es wird die vorgeschriebene Priorität des offenen Verfahrens schlicht nicht eingehalten. Die Konsequenz daraus muss sein, das bürokratische und mittelstandsfeindliche deutsche Vergaberecht grundlegend zu überarbeiten. Wir verweisen insofern auf den Bericht der Bundesregierung zum Vergaberechtsänderungsgesetz, nach dem mittelstandspolitische Aspekte die „Schaffung eines transparenten und anwenderfreundlichen Vergaberechts“ gebieten. Andere Erhebungen und die Erfahrungen der IHK-Organisation bestätigen diese Ist-Analyse.

Im Rahmen der Evaluierung wurde von kleineren und mittleren Unternehmen (KMUs) ausdrücklich die Forderung nach einem Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte erhoben. Es ist für die Unternehmen nicht nachvollziehbar, warum bei der weitaus größten Anzahl der Vergaben und bei dem

Berlin, 4. Dezember 2006

erheblichen Gesamtvolumen der Aufträge faktisch keine Überprüfungsmöglichkeiten der Vergabeverfahren gegeben sind. Wenn der Bericht der Bundesregierung den erzieherischen Aspekt von Nachprüfungsverfahren für die öffentlichen Auftraggeber konstatiert, so kann dies durch die Einführung eines Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte nur positiv gesteigert werden.

Die Ergebnisse einer Umfrage, die die IHK-Organisation im Sommer 2006 bei über 10.000 Unternehmen zu Fragen des Vergaberechts durchgeführt hat, sind in dieses Positionspapier eingeflossen. 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 unterfallen, ist überholt. Es handelt sich um eine einheitliche Rechtsmaterie, die auch einheitlichen Regelungen zu unterwerfen ist. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur Tariftreue (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 spräche vieles dafür, diejenigen Bestandteile der Vergabeverordnung, die materielles Recht regeln, in den 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zu integrieren.

Ein einheitlicher Rechtsrahmen sollte dazu führen, nicht nachvollziehbare Unterschiede zwischen den Vergabeverfahren für Lieferungen und Dienstleistungen sowie für Bauleistungen zu beseitigen. Hierzu gehören auch die Überlegungen, die drei Verdingungs-/Vergabeordnungen möglichst zu vereinheitlichen. Dies kann z. B. durch eine einzige Verdingungsordnung erfolgen. Sie würde nicht

Berlin, 4. Dezember 2006

nur dem EU-Vorbild – eine Richtlinie für alle „klassischen“ Bereiche – entsprechen, sondern insbesondere neueren Entwicklungen wie öffentlich-privaten Partnerschaften Rechnung tragen. Denn hier ergeben sich zukünftig Mischformen aus Dienst- und Bauleistungen, ohne dass vorher eindeutig bestimmbar ist, wo der Schwerpunkt liegt.

Zumindest sollte die VOF in die VOL integriert werden, wie dies auch von der Mehrheit der befragten Unternehmen befürwortet wird

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 Materien in den Verdingungs-/Vergabe- und Vertragsordnungen möglichst unter Zusammenfassung der A-Teile in einer einzigen Verdingungs-/Vergabe- und Vertragsordnung.**

#### 2. Mittelstandsfreundlichkeit

a) 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. 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. Die vielen schriftlichen Hinweise der antwortenden Unternehmen verdeutlichen dies: Die Praxis ist von der Beachtung mittelstandsfreundlicher Ausschreibungen recht weit entfernt.

Daraus resultierende Forderungen zu einer mittelstandsfreundlicheren Ausgestaltung reichen von einer Mindestfrist von 14 Tagen für die Abgabe von Angeboten über die Reduzierung des Umfangs der vorzulegenden Nachweise (3 Monate Geltung des GZR) bis zum Verzicht auf – überzogene – Sicherheitsleistungen.

b) Besondere Probleme bereitet mittlerweile die elektronische Ausschreibung. Zwar ist zu beobachten, dass viele öffentliche Auftraggeber insbesondere auf kommunaler Ebene ihre Ausschreibungen

Berlin, 4. Dezember 2006

im Internet bekannt machen. Hierin erschöpft sich dann aber auch die eGovernment-Fähigkeit. Transaktion oder gar Interaktion findet nur sehr vereinzelt statt. Zudem nutzen viele öffentlichen Auftraggeber ihre eigenen Veröffentlichungsplattformen, 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 Transparenz 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 treten würde. Vielmehr wäre eine Satellitenlösung denkbar, die ihrerseits wiederum mit Verlinkungen auf die Seiten anderer Ausschreibungsmedien oder großer öffentlicher Auftraggeber arbeitet. Damit könnte nicht nur der Wettbewerb intensiviert werden, 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.

Derzeit liegt es noch immer in der Entscheidungsbefugnis des öffentlichen Auftraggebers, ob er die Abgabe von digitalen Angeboten zulässt oder nicht. Dieser Ansatz geht jedoch in die falsche Richtung: Der eVergabe 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. Den vom BMWi vorgeschlagenen Stufenplan zur schrittweisen verbindlichen eVergabe unterstützen wir daher nachdrücklich. Es wäre sehr begrüßenswert, wenn auch die Bundesländer und Kommunen sich an diesen zeitlichen Fahrplan halten würden.

c) Die elektronische Signatur stellt das nächste Problem dar. Während zivilrechtlich allein die qualifizierte elektronische Signatur als Ersatz für eine vorgeschriebene Schriftform Beweiskraft wie eine eigenen Unterschrift hat, sieht nunmehr z. B. die VOL/A die Verwendung der fortgeschrittenen Signatur als ausreichend an. Hierdurch wird eine Rechtsunsicherheit verursacht, die beseitigt werden muss. Dies kann nur dadurch geschehen, dass in sämtlichen Rechtsbereichen, in denen die Schriftform gefordert wird, dieselben Anforderungen an die elektronische Signatur zu stellen sind. 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. Wenn der Gesetzgeber der eVergabe zum Durchbruch verhelfen will, kann er dies am ehesten dadurch erreichen, dass in immer mehr Rechtsgebieten, insbesondere im b2g-Bereich, verpflichtend und ausschließlich die elektronische Signatur zur Anwendung kommt. Um Wettbe-

Berlin, 4. Dezember 2006

werbsnachteile insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen zu vermeiden, sollte dies in einer Übergangszeit zunächst nur bei neuen gesetzlichen Bestimmungen gelten.

d) 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. Bei den rein formalen Nachweisen nach § 7 VOL/A und § 8 VOB/A kommt erschwerend hinzu, dass Auszüge aus dem Gewerbezentralregister nur eine Gültigkeitsdauer von 3 Monaten haben. Somit muss ein Unternehmen sich permanent um die Aktualisierung dieser Auszüge kümmern, zumal die Ausstellung etliche Wochen dauert.

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

#### **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 (Satellitensystem).**

#### 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

Berlin, 4. Dezember 2006

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. Hier zeigen sich aber die Vorzüge eines durchgängig gleichen Rechtsrahmens: Der Aufwand reduziert sich mit der Häufigkeit der Regelanwendung. Zudem könnten neue Veröffentlichungsverfahren dazu beitragen, die Transparenz insgesamt zu erhöhen. Zu denken ist hier an die Bekanntmachung von Beschafferprofilen auch auf kommunaler Ebene. Ebenso kommen „Interessenbekundungsverfahren“ als Möglichkeit zur Markterkundung für noch nicht konkret geplante Vergabeverfahren in Betracht.

Das Ergebnis der Befragung lässt mehrere Schlüsse zu: Der Wirtschaft ist an der Beibehaltung des Vorrangs der öffentlichen Ausschreibung gelegen. Selbst die Einführung einer ex-ante und/oder 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 bei VOL-Ausschreibungen würde vereinheitlicht, die Transparenz der Verfahren erhöht und der Korruption würde mit einer einfachen aber wirkungsvollen Maßnahme entgegengetreten.

Unabhängig davon ist auch zukünftig die Zubenennung von Unternehmen bei nicht offenen Verfahren ein wesentliches Element zur Schaffung von Wettbewerb. Wie die Erfahrungen zeigen, neigen die öffentlichen Auftraggeber in erheblichem Maße dazu, beschränkte Ausschreibungen oder freihändige Vergaben als „normale“ Ausschreibungsverfahren anzuwenden. Hierzu werden sie zudem durch die stetige Anhebung der Wertgrenzen in den Bundesländern verleitet. Gegen diese wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen hilft nur eine Verbreiterung des Bieterkreises durch eine Zubenennung durch die Auftragsberatungsstellen. Diese wird umso wichtiger, wenn die Priorisierung des offenen Verfahrens wegfallen sollte.

#### **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**

Berlin, 4. Dezember 2006

#### 4. Primärrechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte

Der durch das Vergaberechtsänderungsgesetz eingeführte Primärrechtsschutz hat sich grundsätzlich bewährt. Allerdings betrifft er nur eine geringe Anzahl von Verfahren, die zukünftig noch sinken wird, weil die Schwellenwerte angehoben wurden. Damit wird die weitaus größere Zahl von Verfahren, sowohl nach absoluten Zahlen als auch nach Auftragsvolumen, nicht primär justiziabel sein. Bei einer Gesamtauftragssumme von ca. 250 Milliarden € an öffentlichen Aufträgen jedes Jahr in Deutschland ist dies für die Wirtschaft, insbesondere für die kleineren und mittleren Unternehmen, ein nicht hinnehmbarer Zustand. Hieran ändert auch die Rechtsprechung zu einem Primärrechtsschutz über den Verwaltungsrechtsweg nichts. Es kann weder zulasten der Bieter gehen, in welchem Gerichtsbezirk die Vergabestelle ansässig ist, noch kann die nunmehr entstandene Rechtswegzersplitterung hingenommen werden. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sollte den Gesetzgeber ebenfalls nicht daran hindern, hier aktiv zu werden. Daher reicht es nicht aus, den – ohnehin schwer geltend zu machenden - Sekundärrechtsschutz zu verbessern. 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. Denn die Forderung nach einem Primärrechtsschutz beinhaltet nicht gleichzeitig die Forderung nach einem gleich aufwendigen Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, wie er für Nachprüfungsverfahren ab Erreichen der Schwellenwerte geregelt ist. 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 weitergehende Lösung.

#### **Forderung des DIHK:**

#### **Gewährung effektiven Rechtsschutzes auch unterhalb der EU-Schwellenwerte**

#### 5. Vergabefremde Kriterien

Immer wieder versucht die Politik, mit Hilfe des Vergaberechts allgemeinpolitische Ziele in das öffentliche Auftragswesen einzuführen. Auf Landesebene existiert bereits eine Fülle dieser vergabefremden Kriterien (Frauenförderung, Tariftreue). Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Berlin, 4. Dezember 2006

zur Tariftreue hat lediglich die rechtliche Zulässigkeit festgestellt, nicht aber die politische Opportunität. Nun will der Bund dieses Thema für die Ausbildung aufgreifen. Die IHK-Organisation auch als Ausbildungspakt-Partner lehnt dies entschieden ab. Die Erfahrungen mit Ausbildungserlassen in den vergangenen Jahren haben gezeigt, dass damit eine bürokratische Hürde aufgebaut wird, die jedoch materiell keinerlei Erfolg mit sich gebracht hat.

Die befragten Unternehmen weisen in ihren Antworten darauf hin, dass häufig die Forderung, die Einhaltung dieser Kriterien zu erklären, sich als reiner „Papiertiger“ herausstellt, da eine tatsächliche Überprüfung nicht stattfindet und auch nicht stattfinden kann. Daher lehnen fast 60 % der antwortenden Unternehmen vergabefremde Kriterien ab.

Vor dem Hintergrund des kürzlich in Kraft getretenen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) stellt sich zudem die Frage, in wieweit Bestimmungen in einzelnen Bundesländern zur Frauenförderung überhaupt noch zulässig sind.

#### **Forderung des DIHK:**

#### **Abschaffung aller vergabefremder Kriterien und Verzicht auf die Einführung neuer Kriterien**

#### 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 eine freihändige Vergabe ohne zusätzliche Begründung möglich ist.

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.

Die Einführung eines Primärrechtsschutzes unterhalb der EU-Schwellenwerte würde ebenfalls für diese Vergaben gelten.

#### **Forderung des DIHK:**

## **Einführung von bundeseinheitlichen Wertgrenzen für Vergaben bis zu einem bestimmten Betrag**

### 7. Beibehaltung der (niedrigeren) EU-Schwellenwerte

Die neuen EU-Vergaberichtlinien sehen vor, dass die Schwellenwerte, ab denen EU-weit ausgeschrieben werden muss, künftig spätestens alle zwei Jahre überprüft und gegebenenfalls angepasst werden müssen. Zur Wahrung der Rechtssicherheit sowie aus Gründen der Rechtsbeständigkeit sollte der deutsche Gesetzgeber bis auf weiteres darauf verzichten, die Schwellenwerte (geringfügig) anzuheben.

### **Forderung des DIHK:**

**Eine Anpassung der Schwellenwerte muss erst bei einer Unterschreitung der bisherigen Schwellenwerte und sollte erst bei einem deutlichen Überschreiten der bisherigen Schwellenwerte erfolgen.**

### 8. 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 bei diesen Unternehmen ein wesentlich geringerer Spielraum für Preismargen vorhanden ist. 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.

### **Forderung des DIHK:**

**Der Gesetzgeber sollte auch bei den weiteren, noch anstehenden Stufen der Vergaberechtsreform davon Abstand nehmen, elektronische Auktionen und dynamische Beschaffungssysteme einzuführen.**

### 9. 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 Leis-

Berlin, 4. Dezember 2006

tungsfähigkeit haben verstärkt die Frage nach dem Aufwand gestellt, den Unternehmen für die Erbringung der Nachweise betreiben müssen. Die Präqualifizierung reduziert diesen Aufwand sowohl für die Unternehmen als auch für die öffentlichen Auftraggeber erheblich. Die Erfahrungen der Auftragsberatungsstellen in Sachsen, Sachsen-Anhalt, Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern sowie der IHKs in Nordrhein-Westfalen sind sehr positiv. Bei dieser Form der Präqualifizierung 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.

Entscheidend ist, dass es sich um ein bundesweit einheitliches und kostengünstiges System handelt, das für alle föderalen Ebenen gleichermaßen verbindlich ist. Eine Einbeziehung der Nachweise nach VOF in dieses System erscheint wünschenswert. Hierfür wären dann primär die Architekten- und Ingenieurkammern zuständig.

**Forderung des DIHK:**

**Die Präqualifikation von Unternehmen soll sich auf den Ersatz der formalen Nachweise beschränken (Zertifizierungssystem). Wegen ihrer Erfahrungen sollen die Wirtschaftskammerorganisationen Träger der Stellen sein, die die Präqualifizierung im Lieferungs- und Dienstleistungsbereich durchführen.**

10. De-facto-Vergaben und Aufhebung von Ausschreibungen

Die meisten Fälle, die der EU-Kommission bisher zur Nachprüfung vorgelegt worden sind, waren so genannte de-facto-Vergaben, bei denen eine Auftragserteilung ohne jegliches Vergabeverfahren stattgefunden hat. Unabhängig davon, wie die Rechtsprechung diese Fragen entscheidet, bedarf es einer Klarstellung durch den Gesetzgeber. Die Vorschläge zur Änderung der Rechtsmittelrichtlinien sollten deshalb möglichst schon jetzt umgesetzt werden.

Ähnliches gilt für die Rechtmäßigkeit der Aufhebung von Ausschreibungen. In der Praxis ist zunehmend zu beobachten, dass öffentliche Auftraggeber aufgrund eingehender Rügen ihres Vergabeverhaltens das Vergabeverfahren aufheben, obwohl eine Fortführung rechtlich möglich ist.

Dasselbe muss für die Fälle gelten, in denen Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Ausschreibung bewusst fehlerhaft formuliert ist. Hier kann häufig vermutet werden, dass der öffentliche Auftraggeber geradezu auf eingehende Rügen wartet, die es ihm ermöglichen, die Ausschreibung aufzuheben, um im Anschluss daran eine freihändige Vergabe vornehmen zu können.

**Forderung des DIHK:**

**De-facto-Vergaben sind mit der Nichtigkeitsfolge des § 13 VgV zu sanktionieren. Bezüglich des Rechtsschutzes gegen die Aufhebung einer Ausschreibung ist die EuGH- und BGH-Rechtsprechung gesetzlich umzusetzen.**

#### 11. interkommunale Zusammenarbeit

Die Rechtsprechung des EuGH hatte sich in den letzten Monaten intensiv mit der Frage zu beschäftigen, wann Inhouse-Geschäfte oder öffentliche Aufträge 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 Inhouse-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 zusammen zu schließen. 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. Denn jeder, der unter die Definitionen des § 98 GWB fällt, dürfte per se 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.

#### **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**

#### 12. Dienstleistungskonzessionen

Die Überlegungen der EU-Kommission im Rahmen des Grünbuchs zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen zeigen, dass Dienstleistungskonzessionen zukünftig eine immer größere Rolle spielen werden. In

Berlin, 4. Dezember 2006

der Realität ist jedoch festzustellen, dass sie relativ losgelöst von rechtlichen Vorgaben erteilt werden. Dadurch mangelt es für interessierte Unternehmen an der nötigen Rechtssicherheit national, aber auch EU-weit. Die Rechtsprechung des EuGH, die die EU-Kommission in ihrer Mitteilung aufbereitet hat, muss auch hier umgesetzt werden. Das europäische Parlament unterstützt die Kommission darin, einen Regelungsvorschlag zu erarbeiten. Mehr als 55 % der antwortenden Unternehmen halten eine gesetzliche Regelung für notwendig.

**Forderung des DIHK:**

**Dienstleistungskonzessionen müssen auf nationaler Ebene zumindest einem vereinfachten Vergabeverfahren unterworfen werden.**

13. Schienenpersonennahverkehrsleistungen

§ 4 Abs. 3 VgV enthält hierzu eine Spezialregelung, die einseitig die Deutsche Bahn AG bevorzugt. Nicht nur die beim Bundesverfassungsgericht anhängige Verfassungsbeschwerde eines Mitbewerbers gegen die Beauftragung der DB AG ohne förmliche Ausschreibungsverfahren zeigt, dass auf der Schiene im ÖPNV verstärkt Wettbewerb möglich, aber auch notwendig ist. Die Überlegungen auf EU-Ebene zur Novellierung der Verordnung 1191/69 gehen in dieselbe Richtung.

**Forderung des DIHK:**

**Streichung des § 4 Abs. 3 VgV**

14. Primärrechtsschutz oberhalb der EU-Schwellenwerte

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 antragstellenden Unternehmen wünschenswert, wenn es zu einer Vereinheitlichung der Rechtsauffassung kommen würde, bis zu welcher Frist eine Rüge noch als unverzüglich vorgebracht gelten kann.

**Forderung des DIHK:**

**Die Rügefrist muss gesetzlich konkreter geregelt werden.**