

# Stellungnahme

## Vergaberechtsmodernisierung, insbesondere Referentenentwurf einer Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (VgV-E)

12. Jan. 2016

Seite 1

Bitkom vertritt mehr als 2.300 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.500 Direktmitglieder. Sie erzielen mit 700.000 Beschäftigten jährlich Inlands-umsätze von 140 Milliarden Euro und stehen für Exporte von weiteren 50 Milliarden Euro. Zu den Mitgliedern zählen 1.000 Mittelständler, 300 Start-ups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Hardware oder Consumer Electronics her, sind im Bereich der digitalen Medien oder der Netzwirtschaft tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 78 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, 9 Prozent kommen aus Europa, 9 Prozent aus den USA und 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom setzt sich insbesondere für eine innovative Wirtschaftspolitik, eine Modernisierung des Bildungssystems und eine zukunftsorientierte Netzpolitik ein.

### Zusammenfassung

Mit einer hohen Regelungsdichte und neuen Regelungsbereichen fordern die EU-Vergaberichtlinien 2014/24/EU, 2014/25/EU und 2014/26/EU den deutschen Gesetzgeber bei der Umsetzung in deutsches Recht heraus. Durch den Beschluss des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes (VergModG) am 17. Dez. 2015 und der Zustimmung im Bundesrat am 18. Dez. 2015 sind nunmehr wichtige Schritte erfolgt.

Auch der für Bitkom besonders relevante und dieser Stellungnahme anlassgebende Referentenentwurf der Vergabeverordnung vom 9. Nov. 2015 (VgV-E) liegt als Teil der Mantelverordnung zur Modernisierung des Vergaberechts vor. Bitkom begrüßt, dass trotz der erheblichen Komplexität der Vergaberechtsreform und der stufenweisen Umsetzung eine fristgerechte Umsetzung der Richtlinien und damit formale Rechtssicherheit bis zum 18. April 2016 in Aussicht steht.

Die neue innere Normstruktur im vergaberechtlichen Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und im Entwurf über die Vergabeverordnung (VgV-E) ist gut gelungen. Beide Regelwerke sind übersichtlich und für den Rechtsanwender verständlich formuliert.

Bundesverband  
Informationswirtschaft,  
Telekommunikation  
und Neue Medien e.V.

**Felix Zimmermann**  
**Bereichsleiter Öffentliches**  
**Auftragswesen & Vergaberecht**  
T +49 30 27576-526  
f.zimmermann@bitkom.org

Albrechtstraße 10  
10117 Berlin

Präsident  
Thorsten Dirks

Hauptgeschäftsführer  
Dr. Bernhard Rohleder

## Stellungnahme Vergaberechtsmodernisierung, insbesondere VgV-E

Seite 2|20

Die äußere Struktur des neuen Vergaberechts unter teilweiser Abschaffung des Kaskadenprinzips kann hingegen nicht überzeugen. Die Hoffnungen auf eine einheitliche Regelung von Ober- und Unterschwellenvergaben in Bund und Ländern haben sich zerstreut. Bitkom befürwortet weiterhin eine bundesweit harmonisierte Regelung des gesamten Vergaberechts. Besonders die Zersplitterung der Rechtslage in Landesvergabegesetze ist aus Sicht der IT-Wirtschaft angesichts weltweiter Märkte nicht nachvollziehbar.

— Als Digitalverband begrüßt Bitkom besonders, dass der europäische Gesetzgeber die elektronische Vergabe (E-Vergabe) für alle europaweiten Ausschreibungen in der gesamten Europäischen Union verbindlich vorgeschrieben hat. Erfreulicherweise sieht der deutsche Gesetzgeber dabei die signaturlose elektronische Kommunikation im Referentenentwurf der VgV-E als Standardfall an. Das erspart den Akteuren im Vergabeverfahren unnötigen Aufwand. Zudem verhindert es eines der größten Akzeptanzprobleme, unter dem die E-Vergabe in Deutschland bisher gelitten hatte.

— Bitkom fordert den Bund, die Länder und die Kommunen dringend dazu auf, bundesweit einheitliche technisch-organisatorische Standards für die E-Vergabe einzuführen. Damit sollte die Regelungslücke zwischen dem abstrakten Gesetz und der jeweiligen praktischen Handhabung bei den Vergabestellen geschlossen und bundesweit harmonisiert werden. Dies ist erforderlich, da der Markt für öffentliche Aufträge überregional und umso effektiver ist, je mehr er an die Bedürfnisse von Auftraggebern und Auftragnehmern übergreifend angepasst ist. In den Erarbeitungsprozess solcher technisch-organisatorischen Standards sollten beide Seiten des Vergabeverfahrens, Auftraggeber und Auftragnehmer, als maßgebliche Stakeholder einbezogen werden. Darüber hinaus sind die E-Vergabe-Anbieter zu beteiligen, die mit ihren Lösungen und Services künftig einen hohen gestaltenden Einfluss auf die Abläufe des Markts für öffentliche Aufträge haben.

Mit großer Sorge betrachtet Bitkom die bereits in den EU-Vergaberichtlinien angelegten Verschlechterungen der Rahmenbedingungen für Auftragnehmer. Gleichzeitig vergrößern sich die Handlungsspielräume der öffentlichen Auftraggeber stark und das Vergabeverfahren wird um strategische Zwecksetzungen erweitert. Der Spielraum des deutschen Gesetzgebers insbesondere in der Vergabeverordnung sollte dafür genutzt werden, dies ohne substanzielle Nachteile für beide Seiten auszugleichen. Neue, erweiterte bzw. „schärfere“ vergaberechtliche Instrumente der öffentlichen Auftraggeber sollten nur unter verstärkten Transparenz- und Begründungsanforderungen eingeräumt werden.

Beispiele sind: Extrem kurze Angebotsfristen, vergaberechtsfreie Inhouse-Geschäfte bei gleichzeitiger Betätigung auf dem privaten Markt und erweiterte Regelungen zur interkommunalen Kooperation. Auch die neuen Sonderregelungen zivilrechtlicher Art, z.B. erweiterte Kündigungsmöglichkeiten, sind zumeist einseitig die öffentlichen Auftraggeber bevorteilend ausgestaltet. Es wird damit ein Sonderzivilrecht für öffentliche Auftraggeber geschaffen, das sich vom Gedanken des Kräftegleichgewichts zweier privatautonomer Partner entfernt. Der Markt für öffentliche Aufträge bedarf aber der beiderseitigen Akzeptanz, da die öffentlichen Auftraggeber nur das einkaufen können, was ihnen zu einvernehmlichen Bedingungen angeboten wird.

# Stellungnahme Vergaberechtsmodernisierung, insbesondere VgV-E

Seite 3|20

## Inhalt

Seite

<b>1 Zur Vergaberechtsmodernisierung .....</b>	<b>4</b>
1.1 Neue Struktur.....	4
1.2 E-Vergabe.....	5
1.2.1 Vertrauen und Sicherheit bei der E-Vergabe.....	5
1.2.2 Registrierung und proaktive Information bei der E-Vergabe.....	6
1.2.3 Technisch-organisatorische Standardisierung der E-Vergabe.....	6
1.2.4 Weitere elektronische Tools.....	7
1.3 Kleine und mittelständische Unternehmen (KMU), Start-ups.....	8
1.3.1 Losbildung .....	8
1.3.2 Eignungsvoraussetzungen .....	8
1.3.3 Nebenangebote.....	9
1.3.4 Innovationspartnerschaft.....	10
1.4 Fristen.....	10
1.5 Strategische Vergabekriterien .....	11
1.6 Lebenszykluskosten.....	11
1.7 Vorrang des offenen Verfahrens .....	11
1.8 Der Staat als Wettbewerber .....	12
1.9 Terminologien.....	12
<b>2 Zum Referentenentwurf der Vergabeverordnung (VgV-E) im Besonderen .....</b>	<b>13</b>
2.1 Keine Öffnungsklausel bei der Schätzung des Auftragswerts, § 3 VgV-E.....	13
2.2 Gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe spezifizieren, § 4 VgV-E.....	14
2.3 Verhandlungsverfahren mangels Haushaltsmitteln, § 14 Abs. 3 VgV.....	14
2.4 Angemessene Fristsetzung, § 20 VgV-E.....	15
2.5 Anwendung der VOL/B muss verpflichtend sein, § 29 VgV-E.....	15
2.6 Wiedereinführung des ungewöhnlichen Wagnisses, § 31 VgV .....	16
2.7 Produktneutralität in der Leistungsbeschreibung, § 31 VgV-E.....	16
2.8 Einreichung von Nebenangeboten fördern, § 35 VgV-E.....	17
2.9 Unteraufträge, § 36 VgV-E.....	18
2.10 Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit, § 45 VgV-E.....	18
2.11 Technische und berufliche Leistungsfähigkeit, § 46VgV-E.....	18
2.12 Einheitliche Europäische Eigenerklärung, § 50 VgV-E.....	19
2.13 Ungewöhnlich niedriges Angebot, § 60 VgV-E.....	19
2.14 Aufhebung von Vergabeverfahren, § 63 VgV.....	20

## Stellungnahme Vergaberechtsmodernisierung, insbesondere VgV-E

Seite 4|20

### 1 Zur Vergaberechtsmodernisierung

Die aktuelle Vergaberechtsmodernisierung ist die bedeutendste Reform des Vergaberechts seit der Einführung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes. Dabei haben die EU-Vergaberichtlinien 2014/24/EU, 2014/25/EU und 2014/26/EU eine bisher nicht dagewesene hohe Regelungsdichte vorgegeben. Die nationale Umsetzung im beschlossenen Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (VergModG) und dem Entwurf einer Mantelverordnung zur Vergaberechtsmodernisierung musste daher eine entsprechende Breiten- und Tiefenwirkung haben.

Der weitaus überwiegende Teil der an öffentlichen Aufträgen interessierten Bitkom-Mitgliedsunternehmen ist im Bereich der Lieferungen und Leistungen für klassische öffentliche Auftraggeber tätig. Daher beschränkt sich diese Stellungnahme auf den neuen vergaberechtlichen Teil des beschlossenen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sowie den Referentenentwurf der Vergabeverordnung in der Mantelverordnung zur Vergaberechtsmodernisierung.

#### 1.1 Neue Struktur

Die innere Struktur des neuen vergaberechtlichen Teils im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und des Entwurfs über die Vergabeverordnung (VgV-E) ist gelungen. Beide Regelwerke sind übersichtlich und für den Rechtsanwender verständlich formuliert. Besonders gut gelungen ist die Aufteilung in die Phasen des Vergabeverfahrens und die Aufteilung in übergreifende und besondere Teile unter Verweis auf die jeweils geltenden Rechtsordnungen.

Die äußere Struktur des neuen Vergaberechts ist hingegen weniger gut gelungen. Zwar gehen die VOF und die Regelungen für EU-weite Vergaben der VOL/A in der neuen VgV-E auf. Es kann allerdings nur formal von einer Verschlinkung des Vergaberechts gesprochen werden. Denn weiterhin gelten für die Bereiche der Unterschwellenvergabe die bisherigen Regeln aus dem ersten Abschnitt der VOL/A. Dadurch entsteht eine inhomogene Rechtslage mit zum Teil höheren rechtlichen Anforderungen unterhalb der Schwellenwerte, z.B. Signaturerfordernis bei Unterschwellenvergaben und ausreichender Textform bei Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte. Zudem hätte sich der Gesetzgeber nach Ansicht des Bitkom entscheiden sollen, ob er das Kaskadenprinzip bestehend aus GWB, VgV, VOF, VOL/A und VOB/A beibehält oder es vollständig abschafft. Gegen die teilweise oder vollständige Abschaffung der Vergabe- und Vertragsausschüsse spricht aus Sicht des Bitkom, dass der Markt für öffentliche Aufträge ein gemeinsames Verständnis der Auftraggeber und -nehmer über die zum Auftrag führenden Rahmenbedingungen erforderlich macht.

Das gesamte Vergaberecht sollte bei der nächsten vergaberechtlichen Reform bundesweit einheitlich geregelt werden. Besonders die unterschiedlichen Rechtslagen in den Bundesländern sind aus Sicht der IT-Wirtschaft angesichts weltweiter Märkte für die angebotenen Leistungen nicht nachvollziehbar.

## Stellungnahme Vergaberechtsmodernisierung, insbesondere VgV-E

Seite 5|20

### 1.2 E-Vergabe

Als Digitalverband begrüßt Bitkom besonders die verpflichtende Einführung der E-Vergabe. Sie ist für öffentliche Auftraggeber und Bieter gleichermaßen vorteilhaft und sollte künftig auch für den Unterschwellenbereich in Bund und Ländern verbindlich festgelegt werden.

Die wenigen Ausnahmen von der E-Vergabe sind nachvollziehbar und zutreffend geregelt. Die Entscheidung für die verpflichtende E-Vergabe wird dazu beitragen, dass die seit vielen Jahren proklamierten Effizienzgewinne tatsächlich greifbar werden. Bitkom zweifelt allerdings an, dass sich die im Vergaberechtsmodernisierungsgesetz angegebenen Aufwandsersparnisse für die öffentlichen Auftraggeber und Wirtschaftsteilnehmer in der vorgetragenen Höhe erzielen lassen. Die Berechnungsgrundlagen für den Erfüllungsaufwand auf Seiten der Wirtschaft sind schlichtweg nicht nachvollziehbar.

#### 1.2.1 Vertrauen und Sicherheit bei der E-Vergabe

Richtigerweise hat der deutsche Gesetzgeber im Referentenentwurf der VgV-E für Teilnahmeanträge und Angebote die signaturlose elektronische Kommunikation als Standardfall gewählt.

Die Akzeptanzprobleme, die mit der Anschaffung, Einrichtung und dem Handling von Signaturen einhergehen, sind vielfältig. Zwar bieten signierte Erklärungen eine zuverlässige Identifikation des Erklärenden, lassen eine Überprüfung der Datenintegrität zu und haben eine weitergehende rechtliche Bedeutung. Nach Ansicht des Bitkom kommt es darauf aber im Wesentlichen nicht an. Wichtig ist die Verhinderung und ggf. nachträgliche Aufdeckung von Missbrauchsfällen, wenn etwa die Urheberschaft einer Erklärung bzw. eine Nutzeraktion im E-Vergabe-System in Frage steht. Derartige Fälle werden zu einem großen Teil durch die Verwendung von E-Vergabe-Systemen vermieden. Denn die Nutzer eines E-Vergabe-Systems befinden sich spätestens bei der Einreichung von Anträgen oder Angeboten in einer geschützten technischen Umgebung, in der Identifikation, Nutzeraktionen und Datenintegrität hinreichend festgestellt werden können. Dazu gehört z.B. das Login mit einem Nutzerkonto, die vorherige Registrierung sowie weitere technischen Maßnahmen wie etwa Protokollierung der Zugriffe, gesicherte Verbindungen und Verschlüsselungen.

Aus den Anforderungen an die Sicherheit und Vertraulichkeit der elektronischen Mittel und Daten in §§ 10, 11 VgV-E ergibt sich, dass einfache (Klartext-) E-Mails für das Einreichen von Teilnahmeanträgen und Angeboten nicht ausreichend sind. Bitkom begrüßt diese Regelung, da dies de-facto zum Einsatz vollwertiger E-Vergabe-Systeme führen wird. Vorteilhaft ist dies für öffentliche Auftraggeber und Bieter gleichermaßen. Denn dadurch können standardisierte und weitaus besser beherrschbare sowie gegen äußere Einflüsse abgesicherte Kommunikationskanäle zwischen den Kommunikationsteilnehmern geschaffen werden. Dies ermöglicht sinnvolle und den Wettbewerb unterstützende Funktionalitäten zur Fehlervermeidung wie etwa sofortige Rückmeldungen bei fehlenden oder formal nicht validen Daten.

## Stellungnahme Vergaberechtsmodernisierung, insbesondere VgV-E

Seite 6|20

Essentiell bei der Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel ist, dass die öffentlichen Auftraggeber die technische Verfügbarkeit gewährleisten sowie mit entsprechenden technischen und organisatorischen Maßnahmen für sichere Kommunikationskanäle, sicheres Handling und sichere Archivierung der kommunizierten Daten sorgen, insbesondere in Bezug auf die Angebote und Daten der Unternehmen.

### 1.2.2 Registrierung und proaktive Information bei der E-Vergabe

Bitkom unterstützt die Regelung, nach der die Auftragsbekanntmachung und Vergabeunterlagen registrierungsfrei zugänglich sein müssen. Allerdings geht mit der konkreten Ausgestaltung des § 9 Abs. 3 VgV-E der Nachteil einher, dass vorab nicht zwingend ein Kommunikationskanal zu den interessierten Wirtschaftsteilnehmern zur Verfügung steht. Insoweit sind öffentliche Auftraggeber nach dem aktuellen Stand des Verordnungsentwurfs folgekonsequent auch nicht dazu verpflichtet, die Interessenten proaktiv per „Push-Nachricht“ über Änderungen des Vergabeverfahrens zu informieren. Stattdessen müssten sich die Interessenten selbst informieren, ob sich zwischenzeitliche Änderungen im Vergabeverfahren ergeben haben.

Bitkom fordert den Ordnungsgeber dazu auf, die öffentlichen Auftraggeber zum einen dazu zu verpflichten, eine für die Wirtschaftsteilnehmer freiwillige Registrierung ab Bekanntmachung eines Auftrags zur Verfügung zu stellen. Zum anderen sollten die öffentlichen Auftraggeber dazu verpflichtet werden, die freiwillig registrierten Interessenten auch fortlaufend über Änderungen am Vergabeverfahren oder deren Grundlagen unverzüglich zu informieren. Dabei kann zur Erleichterung der Nachweisbarkeit für die öffentlichen Auftraggeber darauf abgestellt werden, dass lediglich der Versand der Mitteilung z.B. per E-Mail durch entsprechende Protokolle zu belegen ist.

Der „cheapest cost avoider“ im Sinne der ökonomischen Analyse des Rechts ist in diesem Falle der öffentliche Auftraggeber. Andernfalls müssen an vielfachen Stellen bei den interessierten Wirtschaftsteilnehmern Recherchen ausgelöst werden, ob sich Änderungen bei den Vergabeverfahren ergeben haben. Die Pflicht zur proaktiven Information wäre ein fairer und praxisgerechter Ausgleich für die neuen erheblich verkürzten Fristen im Vergabeverfahren. Darüber hinaus handelt es sich bei derartigen Informationskanälen um weitgehend standardmäßig verfügbare Funktionalitäten elektronischer Kommunikationssysteme. In aller Regel sind diese ohne bzw. ohne nennenswerte Mehrkosten oder Aufwände auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber nutzbar.

### 1.2.3 Technisch-organisatorische Standardisierung der E-Vergabe

Bitkom fordert die Regierungen und Verwaltungen in Bund, Ländern und Kommunen dringend dazu auf, bundesweit einheitliche technisch-organisatorische E-Vergabe-Standards einzuführen. Der von Bitkom und seinen Mitgliedern unterstützte XVergabe-Standard ist zur vollständigen Standardisierung der E-Vergabe nicht ausreichend. Er regelt äußerst wichtige Datenschnittstellen von Hintergrund-Diensten der E-Vergabe, behandelt jedoch keine Mindestanforderungen an das Front- oder Backend der E-Vergabe etwa im Sinne von: Sicherheitslevel der elektronischen Kommunikation und Archivierung, Service-Level, Verfügbarkeit von Diensten, Umfang von verpflichtenden Registrierungsdaten, Intensität und Dauer von Prüfprozessen bei der Registrierung oder etwa maximale Dateigrößen beim Hochladen der Angebote.

## Stellungnahme Vergaberechtsmodernisierung, insbesondere VgV-E

Seite 7|20

Solche technisch-organisatorischen Standardisierungen sind jedoch überaus sinnvoll und stärken den Markt für öffentliche Aufträge. Der in E-Vergabe-Systemen stattfindende Wettbewerb ist umso effektiver, je mehr er überregional die Bedürfnisse von Auftraggebern und Auftragnehmern gleichermaßen berücksichtigt und übergreifend standardisiert ist. In den Erarbeitungsprozess solcher technisch-organisatorischen Standards sollten Auftraggeber und Auftragnehmer als maßgebliche Stakeholder des Vergabeverfahrens einbezogen werden. Darüber hinaus müssten die E-Vergabe-Anbieter beteiligt werden, die mit ihren Lösungen und Services einen hohen gestaltenden Einfluss auf Details des Marktplatzes für öffentliche Aufträge haben.

### 1.2.4 Weitere elektronische Tools

Flankierend zur verpflichtenden E-Vergabe hat der EU-Gesetzgeber weitere elektronische Tools verabschiedet, die nunmehr auch ins deutsche Recht umgesetzt werden: Elektronische Kataloge, die Datenbank E-Certis, die elektronische Version der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) und das nunmehr elektronische dynamische Beschaffungssystem sind nach Ansicht des Bitkom sinnvolle Ergänzungen zur E-Vergabe. Allerdings besteht auch an dieser Stelle ein starker Bedarf nach technisch-organisatorischer Standardisierung unter Einbeziehung aller Akteure, was bisher nicht oder nur unzureichend erfolgt ist.

Teilweise kritisch sieht Bitkom hingegen die neuen weitreichenden Möglichkeiten der elektronischen Auktion. Positiv ist jedenfalls die Flexibilität, Auktionen über jegliche Zuschlagskriterien und damit nicht nur über den Preis vorzusehen. Technisch ist dies ohne weiteres machbar. Es bleibt abzuwarten, ob entsprechende Vergabeverfahren mit Vorbildwirkung durchgeführt werden. Allerdings verursachen Auktionen einen hohen logistischen Aufwand auf Seiten der Wirtschaftsteilnehmer und verleiten zu ruinösen Preiskämpfen. Negativbeispiele sind die früheren Lizitationen.

Insbesondere für den Fall eines bereits durchgeführten Verhandlungsverfahrens sieht Bitkom nur wenig Bedarf für weitere Preisrunden im Rahmen einer Auktion. Denn in den Verhandlungen mit dem öffentlichen Auftraggeber werden fachliche und rechtliche Kompromisse immer vor dem Hintergrund von Preiskalkulationen geschlossen. Durch den Preisdruck neigt eine nachfolgende Auktion dazu, das Verhandlungsergebnis wieder in Frage zu stellen.

Eine Herausforderung bei Auktionen ist die zunehmende Verlagerung allgemeiner und schwer kalkulierbarer Risiken auf den Auftragnehmer. Eine entsprechende Nachprüfung ist seit der Streichung des ungewöhnlichen Wagnisses in der VOL/A nicht mehr möglich. In der Auktion kann es dadurch leichter zu Fehleinschätzungen der Risiken kommen, die sich aus dem Auftrag ergeben können. Elektronische Auktionen sollten daher nach Ansicht des Bitkom nur in Einzelfällen und nach tiefgehender Planung von erfahrenen öffentlichen Auftraggebern durchgeführt werden.

## Stellungnahme Vergaberechtsmodernisierung, insbesondere VgV-E

Seite 8|20

### 1.3 Kleine und mittelständische Unternehmen (KMU), Start-ups

Aufgrund seiner Mitgliederstruktur ist Bitkom ein starker Vertreter der Belange von kleinen und mittelständischen Unternehmen sowie Start-ups der Digitalbranche in Deutschland. Ein wichtiges Anliegen ist daher der Ausgleich struktureller Nachteile dieser Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.

Dies ist auch im Sinne des Beschaffungswesens, dem angesichts der enormen Nachfragemacht des Staates und mit hohen Auftragsvolumina eine starke beschäftigungspolitische Dimension zukommt. Über die rein staatliche Bedarfsdeckung hinaus kann der öffentliche Einkauf starke Impulse für Innovationen, Wachstum und Beschäftigung setzen. Da die Leistungsfähigkeit der Digitalwirtschaft in Deutschland in hohem Maße durch KMU geprägt ist und sich die digitale Innovationsfähigkeit in Deutschland besonders in den Start-ups ausdrückt, müssen strukturelle Nachteile für die Beauftragung dieser Unternehmensgruppen ausgeglichen werden. Entsprechende zumutbare Maßnahmen sollten daher von politischer und gesetzgeberischer Seite, aber auch von den öffentlichen Auftraggebern in der Vergabepaxis, ergriffen werden.

#### 1.3.1 Losbildung

Bitkom begrüßt, dass die Belange der kleinen und mittelständischen Unternehmen sowie Start-ups bei der Aufteilung in Fach- und Teillose im neuen § 97 Abs. 4 GWB nach wie vor berücksichtigt wurden. Der deutsche Gesetz- und Verordnungsgeber hat es richtigerweise bei der Pflicht des öffentlichen Auftraggebers zur Losaufteilung mit hohen Anforderungen an die Zusammenlegung von Losen belassen, obwohl die EU-Richtlinie dies nicht als zwingende Vorgabe beinhaltet.

Aufgrund der innovations- und beschäftigungspolitischen Dimension des öffentlichen Einkaufs ist den öffentlichen Auftraggebern ein eventueller Mehraufwand bei der Koordinierung von Fach- und Teillosten zuzumuten. Unternehmen aus dem Bereich der KMU und Start-ups hätten im Bereich der europaweiten öffentlichen Ausschreibung ohne Losaufteilung wenig Chancen auf einen eigenen Zuschlag oder könnten sich lediglich als Subunternehmer beteiligen. Für große Unternehmen ergibt sich daraus zugleich kein substanzieller Nachteil, denn sie können sich gleichzeitig um mehrere Lose bewerben.

#### 1.3.2 Eignungsvoraussetzungen

Für kleine und mittelständische Unternehmen sowie Start-ups stellt die Eignungsprüfung im Vergabeverfahren eine hohe Einstiegshürde dar. Zum einen ist ein erheblicher administrativer Aufwand für die Teilnahme am Vergabeverfahren zu stemmen. Zum anderen verlangen öffentliche Auftraggeber als Nachweis für die beruflich-technische Leistungsfähigkeit des Unternehmens in aller Regel mehrere Referenzen über mehrere erfolgreich durchgeführte Aufträge. Hinzu kommen nicht zu unterschätzende Anforderungen an die wirtschaftlich-finanzielle Leistungsfähigkeit auf Basis bestimmter Mindest-Jahresumsätze und Mindest-Arbeitnehmerzahlen.



## Stellungnahme Vergaberechtsmodernisierung, insbesondere VgV-E

Seite 9|20

Ohne eine beruflich-technische und wirtschaftliche finanzielle Prüfung der Unternehmen ließe sich eine valide Eignungsprüfung sicherlich nicht durchführen. Bitkom hat jedoch in der Vergangenheit beobachtet, dass aus dem nachvollziehbaren Bedürfnis der Absicherung zu unverhältnismäßig hohen Anforderungen gegriffen wird, bei denen viele KMU und Start-ups keine Chance auf die Teilnahme am Vergabeverfahren haben.

Richtigerweise sieht § 45 Abs. 2 VgV-E zwar eine Begrenzung dergestalt vor, dass der Mindestjahresumsatz grundsätzlich nicht das Zweifache des geschätzten Auftragswerts überschreiten darf. Nur ausnahmsweise kann bei speziellen im Auftragsgegenstand liegenden Gründen ein höherer Umsatz gefordert werden, sofern dies im Vergabevermerk oder in den Vergabeunterlagen dokumentiert wird. Auch hinsichtlich der technisch-beruflichen Leistungsfähigkeit sind die Anforderungen in § 46 VgV-E grundsätzlich dergestalt, dass öffentliche Auftraggeber für KMU und Start-ups eine entsprechend niedrige Anzahl an Referenzen fordern könnten. Dennoch sieht die Realität in der Auftragsvergabe anders aus.

Bitkom fordert daher, dass in der Begründung der VgV-E besonders darauf hingewiesen wird, dass die Anforderungen an die Eignung dynamisch danach bemessen werden sollten, von welchen Unternehmenstypen der Beschaffungsgegenstand potenziell angeboten wird. Bereits im Rahmen der Marktanalyse müssen öffentliche Auftraggeber darauf achten, ob es sich um eine typischerweise auch von KMU oder Start-ups angebotene Leistung handelt. Bisher sieht die Begründung des Entwurfs der Vergabeverordnung einen entsprechenden Hinweis nicht in dieser Klarheit vor.

### 1.3.3 Nebenangebote

Durch Nebenangebote im Vergabeverfahren hat der öffentliche Auftraggeber auf eine einfache Art und Weise die Möglichkeit, innovative und mehrwertbietende Leistungen zu beschaffen. Dabei handelt es sich nicht selten um Leistungen, an die der Beschaffer bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung nicht oder nicht so gedacht hat oder um Leistungen, die in besonderer Konfiguration oder Zusammenstellung „auch“ den Beschaffungsbedarf decken. Besonders Start-ups, aber auch KMU und große Unternehmen, profitieren gleichzeitig davon, wenn Nebenangebote im Vergabeverfahren eingereicht werden können.

In der Digitalbranche gilt dabei wie z.B. im Bausektor, dass die geforderte Funktionalität in aller Regel über mehrere Wege und mit unterschiedlichen Mitteln erreicht werden kann. Als Beispiel sind sogenannte „disruptive Technologien“ zu nennen wie etwa Voice-Over-IP. Innerhalb kürzester Zeit wurden an vielen Stellen frühere ITK-Technologien damit ersetzt, weil zusätzliche Funktionalitäten und Mehrwerte mit insgesamt niedrigeren Kosten zu realisieren sind. Nicht immer wird dabei ein Nebenangebot die wirtschaftlichste Lösung sein und das Vergabeverfahren gewinnen. Wenn ein Nebenangebot jedoch gar nicht erst zugelassen ist, können sich innovative Leistungen dem Wettbewerb nicht stellen und der Staat partizipiert nicht an neuen, innovativen Technologien.

Bitkom schlägt vor, Nebenangebote im Interesse innovativer Unternehmen und zugleich im Interesse des innovativen staatlichen Einkaufs zumindest im Rahmen der Gesetzesbegründung zu fördern. Umgekehrt zur europarechtlich nach

## Stellungnahme Vergaberechtsmodernisierung, insbesondere VgV-E

Seite 10|20

Art. 45 Abs. 1 RL 2014/24/EU vorgegebenen Rechtslage sollten öffentliche Auftraggeber in der Praxis nur im Ausnahmefall auf Nebenangebote verzichten.

### 1.3.4 Innovationspartnerschaft

Bitkom begrüßt die neuen Regelungen über die Innovationspartnerschaft im neuen § 119 Abs. 1 GWB und in § 19 VgV-E. Zwar gibt es mit diesem Verfahrensinstrument bisher keinerlei Erfahrungen. Es besteht aber nach Meinung des Bitkom die Aussicht, dass es sich insbesondere für den Einkauf innovativer ITK-Leistungen als tauglich erweist. Insbesondere für den Einkauf von Leistungen aus der digitalen Start-up-Branche eignet sich die neue Verfahrensart. Öffentliche Auftraggeber sollten in der Begründung darauf hingewiesen werden, insbesondere die Kriterien und Bewertungsmaßstäbe einer möglichen Kündigung nach § 19 Abs. 9 VgV im Voraus besonders deutlich und klar formulieren, um nachträglichen Streit über die Fortführung oder den Verbleib von Leistungen zu vermeiden.

### 1.4 Fristen

Bitkom kritisiert die bereits in den EU-Vergaberichtlinien vorgegebenen Mindestfristen als deutlich zu kurz. Dies zeigt sich etwa beim offenen Verfahren: Angebote können künftig nach § 15 Abs. 2 VgV-E innerhalb von 35 Tagen ab Absendung der Bekanntmachung verlangt werden. Mit elektronischer Kommunikation sind es nach § 15 Abs. 4 VgV-E fünf Tage weniger. Da die E-Vergabe zum verpflichtenden Standard wird, beträgt die Mindestfrist im offenen Verfahren daher 30 Tage. Bisher sind mindestens 52 Tage bzw. bei elektronischer Bekanntmachung mindestens 45 Tage in der VOL/A vorgesehen.

Die Zeitersparnis durch die neue E-Vergabe kann derartig kurze Fristen nicht aufwiegen. Zwar handelt es sich lediglich um Mindestfristen und Fristen müssen nach § 20 VgV-E angemessen sein. Die Erfahrung zeigt jedoch, dass Mindestfristen mit Regelfristen gleichgesetzt werden.

Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, dass bis zur Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union und die anschließende Übernahme in nationale E-Vergabe-Systeme bereits mehrere Tage verstreichen. Angesichts aktueller Erfahrungen dürften vom Zeitpunkt der ersten möglichen Kenntnisnahme eines interessierten Auftragnehmers bis zur Abgabefrist effektiv nur zwischen 25 und 28 Tage von den 30 Tagen im offenen Verfahren verbleiben.

Es wird daher für die Unternehmen darauf ankommen, sofort von Ausschreibungen zu erfahren und sofort zu reagieren. Bei europaweiten Ausschreibungen handelt es sich aber in der Regel um großvolumige Aufträge, bei denen Abstimmungen über Preise und Bedingungen mit Lieferanten und Subunternehmen erforderlich sind. Der Zeitbedarf hierfür multipliziert sich dadurch, dass wichtige Rahmenbedingungen erst im Laufe des Vergabeverfahrens durch Bieterfragen geklärt werden. Die Unternehmen müssen Gelegenheit zur erneuten internen und externen Abstimmung haben. Darüber hinaus kann bezweifelt werden, dass Bieter aus dem europäischen Ausland bei derart kurzen Fristen mitbieten können. Auftraggeber sollten Mindestfristen daher nur im Ausnahmefall und nur bei stark standardisierten Beschaffungsgegenständen wählen.

## Stellungnahme Vergaberechtsmodernisierung, insbesondere VgV-E

Seite 11|20

Bitkom fordert den Ordnungsgeber dringend dazu auf, in geeigneter Form auf die Angemessenheit von Fristen hinzuweisen. Dies kann etwa durch einen sprachlichen Verweis auf § 20 VgV-E bei den jeweiligen Fristenregelungen erfolgen.

### 1.5 Strategische Vergabekriterien

Bei der Implementierung sozialer und anderer strategischer Kriterien in das Vergabeverfahren unter Erweiterung auf die Produktionsbedingungen ist richtigerweise der Produktbezug maßgeblich. In diesem Zusammenhang fordert Bitkom die öffentlichen Auftraggeber dazu auf, ausschließlich tatsächlich und rechtlich erfüllbare Forderungen und Nachweise von den potenziellen Auftragnehmern einzufordern. Insbesondere bei grenzüberschreitenden Liefer- und Leistungsketten sind entsprechend lange Fristen zur Einreichung von Nachweisen einzuräumen.

### 1.6 Lebenszykluskosten

Bitkom begrüßt, dass das neue Vergaberecht in § 104 GWB und § 59 VgV-E die Berechnung von Lebenszykluskosten als mögliches Bewertungskriterium explizit vorsieht. Die Berücksichtigung von Lebenszykluskosten eröffnet potenziell hervorragende Möglichkeiten für einen breiten, intensiven und ausdifferenzierten Wettbewerb. Durch die Einbeziehung zukünftig anfallender Aufwände kann die Effektivität der eingesetzten Haushaltsmittel verbessert werden. Auch wenn es den öffentlichen Auftraggebern bisher schon möglich war, dieses Instrument im Rahmen der Wirtschaftlichkeit zu berücksichtigen, so ist die ausdrückliche Regelung von Lebenszykluskosten ein richtiges Signal. Die Anforderungen in § 59 Abs. 2 und 3 VgV-E sind auch zutreffend formuliert.

Bitkom fordert die öffentlichen Auftraggeber jedoch dringend dazu auf, fachlich belastbare und präzise Berechnungsmethoden zu verwenden. Die Umsetzung von fiktiven Aufwänden und Nutzungsszenarien in mathematische Berechnungs- und Bewertungsformeln birgt leicht die Gefahr, an der Realität vorbeizugehen. Fehlende Genauigkeit bei den Vorgaben und fehlende einheitliche Standards können somit schnell zu ungewollten Wettbewerbsverzerrungen führen. Hinzu kommt, dass es auf Seiten der Auftragnehmer zwangsläufig zu erhöhten Aufwänden bei der Zusammenstellung und Kalkulation der Angebote kommt. Der gesteigerte Abstimmungsbedarf bei den Unternehmen intern und mit Zulieferern sowie Subunternehmern muss sich daher in entsprechend verlängerten Fristen für die Abgabe von Angeboten widerspiegeln.

### 1.7 Vorrang des offenen Verfahrens

Die EU-Richtlinien sehen vor, dass sich der öffentliche Auftraggeber zwischen dem offenen und nichtoffenen Verfahren frei entscheiden kann. Eine unterschiedliche Gewichtung beider Vergabeverfahrensarten wird demnach nicht vorgegeben, ist aber im bisherigen deutschen Vergaberecht so kodifiziert.

Die deutsche Umsetzung im neuen § 119 Abs. 2 GWB ist nicht beim Vorrang des offenen Verfahrens geblieben. Bitkom kritisiert diese Entscheidung. Das offene Verfahren ist insbesondere bei Standardausschreibungen wettbewerbsintensiver und daher vorzugswürdig.

## Stellungnahme Vergaberechtsmodernisierung, insbesondere VgV-E

Seite 12|20

### 1.8 Der Staat als Wettbewerber

Beruhend auf den Richtlinienvorgaben hat die Vergaberechtsreform die Instrumente der öffentlichen Hand im vergaberechtlichen und außer-vergaberechtlichen Bereich auf Kosten der privaten Wirtschaftsteilnehmer wesentlich gestärkt. Es steht außer Frage, dass die nunmehr erweiterten Möglichkeiten bei Inhouse-Vergaben und interkommunalen Kooperationen den Wettbewerb im öffentlichen Beschaffungsmarkt beeinträchtigen werden.

Parallelentwicklungen wie z.B. die Umsatzsteuerbefreiung von Kommunalbetrieben nach § 2b UstG, der Ausschluss privater Anbieter bei der Auftragsdatenverarbeitung nach § 497 im Entwurf über das Gesetz zur Digitalen Akte in Strafsachen sowie der Beschluss des IT-Rats der Bundesregierung über den vorrangigen Bezug von Cloud-Leistungen aus eigenem Hause verdichten diese Tendenzen.

Obwohl der öffentlichen Hand weitreichende Befugnisse eingeräumt worden sind, korrespondiert damit keinerlei Möglichkeit für Dritte, dies nachzuvollziehen. Dies ist nicht im Sinne der EU-vertraglichen Grundsätze von Wettbewerb und Transparenz. An vielen Stellen hebt die EU-Richtlinie 2014/24/EU selbst hervor, dass Transparenz ein wichtiges Mittel zur rechtstreuem Auftragsvergabe darstellt.

Bitkom hält es daher für dringend geboten, eine Transparenz für derartige Fälle gesetzlich festzuschreiben, in denen die öffentliche Hand einen Ausnahmetatbestand vom Wettbewerb in Anspruch nimmt. So fordert Bitkom weiterhin zumindest eine Ex-Post-Transparenz der Entscheidungen, bei interkommunaler Zusammenarbeit, gelegentlicher gemeinsamer Auftragsvergabe und Inhouse-Vergaben. Anders ist nicht nachzuvollziehen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der Befreiungstatbestände überhaupt beachtet worden sind.

### 1.9 Terminologien

Die Entwürfe des GWB-E und der VgV-E verwenden unterschiedliche Terminologien für privatwirtschaftliche Rechtssubjekte. Entweder werden diese als Unternehmen oder je nach Verfahrensstufe als Interessent, Teilnehmer, Bewerber oder Bieter bezeichnet.

Bitkom hält den Begriff „Wirtschaftsteilnehmer“ für geeigneter, als den zumeist verwendeten Begriff „Unternehmen“. Ungeachtet der simultanen Geltung aller unterschiedlichen Sprachfassungen der Richtlinie 2014/24/EU wäre der Begriff „Wirtschaftsteilnehmer“ damit näher an der englischen Fassung mit dem Begriff „economic operators“. Darüber hinaus wäre deutlicher, dass auch unternehmerisch auftretende Einzelpersonen oder Leistungserbringer mit anderen Rechtsformen aus dem In- und Ausland gemeint sind.

Häufig wird in der VgV-E der Gleichklang „Bewerber oder Bieter“ verwendet. In aller Regel ist bereits aufgrund des Kontextes eindeutig, um welche Phase im Vergabeverfahren es sich handelt. Es ist zwar nachvollziehbar, den verschiedenen Phasen des Vergabeverfahrens auch bei der Benennung der Rechtssubjekte Rechnung tragen zu wollen. Allerdings ist dies auch immer wieder Anlass für Zweifelsfragen, ob und inwieweit damit auch der Ein- oder Ausschluss von Wirtschaftsteilnehmern in anderen Vergabephasen gemeint ist.

## Stellungnahme Vergaberechtsmodernisierung, insbesondere VgV-E

Seite 13|20

Bitkom würde es begrüßen, wenn grundsätzlich der Begriff „Wirtschaftsteilnehmer“ gewissermaßen als Standard genutzt würde. Sofern sich aus dem Kontext der Norm keine eindeutige Eingrenzung der betroffenen Kreise ergibt, könnte weiterhin auf die speziellere Terminologie zurückgegriffen werden. Dabei muss allerdings mitbedacht werden, dass ein effektiver Rechtsschutz für diejenigen Wirtschaftsteilnehmer bestehen muss, die am Erhalt des Zuschlags interessiert sind. Es wäre sinnvoll, eine vorangestellte Definition der Begriffe Interessent, Bewerber, Teilnehmer und Bieter vorzusehen.

### 2 Zum Referentenentwurf der Vergabeverordnung (VgV-E) im Besonderen

Aufgrund der bereits oben erwähnten Bitkom-Mitgliederstruktur und des Sitzes im DVAL Hauptausschuss beziehen sich die folgenden Anmerkungen ausschließlich auf den Referentenentwurf der Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (VgV-E). Unter Umständen können sich daraus Parallelen oder Widersprüche zu den speziellen Regelungsmaterien bei den Bereichen Sicherheit/Verteidigung, Sektoren und Bau ergeben.

#### 2.1 Keine Öffnungsklausel bei der Schätzung des Auftragswerts, § 3 VgV-E

Nach § 3 Abs. 2 S. 2 VgV-E darf eine Auftragsvergabe *„nicht so unterteilt werden, dass sie nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder dieser Verordnung fällt, es sei denn, es liegen objektive Gründe vor.“*

Bitkom hält diese Regelung für falsch und plädiert für die Streichung des Zusatzes *„es sei denn, es liegen objektive Gründe vor“*. Dem Missbrauch zur opportunistisch niedrigen Schätzung des Auftragswerts wird andernfalls Tür und Tor geöffnet. Denn den öffentlichen Auftraggebern wird damit ermöglicht, den Umfang der Leistung unter dem Vorwand von allgemeinen und nicht spezifisch qualifizierten Gründen so festzulegen, dass der Auftrag die Schwellenwerte nicht überschreitet.

Leider gibt es keine klare Definition, in welchem Rahmen ein identifizierter Beschaffungsbedarf zur „Auftragsvergabe“ werden darf. Jeder Bedarf ist in eine komplexe Struktur von fachlich-organisatorischen Workflow-Schnittstellen eingebettet. Eine Abgrenzung von übrigen Bedarfen ist daher zugegebenermaßen nicht ohne weiteres möglich. Und so mag es Gründe geben, warum in einem nachbarschaftlichen Kontext stehende Leistungen nicht in einer Auftragsvergabe zusammengefasst werden. Dies wird jedoch weitgehend durch das in der Rechtsprechung behandelte Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers aufgefangen. Es gibt damit bereits eine Ebene bzw. Stufe, auf der bestimmt wird, was zur Auftragsvergabe gehört.

Die vorliegende Regelung ist damit nichts weiter als eine zusätzliche Öffnungsklausel für die öffentlichen Beschaffer, um den gefundenen Auftragszuschnitt erneut zu modifizieren; diesmal unter dem Blickwinkel der nationalen oder europaweiten Ausschreibungspflicht und zur Abwehr von Rechtsschutzmöglichkeiten der Bieter.

Für den Fall, dass der Ordnungsgeber den Zusatz nicht zu streichen beabsichtigt, fordert Bitkom zumindest eine klare Dokumentationspflicht über die objektiven Gründe, die zur Aufteilung der Auftragsvergabe geführt haben.

## Stellungnahme Vergaberechtsmodernisierung, insbesondere VgV-E

Seite 14|20

### 2.2 Gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe spezifizieren, § 4 VgV-E

Nach § 4 Abs. 1 VgV-E „können mehrere öffentliche Auftraggeber vereinbaren, bestimmte Aufträge gemeinsam zu vergeben“.

Bitkom sieht diese aufgrund der EU-Richtlinie 2014/24/EG zwingend umzusetzende Regelung kritisch. Sie unterstützt eine Entwicklung, die bereits zu einer deutlich spürbaren Mittelstandsfeindlichkeit des öffentlichen Auftragswesens jedenfalls in der ITK-Branche geführt hat. Grundsätzlich wäre ein gemeinsamer Einkauf durch öffentliche Auftraggeber zu begrüßen, wenn die kumulierten Bedarfe im Rahmen einer Fach- und Teillosbildung aufgeteilt würden. Die Vorteile einer Einkaufszentralisierung durch Bündelung von Know-How und Einsparung von Transaktionskosten bestünden weiterhin. In aller Regel wird jedoch auf eine angemessene Losaufteilung verzichtet, so dass kleine und mittelständische Unternehmen insgesamt das Nachsehen haben.

Besonders wichtig ist, klarzustellen, dass Einkaufskartelle der öffentlichen Hand nach kartellrechtlichen Maßstäben weiterhin unzulässig sind und hiermit nicht legalisiert werden sollten. Bitkom fordert daher, dass die Regelung in etwa wie folgt gefasst wird: „Eine gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe mehrerer Auftraggeber ist zulässig. Dies gilt auch (...). Kartellrechtliche Vorschriften bleiben unberührt“.

### 2.3 Verhandlungsverfahren mangels Haushaltsmitteln, § 14 Abs. 3 VgV

Nach § 14 Abs. 3 Nr. 5 VgV-E können öffentliche Auftraggeber aus einem offenen oder nichtoffenen Verfahren heraus in ein Verhandlungsverfahren oder in einen wettbewerblichen Dialog übergehen, wenn ausschließlich unannehmbare Angebote eingegangen sind. Dabei sind solche Angebote unannehmbar, „deren Preis die vor Einleitung des Vergabeverfahrens festgelegten und dokumentiert eingeplanten Haushaltsmittel des öffentlichen Auftraggebers übersteigt“. Die Regelung ist auf den ersten Blick einleuchtend. Sie birgt allerdings erhebliche Missbrauchsgefahr.

Zum einen könnten öffentliche Auftraggeber bewusst niedrig zur Verfügung gestellte Haushaltsmittel als Exitstrategie aus wettbewerbsintensiven Vergabeverfahren ansehen. Im nachgelagerten Verhandlungsverfahren wäre es möglich, mit dem Verweis auf die Haushaltsmittellage zusätzlichen Preisdruck auf die teilnehmenden Unternehmen auszuüben. Diese haben jedoch ausschließlich mit den Kosten eines offenen bzw. nicht offenen Verfahrens gerechnet und müssten unter gestiegenem Preisdruck auch die zusätzlichen Kosten tragen, die durch den Wechsel der Verfahrensart entstehen. Zum anderen können gerade solche Ausschreibungen leicht an die Grenzen der Haushaltsmittel stoßen, bei denen mit Hilfe von Bewertungskriterien ein deutlicher Schwerpunkt auf die Qualität der Leistung gelegt wird.

Bitkom schlägt vor, dass der Übergang zu einem Verhandlungsverfahren oder einem wettbewerblichen Dialog dem öffentlichen Auftraggeber nach § 14 Abs. 3 Nr. 5 VgV-E nur dann möglich ist, sofern er die Haushaltsmittel zuvor unter Berücksichtigung marktüblicher Branchenpreise festgelegt hat.

## Stellungnahme Vergaberechtsmodernisierung, insbesondere VgV-E

Seite 15|20

### 2.4 Angemessene Fristsetzung, § 20 VgV-E

Im Vergleich zu den bisherigen verfahrensrechtlichen Fristen hat sich mit der aktuellen Vergaberechtsreform durchweg eine deutliche Verschlechterung für die Bieter ergeben. Bitkom befürchtet, dass die neuen kurzen Mindest-Fristen zugleich zu allgemeingültigen Standard-Fristen bei der öffentlichen Auftragsvergabe werden. Die kurzen Fristen lassen sich auch mit der Verwendung von E-Vergabe-Systemen und X-Vergabe-fähigen Multi-Bieter-Clients nicht rechtfertigen. Nahezu alle Wirtschaftsverbände haben auf Basis gesammelter Rückmeldungen aus den Unternehmen bereits mehrfach auf diese Problematik hingewiesen.

Schon heute ist Tatsache, dass E-Vergabe-Lösungen einen Fristenrechner bieten, der Mindestfristen automatisiert einträgt. Eine bewusste Auswahlentscheidung aufgrund von Sachargumenten durch den Sachbearbeiter wird dabei nicht gefordert und findet nicht statt.

Grundsätzlich begrüßt Bitkom die Regelung in § 20 VgV, weil sie den öffentlichen Auftraggebern aufträgt, angemessene Fristen festzulegen. Es sollte aber zusätzlich eine Dokumentationspflicht über die Gründe festgelegt werden, warum der öffentliche Auftraggeber die eingeräumte Frist für angemessen hält. Aufgrund der Funktionalität von E-Vergabe-Systemen ist dies notwendig. Dokumentiert sollte zumindest dann werden, wenn die Mindestfrist gewählt werden soll. So würde diese einerseits nicht untersagt, aber im Interesse des Wettbewerbs gleichwohl an geringfügige und transparente Anforderungen geknüpft.

### 2.5 Anwendung der VOL/B muss verpflichtend sein, § 29 VgV-E

Der neue § 29 Abs. 2 VgV-E sieht vor, dass die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B) „in der Regel“ zum Vertragsgegenstand zu machen sind. Bereits die frühere Regelung in § 11 EG VOL/A sieht in ähnlicher Weise vor, dass die VOL/B „grundsätzlich“ zum Vertragsgegenstand zu machen sind. Auch wenn der Verordnungsgeber keine Änderung beabsichtigen sollte befürchtet Bitkom den Eindruck einer geringeren Verbindlichkeit der VOL/B. Insoweit sollte zumindest die bisherige Regelung aufrecht erhalten bleiben.

Nach Ansicht des Bitkom sollte allerdings die Anwendung der VOL/B verpflichtend für alle Lieferungen und Leistungen sein. Die VOL/B enthält wichtige Risikoverteilungen und Standardisierungen für das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. Die dort aufgeführten Regelungen wirken sich konkret auf die Rechtsbeziehungen des Auftragnehmers zu anderen Unternehmen aus, unter anderem für den Abschluss von Versicherungen, Bedingungen mit Zulieferern und Subunternehmen und bilanzrechtliche Fragen. Ein Abweichen vom Standardfall führt im Regelfall zu höheren Kosten und sollte daher vermieden werden. Bitkom fordert daher die Pflicht zur Implementierung der VOL/B mit einer Freistellungsmöglichkeit für begründete Einzelfälle.

## Stellungnahme Vergaberechtsmodernisierung, insbesondere VgV-E

Seite 16|20

### 2.6 Wiedereinführung des ungewöhnlichen Wagnisses, § 31 VgV

Die als Verschlankung des Vergaberechts kommunizierte Streichung des früheren § 6 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A 2006 hat zu vielen Rechtsunsicherheiten und widerstreitender Rechtsprechung geführt. Bis heute gibt es in der Vergaberechtsprechung unterschiedliche Ansichten über das Fortbestehen dieses Grundsatzes.

Zuletzt hat das OLG Düsseldorf (Beschluss v. 21.10.2015 – VII- Verg 28/14) entschieden, dass ausschließlich unzumutbare Anforderungen - und nicht bereits ungewöhnliche Wagnisse - zum Gegenstand einer Nachprüfung werden könnten. Grundsätzlich sollte aber mit der Streichung keine Änderung der Gesetzeslage stattfinden. Insofern fordert Bitkom die Wiederaufnahme der ursprünglichen Regelung aus § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A 2006: „*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 Fristen er nicht im Voraus schätzen kann.*“ Diese würde sich systematisch in den Kontext des § 31 VgV-E einpassen lassen.

Die Wiedereinführung des ungewöhnlichen Wagnisses ist auch deshalb erforderlich, weil öffentliche Auftraggeber nunmehr sehr weitreichende Möglichkeiten haben, Ausführungsbestimmung oder Zuschlagskriterien auf die Produktionsbedingungen zu beziehen. Dadurch erfolgt einerseits eine umfangreiche Öffnung für die öffentlichen Auftraggeber, weitreichende Nachweise vom Auftragnehmer fordern zu können. Andererseits wird den potenziellen Auftragnehmern die Möglichkeit verbaut, die Nachprüfungsgerichte im Vergabeverfahren als sinnvolles Korrektiv hierfür anzurufen.

### 2.7 Produktneutralität in der Leistungsbeschreibung, § 31 VgV-E

Nach § 31 Abs. 6 VgV-E darf in der Leistungsbeschreibung „*soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, (...) nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden.*“

Es handelt es sich bei dieser Regelung um den Grundsatz der Produktneutralität. Im Bereich von Lieferungen und Leistungen von ITK-Produkten ist die produktneutrale Leistungsbeschreibung elementarer Bestandteil eines fairen und ungehinderten Wettbewerbs. Einerseits werden dadurch die Wirtschaftsteilnehmer vor willkürlichen Einkäufen der öffentlichen Auftraggeber bei Konkurrenten geschützt. Andererseits schützt eine produktneutrale Leistungsbeschreibung auch die öffentlichen Auftraggeber selbst vor zu hohen Preisen und dem „Locked-In-Phänomen“. Dieses kann leicht entstehen, wenn der Einkauf von digitalen Infrastrukturen zu einer Vorfestlegung der damit kompatiblen aktuellen oder zukünftigen Hard- und Software führt. Bekanntes Beispiel für das „Locked-In-Phänomen“ sind Dockingstations für Notebooks: Bei der Folgebeschaffung neuer Notebooks wird sich die Wirtschaftlichkeit auch danach bemessen, ob vorhandene Dockingstations weitergenutzt werden können. Dies wird jedoch nur dann möglich sein, wenn eine bestimmte Produktlinie eines bestimmten Herstellers beibehalten wird.



## Stellungnahme Vergaberechtsmodernisierung, insbesondere VgV-E

Seite 17|20

Grundsätzlich reichen bei ITK-Beschaffungen bereits bestimmte standardisierte Technologiebezeichnungen oder bestimmte Kombinationen standardisierter Schnittstellen in der Leistungsbeschreibung aus, um die auf dem Markt verfügbare Produktpalette auf bestimmte Hersteller und Produkte einzuschränken. Dies ist insbesondere auf Komponentenebene zu beobachten, sobald diese wesentlich preisbildend für das Produkt sind. Im Bereich von Notebooks und Desktop PCs sind es in der Regel Prozessoren oder je nach Bedarf Grafikkarten, die einen verhältnismäßig hohen Anteil der Gesamtkosten am Gerät ausmachen.

Bitkom fordert den Ordnungsgeber daher zur Klarstellung auf, dass der Grundsatz der Produktneutralität auch die wesentlich preisbildenden Komponenten eines Produkts mitefasst. Eine Vielzahl von Produkten aus dem Lieferbereich werden unter Verwendung verschiedener Einzelteile hergestellt. Häufig werden dabei keine eigenen Teile verwendet, sondern fertige Komponenten anderer Hersteller. Der Europäische Gerichtshof stellte kürzlich in einem Urteil (EuGH, Urt. v. 16. Apr. 2015 – Rs. CS 278/14) fest, dass sich das Prinzip der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit bei öffentlichen Vergaben auch auf Komponenten erstreckt.

Bitkom schlägt daher sinngemäß folgende Formulierung vor für § 31 Abs. 6 VgV-E vor: *„Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in der Leistungsbeschreibung nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen, einen bestimmten Ursprung oder besondere Leistungs- und Funktionsanforderungen verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen, bestimmte Produkte oder bestimmte wesentliche Komponenten der Leistung begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand anderenfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann; die Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.“*

### 2.8 Einreichung von Nebenangeboten fördern, § 35 VgV-E

Der Entwurf der Vergabeverordnung sieht in § 35 Abs. 1 VgV-E vor, dass der öffentliche Auftraggeber Nebenangebote zulassen kann. Fehlt eine entsprechende Angabe, sind keine Nebenangebote zugelassen.

Bitkom bedauert, dass der europäische Gesetzgeber nach § 45 Abs. 1 RL 2014/24/EU Nebenangebote standardmäßig ausschließt und nur explizit auf Anforderung der öffentlichen Auftraggeber zulässt. Insofern ist die nationale Umsetzung folgekonzistent.

Nach Ansicht des Bitkom müssten Nebenangebote als Standard zugelassen sein. Denn sie bieten dem Auftraggeber die Möglichkeit Angebote zu erhalten, die zwar nicht die Vorgaben der Leistungsbeschreibung in jeglicher Hinsicht treffen, gleichwohl aber den Zweck erfüllen und zusätzlich einen Mehrwert bieten. Insbesondere für Leistungen hochinnovativer Start-ups ist es fatal, wenn der Auftraggeber seine Leistungsbeschreibung auf Basis konventioneller Lösungen formuliert und keine Nebenangebote zugelassen sind. Zudem sieht Erwägungsgrund 48 der Richtlinie 2014/24/EG selbst vor, dass öffentliche Auftraggeber dazu angehalten werden sollten, Innovationen durch Varianten zuzulassen.

## Stellungnahme Vergaberechtsmodernisierung, insbesondere VgV-E

Seite 18|20

Bitkom schlägt daher vor, zumindest in der Begründung der VgV-E auf die Innovationskraft von Nebenangeboten hinzuweisen und den öffentlichen Auftraggebern damit nahezu legen.

### 2.9 Unteraufträge, § 36 VgV-E

Zum Schutz von KMU und Start-ups fordert Bitkom, dass Unterauftragnehmern keine ungünstigeren Bedingungen insbesondere hinsichtlich der Zahlungsweise und Sicherheitsleistungen gestellt werden, als zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer vereinbart. Die noch in der VOL/A 2006 enthaltene Vorschrift hat sich als tauglicher Schutz erwiesen. Da sich der Verordnungsgeber gegen die Einführung der nach der Richtlinie 2014/24/EU möglichen Direktzahlung an Unterauftragnehmer entschieden hat, würde dies einen angemessenen Ausgleich darstellen.

### 2.10 Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit, § 45 VgV-E

Laut § 45 Abs. 1 VgV-E kann der öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsteilnehmer Anforderungen stellen, die sicherstellen, dass diese über die erforderlichen wirtschaftlichen und finanziellen Kapazitäten für die Ausführung des Auftrags verfügen. Dabei kann u.a. ein bestimmter Mindestjahresumsatz gefordert werden.

In mehr und mehr Wirtschaftszweigen zeigt sich, dass kleine Unternehmen und Start-ups u.a. mit Hilfe der Digitalisierung oder dem „Internet der Dinge“ für ein besonders hohes Maß an Innovation im Markt sorgen. Öffentliche Auftraggeber sollte dringend geraten werden, sich von diesem Effizienzpotenzial nicht auszuschließen durch zu hohe Anforderungen etwa beim Mindestumsatz.

### 2.11 Technische und berufliche Leistungsfähigkeit, § 46 VgV-E

Gemäß § 46 Abs. 1 VgV kann der öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsteilnehmer Anforderungen stellen, die sicherstellen, dass diese über die erforderlichen personellen und technischen Mittel sowie ausreichende Erfahrungen verfügen, um den Auftrag in angemessener Qualität ausführen zu können. Als Beleg hierfür können nach § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV-E geeignete Referenzen über früher ausgeführte Liefer- und Dienstleistungsaufträge in Form einer Liste der in den letzten höchstens drei Jahren erbrachten wesentlichen Liefer- oder Dienstleistungen eingefordert werden.

Vergleichbar mit der Problematik bei den Anforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit besteht hier die Gefahr, dass sich der öffentliche Auftraggeber mit zu hohen Anforderungen von innovativen Lösungen von kleinen Unternehmen und Start-ups ausschließt. Ein entsprechender Hinweis sollte daher in die Begründung des Gesetzestextes aufgenommen werden.

Darüber hinaus sollte der Begriff „Bilanz“ ersetzt durch die Begriffe „Jahresabschluss oder Einnahmenüberschussrechnung“ ersetzt werden. In Anhang XII Teil 1 b) RL 2014/24/EU ist der Begriff

## Stellungnahme Vergaberechtsmodernisierung, insbesondere VgV-E

Seite 19|20

„Jahresabschluss“ vorgesehen. Die alleinstehenden Begriffe „Bilanz“ und „Jahresabschluss“ bergen das Risiko, dass dies nach formalen Maßstäben des Rechnungswesens ausgelegt wird. Nicht jedes Unternehmen ist aber bilanzpflichtig im engeren Sinne und muss sämtliche Aktiva den Passiva gegenüberstellen. Gleichzeitig ist nicht jedes Unternehmen verpflichtet, einen „Jahresabschluss“ im Sinne des § 242 HGB anzufertigen. So müssen Kleingewerbetreibende und Freiberufler lediglich eine Einnahmenüberschussrechnung anfertigen. Dies muss zugleich als Maßstab für die finanzielle Leistungsfähigkeit im Vergabeverfahren gelten.

### 2.12 Einheitliche Europäische Eigenerklärung, § 50 VgV-E

Bitkom begrüßt das Konzept der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung ausdrücklich. Bietern und Vergabestellen wird es durch die Standardisierung leichter gemacht, Eigenerklärungen im Vergabeverfahren zu verwenden. Es ist sinnvoll und richtig, den Bietern erst dann einen echten Nachweis abzuverlangen, wenn sie mit dem Zuschlag bedacht werden sollen. Ressourcenverschwendung aufgrund von Formalismus wird damit vermieden.

Nach den anfänglich sehr kritisch beurteilten Entwürfen hat sich nunmehr ein in der Praxis handhabbares Struktur- und Anwendungsmodell der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung entwickelt. Es steht allerdings zu befürchten, dass § 50 Abs. 2 VgV-E den Sinn und Zweck der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung konterkariert. Danach kann der öffentliche Auftraggeber Bieter und Bewerber jederzeit während des Vergabeverfahrens auffordern, die nach §§ 44 bis 49 geforderten Unterlagen beizubringen, sofern es zur angemessenen Durchführung des Verfahrens erforderlich ist. Es lassen sich vielfältige Gründe dafür finden, warum eine solche Anforderung aufgestellt werden könnte.

Die Regelung beruht inhaltsgleich auf Art. 59 Abs. 4 RL 2014/24/EU und muss vom deutschen Gesetzgeber umgesetzt werden. Nichtsdestotrotz fordert Bitkom, dass in der Gesetzesbegründung ein Interpretationsmaßstab mitgegeben wird, der auf die Problematik der Akzeptanz der EEE bei der Anforderung von Nachweisen im Rahmen des Vergabeverfahrens hinweist.

### 2.13 Ungewöhnlich niedriges Angebot, § 60 VgV-E

Nach § 60 Abs. 1 VgV-E muss der öffentliche Auftraggeber vom Wirtschaftsteilnehmer Aufklärung verlangen, wenn er ein ungewöhnlich niedriges Angebot eingereicht hat. § 8 Abs. 2 Nr. 4 VgV-E verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber dabei zur Dokumentation für den Fall, dass ein solches Angebot ausgeschlossen wird. Daraus könnte geschlossen werden, dass nicht zu dokumentieren ist, wenn ein ungewöhnlich niedriges Angebot nach Aufklärung im Vergabeverfahren verbleibt und diesem später zugeschlagen wird. Eine Dokumentationspflicht über den Zuschlag auf ein ungewöhnlich niedriges Angebot ist aus Transparenz- und Wettbewerbsgründen aber geboten. Dies könnte in § 8 Abs. 2 VgV-E, zumindest aber in der Begründung zu § 8 VgV-E oder § 60 VgV-E formuliert werden. Dabei sollte darauf hingewiesen werden, dass sich aus der Dokumentation zweifelsfrei ergeben muss, dass es sich bei dem zugeschlagenen Angebot um ein ungewöhnlich niedriges handelt.

## Stellungnahme Vergaberechtsmodernisierung, insbesondere VgV-E

Seite 20|20

### 2.14 Aufhebung von Vergabeverfahren, § 63 VgV

Nach § 63 Abs. 1 VgV kann der öffentliche Auftraggeber ein Vergabeverfahren jederzeit ganz oder bei der Vergabe nach Losen auch teilweise aufheben. Die Bewerber und Bieter werden auf Schadensersatzansprüche in Höhe des negativen Interesses verwiesen. Schadensersatzansprüche sind allerdings ausgeschlossen, wenn *„kein Angebot eingegangen ist, das den Bedingungen entspricht, sich die Grundlage des Vergabeverfahrens wesentlich geändert hat, kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde oder andere schwerwiegende Gründe bestehen.“*

Auch wenn es sich hierbei um eine direkte Umsetzung der EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU unter Beibehaltung der Fallgruppen aus § 20 EG VOL/A handelt, befürchtet Bitkom, dass die Regelung als Freibrief für willkürliche Aufhebungen von Vergabeverfahren genutzt werden könnte. In der Begründung sollte daher zusätzlich festgehalten werden, dass es sich um Verfahrensschritte handelt, die nur als „ultima ratio“ zu ergreifen sind.