



Per E-Mail: haushaltsausschuss@bundestag.de

Deutscher Bundestag
Haushaltsausschuss
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Ansprechpartner/in: RA Dr. Markus Groß
Durchwahl: 06 81 - 4101-229
16.03.2017

Trierer Straße 8 – 10
66111 Saarbrücken

Telefon: 0681 4101-0
Telefax: 0681 4101-279

E-Mail: rae@heimes-mueller.de
www.heimes-mueller.de

Gerichtsfach LG Nr. 82
Ust-IdNr. DE 217212841

Öffentliche Anhörung am 20.03.2017

- Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Drucksache 18/11131)
- Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichsystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften (Drucksache 18/11135)

Sehr geehrte Damen und Herren,

zu den gleichlautenden Änderungen vergaberechtlicher Vorschriften in § 30 HGrG (Drucks. 18/11135, Art. 10) und § 55 Abs. 1 BHO (Drucks. 18/11135, Art. 11 Nr. 5) nehme ich wie folgt Stellung:

I. Einordnung in das Vergaberecht

1. Regelungen im Bereich oberhalb der Schwellenwerte

Mit der Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe hat der Unionsgesetzgeber für den Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts, d.h. oberhalb der Schwellenwerte, die Möglichkeit der Wahlfreiheit zwischen dem offenen Verfahren und dem nicht offenen Verfahren mit Teilnahmewettbewerb eröffnet. Durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom

17.02.2016 (BGBl. I S. 203) hat der Gesetzgeber davon Gebrauch gemacht und in § 119 Abs. 2 Satz 1 GWB ein Wahlrecht des öffentlichen Auftraggebers geschaffen. Daneben sieht § 119 GWB das Verhandlungsverfahren, den wettbewerblichen Dialog und die Innovationspartnerschaft vor. Diese Verfahrensarten sind nur unter den von der Richtlinie 2014/24/EU zugelassenen und im Wesentlichen an den Grundsätzen von Wettbewerb, Transparenz und Chancengleichheit orientierten Voraussetzungen zulässig. Die Umsetzung erfolgt im Einzelnen in § 14 der Vergabeverordnung – VgV (BGBl. I S. 624) bzw. in § 13 der Sektorenverordnung – SektVO (BGBl. I S. 657).

2. Rechtsrahmen unterhalb der EU-Schwellenwerte

Unterhalb der Schwellenwerte sind die vergaberechtlichen Bestimmungen grundsätzlich nur anwendbar, soweit das Haushaltsrecht dies anordnet. Nach der derzeit geltenden Fassung von § 30 HGrG/§ 55 BHO bzw. der entsprechenden Regelungen in den Landeshaushaltsordnungen und den kommunalhaushaltsrechtlichen Bestimmungen der Länder ist grundsätzlich und vorrangig eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen. Die beschränkte Ausschreibung und weitere Verfahrensarten sind nur zulässig, sofern die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Nach § 55 Abs. 2 BHO ist beim Abschluss von Verträgen nach einheitlichen Richtlinien zu verfahren. Dazu ordnen Haushaltserlasse bzw. Verwaltungsvorschriften des Bundes und der Länder die Geltung der *Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A (VOL/A)* bzw. der *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A (VOB/A)* an (s. *Groß: in Gröpl, BHO/LHO, § 55 Rn. 2*). Der Vorrang der öffentlichen Ausschreibung ist darin jeweils geregelt.

Nachdem die VOL/A im Oberschwellenbereich durch die Bestimmungen der Vergabeverordnung ersetzt worden ist, hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie die unter Einbeziehung der Länder zwischen den Bundesressorts abgestimmte *Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO)* bekannt gemacht (BAnz AT 07.02.2017 B1 und B2). In § 8 Abs. 2 UVgO wird dem Auftraggeber – gleichlautend mit § 14 Abs. 2 Satz 1 VgV – ein Wahlrecht zwischen der öffentlichen Ausschreibung und der beschränkten Ausschreibung mit Teilnehmerwettbewerb eingeräumt.

Die Bestimmungen der Unterschwellenvergabeordnung sind nicht bereits aufgrund der Bekanntmachung im Bundesanzeiger in Kraft, sondern müssen zunächst durch eine neue Fassung der Verwaltungsvorschriften zu § 55 der BauO bzw. der entsprechenden landesrechtlichen Regelungen in Kraft gesetzt werden. Dem steht im Hinblick auf die Wahlfreiheit bei der Verfahrensart die derzeit geltende Fassung von § 30 HGrG/§ 55 BHO entgegen. Die Gesetzesänderung ermöglicht deswegen erst einen Anwendungsbefehl der Bundesverwaltung, um eine möglichst einheitliche Geltung der Unterschwellenvergabeordnung bei Vergabeverfahren des Bundes und der Länder zu realisieren.

II. Bewertung

1. Harmonisierung und Vereinfachung des Vergaberechts

Das Haushaltsvergaberecht ist wegen seines dualistischen Aufbaus aus EU-Vergaberecht und nationalem (Haushalts-)Vergaberecht und seinem zugleich mehrstufigen Aufbau (Kaskadenprinzip) von Unübersichtlichkeit und Uneinheitlichkeit geprägt. Oberhalb der Schwellenwerte ist durch das Vergaberechtsreformgesetz und die Neufassung der Vergabeverordnung eine teilweise Vereinfachung und Vereinheitlichung eingetreten. Mit der Unterschwellenvergabeordnung soll auch das Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte angeglichen werden. Dies bedingt die Schaffung eines Wahlrechts zwischen der öffentlichen Ausschreibung und der beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb, wie sie oberhalb der Schwellenwerte durch die EU-Richtlinie vorgegeben ist. Die Gesetzesänderung würde hierfür die notwendigen Voraussetzungen schaffen. Die damit einhergehende Vereinfachung und Vereinheitlichung schafft Erleichterungen für Auftraggeber und Auftragnehmer, weil die Vergabeverfahren einem weitestgehend angeglichenen Rechtsregime unterliegen.

2. Bedeutung der Verfahrensart

Der bisherige Vorrang der öffentlichen Ausschreibung geht auf die Annahme zurück, dass dadurch am meisten Wettbewerb geschaffen werden und am ehesten den haushaltsrechtlichen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit Rechnung getragen werden kann.

Demgegenüber bietet die beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb bei bestimmten Beschaffungsvorgängen Effizienzvorteile, die der Auftraggeber wegen des Vorrangs der öffentlichen Ausschreibung nicht ohne weiteres heben konnte. Die beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb ist zweistufig ausgestaltet. Auf der ersten Stufe wird anhand von Eignungskriterien ermittelt, welche Bieter die erforderliche Eignung (wirtschaftliche, finanzielle, technische oder berufliche Leistungsfähigkeit) für die ausgeschriebene Leistung besitzen. Dabei kann aus Effizienzgründen auch eine Beschränkung der Teilnehmerzahl erfolgen. Nur die ausgewählten Bieter werden auf der zweiten Stufe aufgefordert, ein Angebot abzugeben. Aus Sicht des Auftraggebers kann damit der Aufwand für die Prüfung einer großen Zahl umfangreicher Angebote reduziert werden. Aus Sicht des Auftragnehmers kann der Aufwand für die Erstellung von Angeboten erspart werden, wenn der Auftragnehmer bereits aufgrund seiner Eignung nicht für den Zuschlag in Betracht kommt oder sonstige Ausschlussgründe in seiner Person vorliegen.

Die neu geschaffene Wahlfreiheit verschafft dem Auftraggeber mehr Flexibilität bei der Gestaltung des Vergabeverfahrens und ist deswegen grundsätzlich zu begrüßen.

3. Geringe Regelungsdichte des Vergaberechts unterhalb der Schwellenwerte

Der Gesetzesentwurf greift lediglich den Gesichtspunkt der Wahlfreiheit bei den Verfahrensarten auf. Im Übrigen überlässt der Gesetzgeber die materiellen Regelungen des Vergaberechts – wie bisher – der Verwaltung. Die umfassende Normierung des materiellen Vergaberechts – zukünftig durch die Unterschwellenvergabeordnung – geht auf eine informelle Zusammenarbeit von Bund und Ländern zurück und wird lediglich durch Verwaltungsvorschrift angeordnet. Von jeher bestehende rechtsstaatliche Bedenken im Hinblick auf den Vorbehalt

des Gesetzes werden dadurch nicht ausgeräumt (vgl. dazu *Groß, in: Gröpl BHO/LHO § 55 Rn. 13 m.w.N.*). Im Ergebnis verbleibt eine sehr unterschiedliche gesetzliche Regelungsdichte des Vergaberechts oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte.

Materiell-rechtlich wirkt sich die fehlende gesetzliche Normierung des Vergaberechts insbesondere beim Rechtsschutz aus. Oberhalb der Schwellenwerte wird den Auftragnehmern nach § 97 Abs. 6 GWB ausdrücklich ein subjektives Recht auf Einhaltung vergaberechtlicher Vorschriften eingeräumt, das im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens gem. §§ 155 ff. GWB durchgesetzt werden kann. Demgegenüber bieten § 30 HGrG/§ 55 BHO keine ausreichende gesetzliche Grundlage für spezifische Regelungen zum Bieterrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte. Gleichwohl hat sich dazu unter dem Gesichtspunkt der Haftung bei der Vertragsanbahnung ein Rechtsschutzregime vor den Zivilgerichten etabliert, das in mehrfacher Hinsicht ineffizient und unvollkommen ist. Beispielsweise fehlen jegliche Regelungen zu Rückgebliegenheiten des Auftragnehmers gegen Vergabeverstöße, wie sie in § 160 Abs. 3 GWB normiert sind. Zudem fehlt es an einem gesetzlich normierten Vorrang des Primärrechtsschutzes bei im laufenden Vergabeverfahren erkannten Vergabeverstößen. Im zivilgerichtlichen Rechtsschutz bestehen deswegen weitergehende Möglichkeiten, die Zuschlagserteilung zu blockieren, oder als unterlegener Bieter nach zunächst hingenommenen Vergabeverstößen erheblichen Schadensersatz geltend zu machen.

Neben der grundsätzlich zu begrüßenden punktuellen Anpassung der Wahlfreiheit bei der Verfahrensart, sollte deswegen eine weitergehende Angleichung des Vergaberechts oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte durch den Gesetzgeber erwogen werden.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Markus Groß
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
und Bau- und Architektenrecht