



Ausschussdrucksache 20(9)86

01.07.2022

Norbert Dippel
Fachanwalt für Vergaberecht, Bonn

Stellungnahme

Öffentliche Anhörung

zum

**„Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung von
Beschaffungsmaßnahmen für die Bundeswehr
(Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetz – BwBBG)“**

am 4. Juli 2022

Norbert Dippel
Fachanwalt für Vergaberecht

Kanzlei:
Rechtsanwalt Norbert Dippel
D-53111 Bonn

Kurzstellungnahme zu dem

**„Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, Bündnis 90/die
Grünen und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur
Beschleunigung von Beschaffungsmaßnahmen für die
Bundeswehr**

(Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetz, BwBBG-E)

A. Einleitung

Unbestritten bedarf die Ausrüstung der Streitkräfte einer Straffung der Beschaffung. An dem gesamten Beschaffungsprozess sowie in der anschließenden Nutzungsphase beansprucht das eigentliche Vergabeverfahren allerdings nur einen vergleichsweise geringen zeitlichen Aufwand.

Der Hebel, über vergaberechtliche Änderungen zu zeitlichen Einsparungen im (Gesamt)Beschaffungsprozess zu gelangen, ist somit begrenzt.

Hinzu kommt, dass das Vergaberecht lediglich das „Wie“ der Beschaffung - das eigentliche Beschaffungsprocedere - regelt. Für die der Beschaffung anschließenden Nutzungsphase und die tatsächliche Verfügbarkeit des Gerätes ist allerdings der Beschaffungsgegenstand von herausragender Bedeutung. Hierzu gehören insbesondere auch Regelungen zu den Rechten an technischen Zeichnungen, des Zugangs zu Sonderwerkzeugen sowie der Verfügbarkeit von Ersatzteilen.

Letztlich bilden sie die Weichenstellung, ob man in der Nutzungsphase von dem jeweiligen Hersteller abhängig ist oder bspw. bei der Instandhaltung, der Vornahme technischer Änderungen oder dem Kauf von Ersatzteilen Leistungen selbst erbringen bzw. auf dem Markt beschaffen kann.

B. Die wesentlichen Regelungsinhalte

Die im BwBBG-E geregelten Inhalte betreffen insbesondere

- Sonderregelung zu losweisen Vergabe (nachfolgend 1),
- keine Unwirksamkeit der geschlossenen Verträge bei de facto Vergabe etc. (nachfolgend 2),
- Bevorzugung der am Markt verfügbaren Leistungen (nachfolgend 3),
- Stärkung der gemeinsamen europäischen Beschaffung (nachfolgend 4) und
- beschleunigte Verfahren im Rechtsschutz (nachfolgend 5).

1. Sonderregelung zur losweisen Vergabe:

- 1.1. Regelungsgehalt: Eine gravierende Änderung wird in dem Gesetzentwurf vollzogen, indem nunmehr mehrere Teil- oder Fachlose zusammen vergeben werden dürfen, „wenn wirtschaftliche, technische oder zeitliche Gründe dies rechtfertigen“.

Mit der vorstehenden Formulierung wird die bestehende Regelung zum Gebot der losweisen Vergabe erheblich erweitert, da nunmehr lediglich eine „Rechtfertigung“ der Gesamtvergabe vorliegen muss und nicht mehr das „Erfordernis“. Außerdem sollen erstmals auch „zeitliche Gründe“ eine Gesamtvergabe rechtfertigen können.

- 1.2. Rechtliche Bewertung: Die Ausweitung der Ausnahme vom Gebot der losweisen Vergabe verstößt in Ermangelung einer entgegenstehenden Regelung nicht gegen die Bestimmungen des EU-Vergaberechts.
- 1.3. Allgemeine Bewertung: Schon heute werden ca. 75 % der EU-weit ausgeschriebenen Aufträge im Verteidigungsbereich als Gesamtaufträge vergeben, weil insbesondere technische Gründe sowie die Systemfähigkeit dies erfordern. Durch die geringeren Anforderungen an den Begründungsaufwand für eine Gesamtvergabe wird vornehmlich der verwaltungsinterne Beschaffungsprozess entlastet.

Ob mit der weiteren Abkehr vom Gebot der losweisen Vergabe eine deutliche Beschleunigung der Beschaffung erzielt werden kann, bleibt abzuwarten. Letztendlich muss auch der Generalunternehmer die jeweiligen Einzelleistungen beschreiben und als Unterauftrag vergeben. Dieser zeitliche Aufwand wird im Rahmen der Gesamtvergabe lediglich vom BAAINBw auf den Generalunternehmer verschoben.

Auch die Frage, ob sich die Gesamtvergabe qualitativ und wirtschaftlich positiv auswirkt, kann durchaus skeptisch beantwortet werden. Schließlich wird der vom öffentlichen Auftraggeber durchgeführte Leistungswettbewerb bei der Gesamtvergabe durch die Auswahlentscheidung eines Generalunternehmers ersetzt, wobei dessen spezielle Interessenlage prägend ist.

Ein weiterer wesentlicher Effekt der Neuregelung dürfte darin liegen, dass dem mittelständischen Bieter, der lediglich ein Los anbieten könnte, faktisch der Rechtsweg verwehrt bleibt. Denn es sind nur diejenigen Unternehmen befugt, einen Nachprüfungsantrag zu stellen, die ein schützenswertes Interesse an dem (Gesamt)Auftrag haben. Da der klassische mittelständische Bieter den Gesamtauftrag (bestehend aus mehreren Losen) nicht anbieten kann, ist er nicht antragsbefugt. Es ist zu erwarten, dass damit insbesondere großvolumige Aufträge

faktisch dem Nachprüfungsverfahren entzogen werden. Eine wesentliche Kontrollinstanz und wesentliche Transparenzgrundsätze werden damit zugunsten einer erwarteten Beschleunigung des Verfahrens weitgehend außer Kraft gesetzt.

2. Keine Unwirksamkeit der geschlossenen Verträge bei de facto Vergabe etc.:

- 2.1. Regelungsgehalt: Abweichend von § 135 Absatz 1 GWB soll selbst bei gravierenden Verstößen auf Antrag des Auftraggebers ein Vertrag nicht als unwirksam erachtet werden, wenn nach Prüfung aller maßgeblichen Gesichtspunkte unter Berücksichtigung des Zwecks im Sinne des § 1 BwBBG-E der besonderen Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen sowie der unmittelbaren Stärkung der Einsatzfähigkeit der Bundeswehr zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es ausnahmsweise rechtfertigen, die Wirkung des Vertrages zu erhalten. Neben der Schaffung der entsprechenden gesetzlichen Grundlage wird gleichzeitig geregelt, dass die Eilbedürftigkeit der in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallenden Vergaben bei dieser Abwägung einzubeziehen sind.

Als Sanktion des Vergabeverstößes können Strafzahlungen gegen den öffentlichen Auftraggeber verhängt werden. Der konkurrierende Bieter wird auf Schadensersatzansprüche verwiesen.

Nach der Gesetzesbegründung soll mit der Neuregelung ein Spagat zwischen effektivem Rechtsschutz und abschreckender Wirkung bei Vergabeverstößen erhalten bleiben. Durch die Möglichkeit der Geltendmachung von Schadensersatz durch das mit seinem Nachprüfungsantrag erfolgreiche Unternehmen würden auf der einen Seite die Bieterinteressen berücksichtigt. Auf der anderen Seite solle die zwingend benötigte Beschleunigung bei der Ausstattung der Bundeswehr nicht eingeschränkt werden.

- 2.2. Rechtliche Bewertung: Bislang war im deutschen Vergaberecht die gem. Abs. 3 Unterabsatz 1 des Artikels 60 der Richtlinie 2009/81/EG vorgesehene Möglichkeit, dass die Nachprüfungsinstanzen statt der Unwirksamkeitsfolge auch alternative Sanktionen treffen können, nicht in deutsches Recht umgesetzt worden. Die Neuregelung fußt auf einer Richtlinienbestimmung und ist damit europarechtskonform.

- 2.3 Allgemeine Bewertung: Mit der vorstehenden Regelung wird ein weiterer Abwägungstatbestand eingeführt. Letztlich wird den Nachprüfungsinstanzen die Prüfung obliegen, ob der Vertrag ausnahmsweise trotz des schweren Vergabeverstößes wirksam bleiben soll. Auch dies kann zu einer zeitlichen Belastung des Gesamtverfahrens führen.

Der Verweis etwaiger potenziell konkurrierende Bieter auf den Schadensersatz dürfte in der Praxis kaum greifen. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für den Ersatz der Angebotserstellungskosten (kleiner Schadensersatz) bzw. des Erfüllungsinteresses (großer Schadensersatz) sind gerade bei schweren Vergabeverstößen - wie beispielsweise der rechtswidrigen Unterlassung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens - nicht gegeben.

3. Bevorzugung der am Markt verfügbarer Leistungen:

- 3.1 Regelungsgehalt: Zur Beschleunigung der Beschaffungsvorhaben sollen grundsätzlich im Rahmen der Markterkundung am Markt verfügbare Leistungen und Produkte identifiziert werden. Soll eine nicht bereits am Markt verfügbare Leistung beschafft werden, soll die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung auch umfassen, aus welchen Gründen eine nicht auf dem Markt verfügbare Leistung beschafft wird. Zusätzlich muss ausgeführt werden, inwieweit welcher zusätzliche Nutzen damit im Zusammenhang stehende Zusatzkosten rechtfertigt (§ 3 Abs. 7 BwBBG-E).
- 3.2. Rechtliche Bewertung: Die Beschaffung am Markt verfügbarer Leistungen war schon bislang möglich. Nunmehr sollen lediglich weiterführende Sonderregelungen und eine Prüfroutine eingeführt werden.
- 3.3 Allgemeine Bewertung: Durch die Beschaffung am Markt verfügbarer Leistungen dürfte eine erhebliche Beschleunigung des Beschaffungsvorganges erzielt werden.

4. Stärkung der gemeinsamen europäischen Beschaffung:

- 4.1. Regelungsgehalt: Die Gemeinsame europäische Beschaffung soll gestärkt und beschleunigt werden. Hierzu soll es möglich sein, die Teilnahme am Vergabeverfahren an Kooperationsprogrammen auf diejenigen Bewerber oder Bieter zu beschränken, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union ansässig sind. Ausnahmen gibt es für Bewerber oder Bieter aus dem europäischen Wirtschaftsraum oder andere die europäische Union bindenden internationalen Übereinkommen.

Für diese Projekte wird auch das Gebot der losweisen Vergabe, wie oben beschrieben, abgeändert.

Bei der im Rahmen der Vorabgestattung des Zuschlags i. S. d. § 169 Abs. 2 GWB und § 176 Abs. 1 GWB vorzunehmenden Abwägung sollen die Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen in der Regel überwiegen, wenn die gemeinsame Durchführung des Kooperationsprogramms sonst von einem Mitgliedstaat abgebrochen würde. Entsprechendes soll für den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung (§ 173 Abs. 2 GWB) gelten.

- 4.2. Rechtliche Bewertung: Die Beschaffung im Rahmen europäischer Kooperationsprogramme war schon bislang möglich. Auch die weiteren Regelungen sowie die Einführung der Abwägungsgesichtspunkte sind europarechtskonform.
- 4.3 Allgemeine Bewertung: Ob durch die Stärkung europäischer Beschaffungsvorhaben eine Beschleunigung zu erwarten ist, dürfte vom Einzelfall abhängen. Derartige Programme bergen mit Blick auf Abstimmungsprozesse Arbeitsteilung etc. ihre eigene Komplexität.

Zudem stellt sich die Frage, wie die jeweiligen Leistungsinhalte, die von dem jeweiligen Mitgliedstaat eingebracht werden, vergeben werden. Auch hier muss eine Auswahl getroffen werden, die im Rahmen dieser Programme dem Vergaberecht entzogen ist.

5. Beschleunigte Verfahren im Rechtsschutz:

- 5.1. Regelungsgehalt: Sowohl die Verfahren vor der Vergabekammer als auch vor dem Vergabesenat sollen mit diesem geplanten Gesetz beschleunigt werden. So soll beispielsweise die mündliche Verhandlung auch im Wege der Bild- und Tonübertragung nach § 128a ZPO durchgeführt werden. Der Vergabesenat soll im Ausnahmefall sogar nach Lage der Akten entscheiden können, insbesondere, wenn dies der Beschleunigung dient und kein unmittelbarer Eindruck der Parteien oder direkter Austausch des tatsächlichen und rechtlichen Vortrags erforderlich ist.

Bei der Auswahl der geeigneten Maßnahmen, die zur Abstellung des Vergabefehlers ergriffen werden, soll der Zweck dieses Gesetzes sowie die besonderen Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen sowie die unmittelbare Stärkung der Einsatzfähigkeit der Bundeswehr berücksichtigt werden. Der entsprechende Abwägungsmaßstab soll auch bei der Vorabgestattung der Bezuschlagung im laufenden Vergabeverfahren gelten.

- 5.2. Rechtliche Bewertung: Die Änderungen sind europarechtskonform.

- 5.3. Allgemeine Bewertung: Die verfahrenstechnischen Erleichterungen sind zu begrüßen. Dabei darf nicht übersehen werden, dass nach wie vor der richterliche Beurteilungsspielraum erhalten bleibt, ob die unmittelbare Stärkung der Einsatzfähigkeit der Bundeswehr in diesem speziellen Fall eine Beschneidung des Rechtsschutzes rechtfertigt.

Letztlich stellt sich die Frage, ob nicht eine bessere personelle Ausstattung des für die Bundesaufträge zuständigen Vergabesenats bei dem OLG Düsseldorf eine wirkungsvollere Lösung der Beschleunigung wäre.

Ebenso ist denkbar, den Rechtsschutz auf eine Instanz zu begrenzen.

C. Gesamtbewertung

Der vorliegende Gesetzentwurf eröffnet dem Beschaffer vielfach Möglichkeiten, die er schon heute ergreifen könnte. Durch die Betonung - beispielsweise der Beschaffung marktverfügbarer Lösungen - wird gleichwohl eine Lenkungswirkung erzielt.

Ob mit den Maßnahmen neben einer Entlastung der behördeninternen Beschaffungsprozesse des BAAINBw eine signifikante Beschleunigung erreicht werden kann, bleibt abzuwarten.

Das Vergaberecht bietet schon heute flexible Möglichkeiten, Beschleunigungsimpulse zu setzen. Beispielsweise kann die Lieferzeit als Zuschlagskriterium verwendet werden. Die Betrachtung der Möglichkeiten, die das Ausschöpfen des derzeitigen Handlungsrahmens bietet, erscheint in der Debatte um die Änderung des Handlungsrahmens sachwidrig vernachlässigt.

Mit den im Rahmen dieses Gesetzentwurfes zu beschaffenden Gütern wird eine strategische Weichenstellung mit Blick auf den möglichen Wettbewerb in der Nutzungs-

phase des Geräts vorgenommen. Gerade für die Versorgungssicherheit und der Verfügbarkeit der Systeme in der Nutzungsphase sind deshalb die eingangs aufgeworfenen Fragen zur Regelung der Gesamtleistung (Einräumung der Nutzungsrechte, Bereitstellung von Sonderwerkzeugen etc.) von herausragender Bedeutung. Die nach diesem Gesetzentwurf mögliche strategische Bindung an einen Monopolisten kann sich mittel- und langfristig als kontraproduktiv erweisen.

Mit dem BAAINBw besteht eine leistungsfähige Behörde, diese Aspekte auch in den anstehenden Beschaffungsvorhaben zu berücksichtigen, sowie den bestehenden Handlungsrahmen in seiner Gesamtheit anzuwenden. Die politische Rückendeckung hierfür ist allerdings Voraussetzung.

Bonn, den 01.07.2022

Norbert Dippel
(Rechtsanwalt)