

Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie



Bayer. Staatsministerium für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie
80525 München

- per E-Mail -

Bundesministerium für Wirtschaft
und Energie
11019 Berlin

Name
Dr. Peter Kuhlmann

Telefon
089 2162-2274

Telefax
089 2162-2760

E-Mail
peter.kuhlmann@
stmwi.bayern.de

Ihr Zeichen
Ihre Nachricht vom
10.11.2015

Bitte bei Antwort angeben
Unser Zeichen, Unsere Nachricht vom
5814/61/6

München,
27.11.2015

Öffentliches Auftragswesen; Referentenentwurf einer Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts

Sehr geehrter Herr Dr. Solbach,
sehr geehrte Damen und Herren,

mit Datum vom 10. November 2015 haben Sie uns den Referentenentwurf einer Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts übermittelt. Für die konstruktiven Besprechungen am 19. und 20. November 2015 in Ihrem Hause sowie die Gelegenheit zur Stellungnahme danken wir Ihnen herzlich.

Auf folgende, zum Teil bereits in den Besprechungen erörterte Punkte, wollen wir nochmals hinweisen:

1. Berechnung des Auftragswertes bei im Zusammenhang stehenden Leistungen

Die in § 3 Abs. 1 S. 2 des Entwurfs der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge („VgV-E“) enthaltene Regelung, wonach der Wert der Leistungen, die in einem „funktionalen Zusammenhang“ stehen, bei der Berechnung des Auftragswertes zusammenzurechnen ist, stellt in Verbindung mit dem neuen Absatz 7, der nicht mehr – wie in der geltenden Fas-

Postanschrift
80525 München
Hausadresse:
Prinzregentenstr. 28, 80538 München

Telefon Vermittlung
089 2162-0
Telefax
089 2162-2760

E-Mail
poststelle@stmwi.bayern.de
Internet
www.stmwi.bayern.de

Öffentliche Verkehrsmittel
U4, U5 (Lehel)
18, 100 (Nationalmuseum/
Haus der Kunst)

sung der VgV – die Addition nur derselben freiberuflichen Leistungen fordert, eine Verschärfung dar. Dies könnte zu einer massiven Steigerung des Aufwandes gerade bei kleineren kommunalen Baumaßnahmen führen. Eine solche Verschärfung ist unseres Erachtens weder durch die europäischen Vergaberichtlinien noch durch die Rechtsprechung des EuGH bedingt und sollte unterbleiben.

Aus der Richtlinie 2014/24/EU (die „Richtlinie“) selbst ergibt sich lediglich, dass ein Auftrag nicht so in mehrere Aufträge unterteilt werden darf, dass er nicht mehr in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt (Art. 5 Abs. 3 S. 3).

Entscheidend ist also die Frage, ob es sich bei mehreren Aufträgen um einen an sich einheitlichen, aber – um den Anwendungsbereich der Richtlinie zu umgehen – künstlich aufgespaltenen Auftrag handelt, oder ob es sich um mehrere unabhängig voneinander zu betrachtende Aufträge handelt.

Der EuGH hat sich mit dieser Abgrenzung in einer Reihe von Entscheidungen befasst. Im Urteil „Autalhalle“ (C-574/10), auf das auch in der Verordnungsbegründung mehrmals Bezug genommen wird, stellt er darauf ab, ob verschiedene Leistungen in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität aufweisen, die durch die Aufteilung dieser Leistungen in verschiedene Abschnitte nicht als durchbrochen angesehen werden können.

In dem Fall ging es um *„typische Architektenleistungen..., die denselben Inhalt hatten, nämlich im Wesentlichen die Konzeption und die Planung der vorzunehmenden Arbeiten sowie die Aufsicht über ihre Ausführung, und die Durchführung eines einheitlichen Bauvorhabens.... Außerdem blieben die Modalitäten für die Vergütung dieser Leistungen gleich“*.

Daher kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass es sich hier um einen einheitlichen Auftrag handelte und der Auftragswert zusammengerechnet werden müsse. Nach diesen Ausführungen des EuGH kommt es jedoch gerade nicht darauf an, ob verschiedene Leistungen einem gemeinsamen äußeren Zweck dienen, worauf der Wortlaut von § 3 Abs. 1 S. 2 VgV-E zu deuten

scheint. Vor diesem Hintergrund erscheint es uns vorzugswürdig, den Satz insgesamt zu streichen, da sein Wortlaut die Rechtsprechung des EuGH nicht in ihrer gesamten Komplexität wiedergeben kann. Vielmehr erweckt er den Anschein, dass ein ggf. auch nur loser äußerer Zusammenhang zwischen zwei verschiedenen Leistungen dazu führt, diese bei der Schätzung des Auftragswertes addieren zu müssen.

Aus diesem Grund scheint es uns auch sachgerecht, einen dem derzeitigen § 3 Abs. 7 S. 3 VgV entsprechenden Satz in die neue Fassung der VgV aufzunehmen, wonach nur gleichartige Dienstleistungen zusammenzurechnen sind. Hintergrund ist dabei die Art. 5 der Richtlinie zu entnehmende – und in § 3 Abs. 7 S. 2 VgV-E wiedergegebene – Bestimmung, dass nur gleichartige Lieferungen bei der Berechnung des Auftragswerts addiert werden müssen. Gemäß Anmerkung 19 der Richtlinie steht dahinter der Wertungsgedanke, dass bei gleichartigen Lieferungen die jeweiligen Lieferanten sämtliche Produkte typischerweise als Teil ihrer üblichen Produktpalette anbieten. Es ist aus unserer Sicht nicht nachvollziehbar, wieso diese Erwägung nur für den Liefer- aber nicht für den Dienstleistungsbereich gelten sollte.

Insgesamt sollte bei der Berechnung des Auftragswerts stets der Grundgedanke im Auge behalten werden, dass es – richtigerweise, aber eben auch nur – um die Verhinderung der künstlichen Aufspaltung von Aufträgen geht. Umgekehrt sollte es jedoch nicht zu einer künstlichen Zusammenrechnung von verschiedenen Aufträgen kommen.

2. Berechnung des Auftragswertes bei Beschaffungen durch eigenständige Organisationseinheiten

Nach Art. 5 Abs. 2 Unterabsatz 2 der Richtlinie (entsprechendes ist auch in den Richtlinien 2014/23/EU und 2014/25 EU enthalten) können bei eigenverantwortlichen Beschaffungen durch eigenständige Organisationseinheiten unter bestimmten Voraussetzungen die Auftragswerte der einzelnen Einheiten gesondert betrachtet werden. Diese durch die Richtlinie eröffnete Erleichterung hat für die Kommunen erhebliche praktische Bedeutung, zum

Beispiel, wenn mehrere Schulen in einer Gemeinde ihre Beschaffungen in eigener Budgetverantwortung durchführen. Eine wörtliche Übernahme dieses Unterabsatzes ist in dem Entwurf nicht enthalten.

Wie im Gespräch am 20. November erörtert, gehen Sie allerdings davon aus, dass der im Unterabsatz genannte Sachverhalt typischerweise einen Fall des § 3 Abs. 2 S. 2 VgV-E darstellt, wonach eine Auftragsvergabe ausnahmsweise dann unterteilt werden darf, wenn ein objektiver Grund dafür vorliegt.

Wir schlagen daher vor, den entsprechenden Sachverhalt unter Verweis auf Art. 5 Abs. 2 Unterabsatz 2 der Richtlinie in der Begründung als einen typischen Fall des „objektiven Grundes“ zu benennen.

3. Wahrung der Vertraulichkeit

§ 5 Abs. 1 und 2 VgV-E vereinen die Vorgaben von Art. 21 Abs. 1 der Richtlinie und die gegenwärtigen Bestimmungen von § 17 EG Abs. 3 VOL/A zur Wahrung der Vertraulichkeit. Sowohl Art. 21 Abs. 1 der Richtlinie als auch § 17 EG Abs. 3 VOL/A enthalten die Verpflichtung zur vertraulichen Behandlung der von den Bietern übermittelten Informationen. Ein unterschiedlicher Schutzzweck der beiden Vorschriften ist nicht erkennbar. Aus diesem Grund wird vorgeschlagen, Absätze 1 und 2 von § 5 VgV-E nicht nebeneinanderzustellen, sondern in einem Absatz zu vereinen, der folgendermaßen lauten könnte:

„Die Angebote und ihre Anlagen, die Teilnahmeanträge, die Interessensbekundungen, die Interessensbestätigungen und sämtliche weitere von den Unternehmen übermittelte und von diesen als vertraulich eingestufte Informationen sowie die Dokumentation über die Angebotsöffnung sind auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens vertraulich zu behandeln, sofern in dieser Verordnung oder anderen Rechtsvorschriften nichts anderes bestimmt ist.“

Ferner wäre zu bedenken, inwieweit daneben noch Bedarf für den gegenwärtigen § 5 Abs. 4 VgV-E besteht, da es auch hier zumindest teilweise Überschneidungen gibt.

4. Elektronisches Vergabeverfahren

Der Anwendungsbefehl für die Interoperabilitäts- und Sicherheitsstandards der Datenaustauschnittstelle in §10 Abs. 2 S. 2 VgV-E verweist lediglich auf § 3 Abs. 1 des Vertrags über die Errichtung des IT-Planungsrats und über die Grundlagen der Zusammenarbeit beim Einsatz der Informationstechnologie in den Verwaltungen von Bund und Ländern vom 1. April 2010. Da die Beschlüsse des IT-Planungsrates in § 3 Abs. 2 des Vertrages genannt werden, empfehlen wir, auf den gesamten § 3 des Vertrags zu verweisen.

Zudem ist nicht klar, welche Standards gemeint sind. Die VgV gilt grundsätzlich für alle öffentlichen Auftraggeber. Der durch den IT-Planungsrat beschlossene XVergabe-Standard ist jedoch beispielsweise für die Kommunen nicht bindend, da die Leitlinie des IT-Planungsrats für Informationssicherheit in der öffentlichen Verwaltung für Kommunen nur eine Empfehlung zur Anwendung in deren Bereich enthält. Nur bei IT-Verfahren, die über Verwaltungsgrenzen hinaus genutzt werden, sind die Vorgaben verpflichtend.

Die Formulierung in § 10 Abs. 2 S. 2 VgV-E sollte daher konkretisiert werden.

5. Markterkundung

Gemäß § 28 VgV-E dürfen öffentliche Auftraggeber vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens Markterkundungen ausschließlich zur Vorbereitung der Auftragsvergabe und zur Unterrichtung der Unternehmen über ihre Auftragsvergabepläne und -anforderungen durchführen. Diese Bestimmung orientiert sich an Artikel 40 der Richtlinie, in dem die Einschränkung „ausschließlich“ nicht enthalten ist. Wir schlagen daher vor, durch die Strei-

chung des Wortes „ausschließlich“ die Richtlinie an dieser Stelle wortgleich umzusetzen.

6. Grundsätze und Anwendungsbereich für Planungswettbewerbe

Gemäß § 78 Abs. 2 S. 4 VgV-E müssen öffentliche Auftraggeber bei Aufgabenstellungen im Hoch-, Städte- und Brückenbau prüfen, ob diese für einen Planungswettbewerb geeignet sind und haben ihre Entscheidung zu dokumentieren. Diese Regelung stellt keinen Beitrag zur Vereinfachung der Vergabeverfahren dar, die erklärtes Ziel der Reform des Vergaberechts ist. Sie führt im Gegenteil zu einem erheblichen Mehraufwand. Die Regelung ist auch nicht durch eine entsprechende Vorgabe der Richtlinie veranlasst, so dass sie nicht der im Eckpunktepapier angekündigten 1:1 Umsetzung entspricht. Wir plädieren daher für die Streichung dieser Regelung.

Weitergehende inhaltliche Anmerkungen behalten wir uns für den weiteren Verlauf des Verfahrens vor.

Mit freundlichen Grüßen

gez.

Dr. Markus Hahn
Oberregierungsrat