

Vergaberechtsreform 2016 – Die wichtigsten Eckpfeiler

Malte Müller-Wrede¹

Am 17. April 2014 trat das neue europäische Vergaberichtlinien-Paket in Kraft. Es besteht aus der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe², der Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung³ und der Richtlinie über die Konzessionsvergabe⁴. Die Richtlinien gelten nur für die Vergabe öffentlicher Aufträge, deren geschätzter Wert einen bestimmten Schwellenwert⁵ erreicht. Sie sind von den Mitgliedstaaten bis zum 18. April 2016 in nationales Recht umzusetzen.

Auf einen Blick

Das deutsche Vergaberecht wird 2016 abermals umfassend reformiert. Öffentliche Auftraggeber_innen werden künftig über größere Spielräume bei der Gestaltung des Vergabeverfahrens verfügen und soziale sowie ökologische Kriterien umfassender als bisher bei der Auftragsvergabe berücksichtigen können. Die Kommunikation im Vergabeverfahren zwischen öffentlichem Auftraggeber bzw. öffentlicher Auftraggeberin und Verfahrensteilnehmer_innen wird zukünftig nahezu vollständig elektronisch ablaufen. Für Unternehmen wird zudem der Nachweis der Eignung erleichtert und damit die Teilnahme an Vergabeverfahren attraktiver. Die Strukturen des deutschen Vergaberechts werden hingegen komplex und unübersichtlich bleiben.

Ausgangspunkt

Anlässlich des Inkrafttretens des EU-Vergaberichtlinien-Pakets am 17. April 2014 hat das Bundeskabinett am 7. Januar 2015 die Eckpunkte für die Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien in deutsches Recht⁶ beschlossen. Leitlinien der Umsetzung sind insbesondere, dass

- die Struktur des deutschen Vergaberechts einfach und anwenderfreundlich sein müsse;
- soziale und ökologische Aspekte im Einklang mit dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz gestärkt werden;
- ein weitgehend digitalisierter Beschaffungsprozess angestrebt wird und
- der bürokratische Aufwand für Auftraggeber_innen und Auftragnehmer_innen so gering wie möglich gehalten werden soll.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) legte hierzu am 6. Mai 2015 einen Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts⁷ vor. Die Reformvorschläge betreffen ausschließlich die Vergabe öffentlicher Aufträge, deren geschätzter Auftragswert den maßgeblichen EU-Schwellenwert erreicht. Nach dem Beschluss des Bundeskabinetts soll der Anpassungsbedarf für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte erst nach Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien geprüft werden.

Ein weiterer Reformbedarf kann künftig zudem durch die Ratifizierung der „geplanten“ Freihandelsabkommen der Europäischen Union – das Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), das Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) und das Trade in Services Agreement (TiSA) – entstehen.

Vereinfachung des deutschen Vergaberechts?

Die Struktur des deutschen Vergaberechts für die Vergabe öffentlicher Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte ist komplex. Es gilt das sog. Kaskadenprinzip. Nach diesem Prinzip sind die vergaberechtlichen Vorschriften auf verschiedene Stufen verteilt.

Die grundsätzlichen vergaberechtlichen Bestimmungen sind im vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) enthalten (erste Stufe). Die Einzelheiten zur Durchführung des Vergabeverfahrens regeln die Vergabeverordnungen (zweite Stufe). Dies sind die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV), die Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit und die Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasser- und der Energieversorgung. Im Anwendungsbereich der VgV schließt sich eine dritte Stufe an. Die VgV verweist je nach Auftragsart für weitere Verfahrensvorschriften auf die Vergabe- und Vertragsordnungen für Leistungen (VOL/A), freiberufliche Leistungen (VOF) und Bauleistungen (VOB/A).

Das Kaskadenprinzip ist komplex und unpraktisch. Zahlreiche Stimmen aus Wissenschaft und Vergabepaxis fordern daher seit jeher die Schaffung eines einheitlichen Bundesvergabegesetzes nach dem Vorbild des österreichischen Vergabe-

rechts. Ein solches Bundesvergabegesetz wird es auch nach der Vergaberechtsreform 2016 in Deutschland nicht geben. Das Bundeskabinett hält an dem Kaskadenprinzip fest. Allerdings wird das dreistufige Kaskadenprinzip für die Vergabe von Leistungen und freiberuflichen Leistungen nach dem Beschluss des Bundeskabinetts um eine Stufe reduziert: Die Regelungen der VOL/A und der VOF sollen abgeschafft und in der VgV zusammengeführt werden. Für die Vergabe von Bauleistungen wird es hingegen bei dem dreistufigen Kaskadenprinzip bleiben.

Die Anwendung von künftig lediglich zwei Regelwerken bei der Vergabe von Leistungen und freiberuflichen Leistungen wird die Anwendung der vergaberechtlichen Bestimmungen zwar insoweit erleichtern. Allerdings haben sich die gemeinsam gewachsenen Regelungsstrukturen der Vergabe- und Vertragsordnungen im Zuge der letzten Vergaberechtsreformen weitgehend aneinander angeglichen. Nach der Vergaberechtsreform 2016 werden sich die Strukturen der Regelwerke für die Vergabe von Leistungen bzw. freiberuflichen Leistungen und Bauleistungen hingegen wieder deutlich voneinander unterscheiden. Für die Vergabepaxis insbesondere kleinerer Vergabestellen wird die Anwendung der vergaberechtlichen Bestimmungen hierdurch im Ergebnis verkompliziert.

Neben den bestehenden Vergabeverordnungen wird zudem künftig eine Verordnung über die Vergabe von Konzessionen hinzutreten. Außerdem werden die mittlerweile insgesamt 15 Vergabegesetze der Länder weiterhin bestehen bleiben. Die Vergaberechtsreform 2016 wird die Strukturen des deutschen Vergaberechts daher insgesamt nicht vereinfachen.

Soziales und ökologisches Vergaberecht

Auf deutscher und europäischer Entscheidungsebene wird das öffentliche Auftragswesen wegen dessen erheblichem Anteil von bis zu ca. 19 Prozent am Bruttoinlandsprodukt⁸ als wichtiger Hebel zur Umsetzung bedeutender gesellschaftspolitischer, insbesondere sozial- und umweltpolitischer Ziele betrachtet.⁹ Bislang spielen soziale und ökologische Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe in der vergaberechtlichen Praxis indes eine untergeordnete Rolle. Aus diesem Grund sehen der Beschluss des Bundeskabinetts

und der Gesetzesentwurf des BMWi die stärkere Berücksichtigung solcher Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe vor.

Nach dem Gesetzesentwurf des BMWi soll die Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien künftig vergaberechtlicher Grundsatz sein. Es soll zudem eine Verpflichtung der Auftragnehmer_innen geregelt werden, wonach diese bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten haben. Hierzu sollen insbesondere arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen sowie die Regelungen bezüglich eines Mindestentgelts nach dem Mindestlohngesetz, Tarifvertragsgesetz und dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz zählen. Haben Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge gegen geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen, sollen öffentliche Auftraggeber_innen diese künftig nach dem Gesetzesentwurf des BMWi vom Vergabeverfahren ausschließen können. Darüber hinaus sollen öffentliche Auftraggeber_innen Ausführungsbedingungen festlegen können, die umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange umfassen, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen.

Bereits die aktuellen Vergabevorschriften sehen die Berücksichtigung von Umwelteigenschaften bei der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots vor. Nach dem Gesetzesentwurf des BMWi sollen bei der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots neben umweltbezogenen künftig ausdrücklich auch soziale Kriterien berücksichtigt werden können. Die Kriterien müssen allerdings mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, womit allgemeinpolitische Zielsetzungen ausscheiden. Eine solche Verbindung solle nach dem Gesetzesentwurf allerdings schon dann bestehen, wenn sich die Zuschlagskriterien auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung, Entsorgung der Leistung oder ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung beziehen, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken. Hierdurch können öffentliche Auftraggeber_innen beispielsweise Produkte, die aus fairem Handel stammen, in der Angebotswertung künftig besser bewerten als konventionell gehandelte Produkte.

Digitalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe

In engem Zusammenhang mit der Ökologisierung des deutschen Vergaberechts steht der Wechsel von der papiernen zur elektronischen Kommunikation im Vergabeverfahren (sog. eVergabe). Auch wenn die Vorteile der elektronischen Kommunikation auf der Hand liegen: Verfahrensbeschleunigung, Kostenersparnis, Reduzierung der Fehlerhäufigkeit, Schonung natürlicher Ressourcen. In der vergaberechtlichen Praxis herrscht die papierne Kommunikation vor.

Nach den geltenden deutschen Vergabevorschriften steht es öffentlichen Auftraggeber_innen frei, ob und inwieweit sie bei der Kommunikation mit Verfahrensteilnehmer_innen elektronische Mittel verwenden. Nach den Vorgaben der neuen EU-Vergaberichtlinien sind öffentliche Auftraggeber_innen nunmehr grundsätzlich verpflichtet, in jedem Stadium des Vergabeverfahrens elektronische Mittel einzusetzen. Dies betrifft insbesondere die Erstellung und Bereitstellung der Bekanntmachung und der Vergabeunterlagen, den Empfang der (elektronischen) Angebote sowie die Zuschlagserteilung.

Für Unternehmen ist die Beteiligung an elektronischen Beschaffungsprozessen nur attraktiv, wenn eine weitgehende Interoperabilität der Zugänge sowie der technischen Mittel für die Abgabe von Teilnahmeunterlagen und Angeboten auf den zahlreichen elektronischen Vergabe-Plattformen besteht. Ein solcher Standard existiert derzeit nicht. Nach dem Regierungsprogramm „Digitale Verwaltung 2020“¹⁰ soll dieser allerdings künftig durch das Projekt „XVergabe“ eingerichtet werden.

Flexibilisierung der öffentlichen Auftragsvergabe

Nach europäischem Vergaberecht können öffentliche Auftraggeber_innen seit jeher zwischen dem offenen und dem nicht offenen Verfahren wählen (sog. Toolbox-Prinzip). Nach deutschem Recht ist das offene Verfahren hingegen vorrangig anzuwenden und die Anwendung des nicht offenen Verfahrens nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Nach dem Beschluss des Bundeskabinetts und dem Gesetzesentwurf des BMWi wird der deutsche Gesetzgeber künftig dem europä-

ischen Konzept folgen und dem öffentlichen Auftraggeber und der öffentlichen Auftraggeberin auch nach deutschem Recht die Wahl zwischen dem offenen und dem nicht offenen Verfahren überlassen.

Hierdurch wird die Beteiligung an Vergabeverfahren für Unternehmen, insbesondere kleine und mittelständische Unternehmen, deutlich attraktiver, da die öffentlichen Auftraggeber_innen im nicht offenen Verfahren die Unternehmen erst dann zur gegebenenfalls aufwändigen Erstellung und Einreichung von Angebotsunterlagen auffordern, wenn sie deren Eignung zuvor festgestellt haben. Entsprechend verringert sich der Aufwand für die öffentlichen Auftraggeber_innen zur Prüfung und Wertung der Angebote.

Mehr Spielräume bei der Verfahrensgestaltung werden sich nach den neuen EU-Vergaberichtlinien für die öffentlichen Auftraggeber_innen schließlich auch durch den erweiterten Anwendungsbereich des Verhandlungsverfahrens eröffnen. Zukünftig soll die Wahl des Verhandlungsverfahrens auch möglich sein, wenn die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers und der öffentlichen Auftraggeberin nicht ohne die Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden können oder die Aufträge konzeptionelle oder innovative Lösungen umfassen. Nach dem Beschluss des Bundeskabinetts soll dies in deutsches Recht umgesetzt werden.

Erleichterung des Eignungsnachweises

Öffentliche Auftraggeber_innen dürfen öffentliche Aufträge nach den vergaberechtlichen Bestimmungen nur an geeignete Unternehmen vergeben. Mit der Pflicht zur Prüfung der Eignung der Unternehmen korrespondiert das Recht der öffentlichen Auftraggeber_innen, von den Unternehmen Unterlagen für den Nachweis der Eignung zu verlangen. Die Forderung einer Vielzahl von Bescheinigungen zum Eignungsnachweis ist in der Vergabepaxis indes eines der Haupthindernisse vieler Unternehmen zur Beteiligung an Vergabeverfahren.

Nach den Vorgaben der neuen EU-Vergaberichtlinien müssen öffentliche Auftraggeber_innen nunmehr zum Zeitpunkt der Übermittlung von Teilnahmeanträgen und Angeboten die sog. Einheitliche Europäische Eigenerklärung als vorläufigen Eignungsnachweis anstelle von Bescheinigungen von Behörden oder Dritten akzeptieren. Nach dem Beschluss des Bundeskabinetts soll diese Regelung in deutsches Recht umgesetzt werden. Hierdurch wird der bürokratische Aufwand für Unternehmen bei der Teilnahme an Vergabeverfahren spürbar verringert und die Hemmschwelle zur Beteiligung an Vergabeverfahren gesenkt. Dies wird insbesondere kleinen und mittelständischen Unternehmen zugute kommen.

- 1 Malte Müller-Wrede ist Rechtsanwalt in der auf Vergaberecht spezialisierten Kanzlei Müller-Wrede & Partner in Berlin. Dieser Beitrag basiert auf seinem Kommentar zum Fachgespräch „Reform des Vergaberechts“ der Friedrich-Ebert-Stiftung vom 22. April 2015.
- 2 Richtlinie 2014/24/EU, ABl. EU L 94/65 vom 28.3.2014.
- 3 Richtlinie 2014/25/EU, ABl. EU L 94/243 vom 28.3.2014.
- 4 Richtlinie 2014/23/EU, ABl. EU L 94/1 vom 28.3.2014.
- 5 Derzeit liegen die Schwellenwerte für Liefer- und Dienstleistungen bei 134.000 Euro netto (zentrale Regierungsbehörden), 207.000 Euro netto (für sonstige öffentliche Auftraggeber_innen) bzw. 414.000 Euro netto (Sektoren- sowie Verteidigungs- und Sicherheitsbereich), für Bauleistungen bei 5.186.000 Euro netto.
- 6 Bundeskabinett: Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, Beschluss des Bundeskabinetts, 7.1.2015.
- 7 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie: Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014), Bearbeitungsstand: 30.4.2015 17:12 Uhr.
- 8 Europäische Kommission: Public Procurement Indicators 2011, Bruxelles 2012, S. 1.
- 9 Vgl. zur Berücksichtigung ökologischer Kriterien: Mitteilung der Kommission vom 3.3.2010, KOM 2020 endgültig (Strategie 2020), Brüssel 2010, S. 18; vgl. zur Berücksichtigung von Tarifreue: Deutschlands Zukunft gestalten – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, Berlin S. 50.
- 10 Bundesregierung: Digitale Verwaltung 2020, Regierungsprogramm 18. Legislaturperiode, Berlin 2014, S. 36.

Impressum: © Friedrich-Ebert-Stiftung | Herausgeber: **Abteilung Wirtschafts- und Sozialpolitik**
der Friedrich-Ebert-Stiftung | Godesberger Allee 149 | 53175 Bonn | Fax 0228 883 9205 | www.fes.de/wiso |
ISBN: 978-3-95861-184-9

Eine gewerbliche Nutzung der von der FES herausgegebenen Medien ist ohne schriftliche Zustimmung durch die FES nicht gestattet.

Diese Publikation wird aus Mitteln
der DKLB-Stiftung gefördert.

 **LOTTO STIFTUNG
BERLIN**