

BPPP e.V. ▪ Neuer Wall 63 ▪ 20354 Hamburg

Bundesministerium für Wirtschaft
und Technologie
Herrn RD Dr. Thomas Solbach
- Büro I B 6 -
Referat Öffentliche Aufträge,
Vergabepflichten; Immobilienwirtschaft
Scharnhorststr. 34 – 37

10115 Berlin

**Bundesverband
Public Private Partnership e.V.**
Neuer Wall 63
20354 Hamburg
Deutschland
Tel.: +49 (0)40 355280-86
Fax: +49 (0)40 355280-80
E-Mail: info@b PPP.de
www.b PPP.de

Vorstand
Dr. Thomas Baumeyer
Dr. Jörg Hopfe
Prof. Dr. Andreas Pfnür
Dr. Martin Schellenberg
Dr. Christian Scherer-Leydecker
Heino von Schuckmann

Vereinsregister Hamburg
VR-Nr. 17969

Köln, 14.04.2012

Entwurf Vergabeordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV)

Sehr geehrter Herr Dr. Solbach,

ich darf Bezug nehmen auf Ihre Anhörung mit Schreiben vom 27.03.2012 zum Referentenentwurf einer Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit.

Der Bundesverband PPP | Network Infrastrukturmanagement begrüßt, dass mit der Vorlage des Referentenentwurfs ein erster Schritt zur vollständigen Umsetzung der EU-Richtlinie 2009/81/EG getan wurde. Da die Umsetzungsfrist nicht gewahrt worden war, gelten die Vorgaben der Richtlinie nunmehr unmittelbar, was mit Rechtsunsicherheiten verbunden ist.

Eine Prüfung des Verordnungsentwurfs war innerhalb der Kürze der Zeit für die Stellungnahme, die zudem in die kompletten Osterferien fiel, nur eingeschränkt möglich. Bei Durchsicht des Entwurfs sind uns insbesondere folgende Punkte aufgefallen:

1. **Zu § 1 Abs. 1:** Hinter „gemäß § 100 Abs. 3 bis 6“ sollte es anstatt „sowie“ besser „oder“ heißen. Die Aufzählung der Ausnahmetatbestände dürfte **alternativ** gemeint sein, da es ausreicht, dass ein Ausnahmetatbestand erfüllt ist.
2. **Zu § 2 Abs. 2 und an anderen Stellen im Verordnungsentwurf:** Es sollte geprüft werden, ob es anstatt „Mehrwertsteuer“ nicht besser **„Umsatzsteuer“**

heißen sollte, da auch das Umsatzsteuergesetz den Begriff „Umsatzsteuer“ verwendet.

3. **Zu § 1 Abs. 2:** Im Hinblick auf den **Schwellenwert** wird auf die Bestimmung der Richtlinie 2009/81/EG direkt verwiesen. Zusätzlich wird angeordnet, dass die Schwellenwerte auch im Bundesanzeiger bekannt gegeben werden sollen. Angesichts dessen fragt sich, ob die neuen Schwellenwerte dann bereits mit Veröffentlichung im Amtsblatt oder erst mit Veröffentlichung im Bundesanzeiger gelten sollen. Eine Klarstellung erscheint sinnvoll.
4. **Zu § 4 Abs. 3 und 4:** Der Begriff „**erfolgreichen Bieter**“ ist unklar. Wir schlagen vor, statt dessen den Begriff „Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers“ zu verwenden, der uns eindeutiger erscheint.
5. **Zu § 6 Abs. 3 Satz 1:** Nach dieser Bestimmung dürfen Angaben und Unterlagen nicht an „Dritte“ weitergegeben werden. Ausgenommen sind nur Weitergaben „zur Angebotserstellung“. Auch in anderem Zusammenhang kann sich die **Weitergabe an Dritte** als erforderlich erweisen, z.B. um im Rahmen eines Vergabeverfahrens eigene Rechte zu wahren und hierfür einen Rechtsanwalt oder sonstigen Berater zu konsultieren. Da sich dies nur schwer unter dem Begriff der Angebotserstellung subsummieren lässt, sollte die Bestimmung insoweit ergänzt werden.

Darüber hinaus bietet sich zur Wahrung der Vertraulichkeit an, jegliche Weitergabe, auch die zur Angebotserstellung, mit der Pflicht zu verbinden, die Dritten **zur Vertraulichkeit zu verpflichten**, soweit sie nicht bereits von Gesetzes oder Landesrechts wegen zur Verschwiegenheit verpflichtet sind.

6. **Zu § 7 Abs. 1 Satz 2:** Nach dieser Bestimmung sind die Unternehmer zu verpflichten, die Einhaltung der erforderlichen Maßnahmen durch ihre Unterauftragnehmer zur **Geheimhaltung von Verschlusssachen** sicherzustellen. Unteraufträge sind in § 4 Abs. 3 definiert und erstrecken sich nur auf Verträge zur Ausführung des betreffenden (Haupt-)Auftrags. Damit dürften Berater, die selbst keine Auftragsleistungen übernehmen, nicht erfasst sein. Diese sind aber beispielsweise zur Angebotserstellung oder in sonstiger Weise, z.B. zur Einlegung von Rechtsbehelfen oder Wahrung von Rechten, in das Verfahren einbezogen. Sie sollten daher ebenfalls in den Kreis der zu Verpflichtenden einbezogen werden.
7. **Zu § 7 Abs. 4 Satz 2:** Es sollte klargestellt sein, dass Umstände, die von der Vergabestelle selbst herbeigeführt wurden, ein Absehen von der Gewährung der zusätzlichen Zeit nicht rechtfertigen können.

8. **Zu § 7 Abs. 5 Satz 1:** In diesem Satz wird der Begriff „**Gemeinschaftsebene**“ verwendet. Angesichts der Veränderungen der Terminologie, wonach es keine Europäische Gemeinschaft mehr gibt, sondern nur noch eine Europäische Union, sollten auch die neuen Begrifflichkeiten verwendet werden. Hier bietet sich folgende Begrifflichkeit an: „auf der Ebene der Europäischen Union“.
9. **Zu § 9, §§ 38 ff.:** Die Vorschriften über die **Unterauftragsvergabe** stellen einen erheblichen Eingriff in die Vertragsfreiheit der Auftragnehmer dar. Es sollte daher überlegt werden, die Möglichkeit entsprechender Anforderungen durch die Vergabestelle in § 9 Abs. 3 einzuschränken. In jedem Fall sollte sichergestellt sein, dass solche Forderungen nur im Hinblick auf Aufträge oberhalb der Schwellenwerte verlangt werden können. Nach Art. 21 Abs. 3 und 4 der Richtlinie sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, sondern nur ermächtigt, die dort geregelten Anforderungen vorzusehen.

Darüber hinaus führen die Vorgaben zu erheblichen Problemen bei der praktischen Umsetzung insbesondere bei Generalunternehmern (GU) oder Generalübernehmern (GÜ) sowie im Hinblick auf den Nachweis der Eignung unter Bezugnahme auf Dritte:

- a) **Generalunternehmer/-übernehmer:** Ein Problem kann für Unternehmen auftreten, die als GU/GÜ an einer Ausschreibung teilnehmen wollen, wenn der Auftraggeber entsprechend § 9 Abs. 3 Nr. 1 die Festlegung auf einen Mindestprozentsatz von Unteraufträgen getroffen hat, die nach den §§ 38 ff. im wettbewerblichen Verfahren vergeben müssen. Dadurch kann ein potentieller GU/GÜ nicht bereits mit Angebotsabgabe für 100% der Leistung Nachunternehmer benennen, die er frei gewählt hat. Das bedeutet zugleich aber auch, dass er sich im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs zum Nachweis der Eignung nur auf die eigene Leistungsfähigkeit und die der vorab benennbaren Nachunternehmer berufen kann. Dadurch kann unter Umständen ein nicht ausgleichbares Defizit beim Eignungsnachweis entstehen und so die Bewerbung als GU/GÜ unmöglich gemacht werden.

Einem Unternehmen darf es aber gemäß Art. 42 Abs. 2 der Richtlinie (umgesetzt durch § 26 Abs. 3 des Entwurfs) nicht untersagt werden, sich zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auf andere Unternehmen und damit auch Nachunternehmer zu berufen.

Auch ein vorgelagertes Vergabeverfahren zur Auswahl der Nachunternehmer ist in diesem Fall nicht möglich, da § 38 nur von Verfahren spricht, die von Auftragnehmern, also nach Zuschlagserteilung für den Gesamtauftrag, durchgeführt werden.

- b) **Berufung auf Eignung von Nachunternehmern:** Der Verweis auf Eignungsnachweise vorab benannter Nachunternehmer zum Nachweis der eigenen Leistungsfähigkeit kann einem Unternehmen sogar ganz verschlossen sein, wenn der Auftraggeber nach § 9 Abs. 3 Nr. 2 verlangt, dass alle Unteraufträge im wettbewerblichen Verfahren vergeben werden. Übt der Auftraggeber diese Option aus, so können sämtliche Unteraufträge erst nach erteiltem Zuschlag vergeben werden. Dann ist aber der Nachweis der Eignung über Nachunternehmer generell nicht mehr möglich. In diesem Fall bleibt, wenn ein Unternehmen die Eignung nicht vollumfänglich eigenständig nachweisen kann als einzige Möglichkeit die Bildung einer Bietergemeinschaft mit den Unternehmen, die normalerweise als Nachunternehmer benannt würden. Auch das ist aber rechnerisch nicht in jedem Fall möglich, etwa wenn zugleich ein Mindestprozentsatz gemäß § 9 Abs. 3 Nr. 1 festgesetzt wurde. Dann ist die Größe der Bietergemeinschaft – bezogen auf den Auftragswert – durch den Mindestprozentsatz nach oben begrenzt. In diesem Fall tritt also das unter lit. a) dargestellte Problem neben das hier behandelte. Verstärkt wird diese Problematik noch dadurch, dass Mitglieder der Bietergemeinschaft oder verbundene Unternehmen nicht als Unterauftragnehmer gelten, vgl. § 38 Abs. 2 S. 1. Das widerspricht Art. 42 Abs. 2 der Richtlinie und § 26 Abs. 3 des Entwurfs, wonach es einem Bewerber/Bieter nicht untersagt werden darf, sich zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auf andere Unternehmen und damit auch Nachunternehmer zu berufen.

Diese Widersprüche müssen im Interesse der Rechtssicherheit dringend beseitigt werden.

10. **Zu § 18 Abs. 3 Nr. 1:** Gemäß § 18 Abs. 3 Nr. 1 sind in der Bekanntmachung verbindlich die **Gewichtung der Zuschlagskriterien** oder die absteigende Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung zu benennen. Die Begründung zu der Norm (S. 54) verweist fälschlicherweise auf Art. 42 Abs. 2 der Richtlinie. Dort ist aber die Inbezugnahme von Eignungsnachweisen von Nachunternehmern geregelt. Richtigerweise müsste stattdessen auf Art. 32. Abs. 1 der Richtlinie verwiesen werden. Dieser wiederum verweist auf Anhang IV der Richtlinie, wo es heißt:

„Zuschlagskriterien nach Artikel 47: „niedrigster Preis“ bzw. „wirtschaftlich günstigstes Angebot“. Die Kriterien für das wirtschaftliche günstigste Angebot sowie deren Gewichtung bzw. die Kriterien in absteigender Reihenfolge nach ihrer Bedeutung müssen genannt werden, falls sie nicht in den Verdingungsunterlagen bzw. im Fall des wettbewerblichen Dialogs in der Beschreibung enthalten sind.“

Die letztgenannte Möglichkeit, also die Benennung der Zuschlagskriterien erst in den Vergabeunterlagen, ist in § 18 nicht vorgesehen. Dies stellt sich innerhalb der VSVgV als systematischer Bruch etwa zu den §§ 29 Abs. 5 Nr. 5 oder 34 Abs. 3 S. 1 dar, die von dieser Möglichkeit sehr wohl ausgehen. Zudem ist ein Verweis auf die Benennung der Kriterien in den Vergabeunterlagen auch nach den europäischen Standard-Bekanntmachungsformularen vorgesehen. § 18 muss daher um diese Alternative ergänzt und zugleich die Begründung berichtigt werden.

11. **§ 18 Abs. 3 Nr. 4:** Keinen Sinn ergibt auch die Begründung zu § 18 Abs. 3 Nr. 4, wonach in der Bekanntmachung festgelegt werden muss, dass im **wettbewerblichen Dialog** der Zuschlag auf das **wirtschaftlichste Angebot** erteilt werden wird. Die Begründung (S. 55) verweist auf die Artikel 26 Abs. 3 S. 2 und 27 Abs. 4 S. 2 der Richtlinie 2009/81/EG als Grundlagen der Bestimmung. Diese beiden Regelungen der Richtlinien ordnen aber jeweils – einmal für den wettbewerblichen Dialog, einmal für das Verhandlungsverfahren – nur an, dass in der Bekanntmachung auf die Möglichkeit einer stufenweisen Verringerung der Anzahl der Lösungen bzw. Angebote hingewiesen werden muss. Sie betreffen damit ausschließlich den Regelungsgehalt des § 18 Abs. 3 Nr. 3, aber nicht den der Nr. 4. Sie finden sich auch richtigerweise als Grundlage der Nr. 3 in der zugehörigen Begründung. Die Nr. 4 kann auf sie aber nicht gestützt werden. Im Übrigen stellt die Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot schon aus sich heraus eines der fundamentalen vergaberechtlichen Grundprinzipien dar, das gemäß § 97 Abs. 5 GWB für alle Vergabeverfahren und von dem auch im wettbewerblichen Dialog nicht abgewichen werden darf. Unklar ist, weshalb dies gerade für den wettbewerblichen Dialog der besonderen Angabe in der Bekanntmachung bedürfen soll.
12. **Zu § 30 Abs. 3:** Es empfiehlt sich anzugeben, wie lange die Angebote und ihre Anlagen aufzubewahren sind (vorbehaltlich längerer Aufbewahrungsfristen nach anderen Vorschriften). Eine unbegrenzte **Aufbewahrung** dürfte nicht beabsichtigt sein.
13. **Zu § 32 Abs. 1:** Der Absatz ist redaktionell zu überarbeiten. Der dritte Satz ist **unvollständig**. Der zweite Satz ist sprachlich nicht geglückt.
14. **Zu §§ 38 bis 42:** Unklar ist, ob die Vorgaben zur **Unterauftragsvergabe** nur für Unteraufträge gelten, die die **Schwellenwerte** übersteigen oder für sämtliche Unteraufträge. Da die Einhaltung von Vergabebeanforderungen nach der VSVgV nur für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte gilt, sollte dies auch für die Auftragnehmer nicht anders sein. Ansonsten erklärt sich auch § 42 Abs. 2 nicht,

der Regelungen zu der Vergabe von Unteraufträgen unterhalb der Schwellenwerte trifft (dazu auch unter 15.).

15. **Zu § 42 Abs. 2:** § 42 Abs. 2 sollte entfallen. Nach der Begründung zu dem Verordnungsentwurf soll es sich hierbei um eine Klarstellung handeln. Dem können wir nicht folgen, da die **Anforderungen des AEUV** für die Vergabe von Unteraufträgen eines nicht öffentlichen Auftraggebers an ein anderes Privatunternehmen gerade nicht gilt. Insoweit sollte der Auftragnehmer frei sein, wem er Unteraufträge vergibt.
16. **Zu § 43 Abs. 1 Nr. 3 lit. b):** Hier sollte klargestellt werden, dass **geschäftliche Beziehungen** zum Bieter oder Bewerber auch dann nicht schädlich sind, wenn es sich um einen per Gesetz oder nach Landesrecht zur Verschwiegenheit und zur unparteiischen Interessenwahrnehmung verpflichteten Berater handelt. In diesen Fällen liegt kein Interessenkonflikt vor. Die Vorschrift sollte Rechtsicherheit schaffen, um Unsicherheiten bei den Beteiligten auszuschließen.

Wir bitten Sie, diese Punkte im Rahmen der weiteren Bearbeitung des Entwurfs zu berücksichtigen.

Bei Rückfragen stehen wir gern zur Verfügung. Bitte wenden Sie sich hierzu und bei sonstiger Korrespondenz unter der unten genannten Anschrift an den Unterzeichner, der die Stellungnahme federführend betreut hat.

Mit freundlichen Grüßen

BPPP | Netzwerk Infrastrukturmanagement

Dr. Christian Scherer-Leydecker
Rechtsanwalt

c/o CMS Hasche Sigle
Tel. 0221 / 7716 - 116
christian.scherer-leydecker@cms-hs.com