

07.03.16**Empfehlungen
der Ausschüsse**

Wi - AIS - Fz - In - R - U - Vk - Wo

zu **Punkt ...** der 943. Sitzung des Bundesrates am 18. März 2016

Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung - VergRModVO)

A

Der **Ausschuss für Arbeit, Integration und Sozialpolitik** (AIS),
der **Finanzausschuss** (Fz) und
der **Verkehrsausschuss** (Vk)

empfehlen dem Bundesrat, der Verordnung gemäß Artikel 80 Absatz 2 des Grundgesetzes nach Maßgabe folgender Änderungen zuzustimmen:

Fz 1. Zu Artikel 1 (§ 2 Satz 1 VgV)
Vk

In Artikel 1 ist § 2 Satz 1 wie folgt zu fassen:

(Bei
Ableh-
nung
entfallen
Ziffern 2
und 3)

"Für die Vergabe von Bauaufträgen sind Abschnitt 1, Abschnitt 2, Unterabschnitt 2 und § 56 Absatz 2 bis 5 anzuwenden."

- Fz 2. Begründung:
- (setzt Annahme von Ziffer 1 voraus)
- (Ziffern 2 und 3 schließen sich aus)
- Die Geltung des § 56 Absatz 2 bis 5 auch für die Vergabe von Bauaufträgen ist gegenüber der in der Verordnung vorgesehenen Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen, VOB/A) vorzugswürdig, weil die VOB/A in der Praxis zu erheblichen Rechtsunsicherheiten für die öffentlichen Auftraggeber und für die Auftragnehmer geführt hat, die es zu vermeiden gilt.
- Der aktuelle § 16 Absatz 1 Nummer 3 VOB/A regelt das Nachfordern von eignungs- und leistungsbezogenen Nachweisen und Erklärungen von Bietern bei der Vergabe von Bauleistungen nur unzureichend. Dies hat dazu geführt, dass diese Vorschrift sehr Streitbefangen und die Rechtsprechung der verschiedenen Oberlandesgerichte (OLG) zu dieser Regelung sehr unterschiedlich ist. Damit ist die jeweils maßgebliche Rechtslage für die Auftraggeber und Bieter von der Zufälligkeit abhängig, in welchem OLG-Bezirk man sich gerade befindet. Hat ein OLG über eine bestimmte Frage noch nicht entschieden, ist die Rechtslage unklar. Diese Situation ist sowohl für die Auftraggeber, als auch für die Auftragnehmer ungünstig, da sie zu Rechtsunsicherheit und zum Ausschluss wirtschaftlich günstiger Angebote führt.
- Dagegen ist die Regelung in § 56 Vergabeverordnung (VgV), die das Nachfordern von Eignungsnachweisen und leistungsbezogenen Unterlagen bei Vergabeverfahren von Liefer- und Dienstleistungen regelt, praktikabel. Sie entspricht der Regelung des Artikels 56 Absatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG und dem Interesse sowohl der Auftraggeber als auch der Bieter. Die bestehenden rechtlichen Probleme dürften nach dieser Regelung obsolet sein. Rechtsicherheit wäre wieder hergestellt.
- Damit kann sichergestellt werden, dass wirtschaftlich günstige Angebote nicht aus unnötigen formalen Gründen ausgeschlossen und Bieter mit deutlich teureren Angeboten beauftragt werden müssen.
- Vk 3. Begründung:
- (setzt Annahme von Ziffer 1 voraus)
- (Ziffern 2 und 3 schließen sich aus)
- Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) regelt die Thematik des Nachforderns von Unterlagen abweichend von § 56 Absatz 2 bis 5 der vorliegenden Verordnung in § 16 Absatz 1 Nummer 3 VOB/A. Diese Vorschrift ist in der Praxis mit erheblichen Rechtsunsicherheiten für die öffentlichen Auftraggeber belastet.
- Die Geltung des § 56 Absatz 2 bis 5 auch für die Vergabe von Bauaufträgen ist gegenüber der in der Verordnung vorgesehenen Anwendung der VOB/A vorzugswürdig, weil sie eine differenzierte Nachforderung von Nachweisen regelt und hierfür klare Abgrenzungen festlegt.

Damit ist diese Vorschrift dazu geeignet, die bestehenden Rechtsunsicherheiten aufzulösen.

Die Regelung des § 16 Absatz 1 Nummer 3 VOB/A ist vielfach von der Rechtsprechung behandelt worden. Die Rechtsauffassungen der verschiedenen Oberlandesgerichte (OLG) zu dieser Regelung gehen sehr auseinander. Damit ist die jeweilige Rechtslage für die Auftraggeber und Bieter maßgeblich davon abhängig, in welchem OLG-Bezirk man sich gerade befindet. Wurde durch das zuständige OLG über eine bestimmte Frage noch nicht entschieden, ist die Rechtslage unklar. Diese Situation ist sowohl für die Auftraggeber, als auch für die Auftragnehmer nachteilig, da sie zu Rechtsunsicherheit und zum Ausschluss wirtschaftlich günstiger Angebote führt.

Hingegen ist die Regelung in § 56 Vergabeverordnung (VgV), die das Nachfordern von Eignungsnachweisen und leistungsbezogenen Unterlagen bei Vergabeverfahren von Liefer- und Dienstleistungen regelt, klar, nachvollziehbar und lässt eine sich verstetigende Anwendung erwarten. Sie entspricht der Regelung des Artikels 56 Absatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG und stellt auch diesbezüglich wieder einen rechtssicheren Handlungsrahmen her.

Damit kann sichergestellt werden, dass wirtschaftliche Angebote nicht aus unnötigen formalen Gründen ausgeschlossen und Bieter mit deutlich teureren Angeboten beauftragt werden müssen.

AIS 4. Zu Artikel 1 § 46 Absatz 1 Satz 1a - neu - VgV

In Artikel 1 § 46 Absatz 1 ist nach Satz 1 folgender Satz einzufügen:

"Die Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit können auch sicherheitstechnische und arbeitsschutzbezogene Anforderungen umfassen."

Begründung:

Staatliche Arbeitsschutzbehörden und gesetzliche Unfallversicherungsträger beanstanden schon seit langem, dass bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Belange des Arbeitsschutzes und der Sicherheitstechnik nicht oder nur unzureichend berücksichtigt werden. Das verursacht in der Praxis oft erhebliche Probleme, weil die Auftragnehmer dann notwendige Arbeitsschutzmaßnahmen oder Sicherheitsvorkehrungen nicht eingeplant, diese deshalb kostenmäßig bei ihren Angeboten nicht berücksichtigt und in der Praxis nicht eingesetzt haben. Bei der Durchführung des Vorhabens muss die Arbeitsschutzaufsicht diese aber einfordern. Das führt zu erheblichem Verwaltungsaufwand, zu Verzögerungen im Ablauf und oft auch zu finanziellen Nachforderungen. Belastet wird dadurch nicht nur der Auftragnehmer, sondern

auch der Arbeitgeber. Zudem sollte die öffentliche Hand als Gesetz- und Ordnungsgeber alle Aspekte geltenden Rechts schon bei der Auftragsvergabe berücksichtigen.

In der Begründung B. Besonderer Teil zu Artikel 1 § 46 der Verordnung ist ausgeführt:

"In jedem Fall kann die Festlegung der geforderten technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit auch Sicherheits- und sicherheitstechnische Anforderungen an den Bewerber oder Bieter umfassen."

Deswegen spricht auch nichts dagegen, diese Möglichkeit direkt in den Verordnungstext aufzunehmen.

Fz 5. Zu Artikel 1 (§ 53 Absatz 6 VgV)

In Artikel 1 ist § 53 Absatz 6 zu streichen.

Als Folge sind

die Absätze 7 bis 9 als Absätze 6 bis 8 zu bezeichnen.

Begründung:

In der Begründung zu § 53 Absatz 6 heißt es lediglich: "Abweichend von Absatz 1 stellt Absatz 6 an Angebote, Teilnahmeanträge, Interessenbekundungen und Interessensbestätigungen, die postalisch oder direkt übermittelt werden, aufgrund einer bewussten Wertungsentscheidung erhöhte Formanforderungen."

Es erschließt sich nicht, weshalb der Ordnungsgeber bei einem postalisch oder direkt übermittelten Angebot erhöhte Formanforderungen nach § 126 BGB verlangt, im Gegensatz zu elektronisch übermittelten Interessenbekundungen, Interessenbestätigungen, Teilnahmeanträgen und Angeboten nach § 53 Absatz 1. Hier genügt die Textform nach § 126b BGB.

Fz 6. Zu Artikel 1 (§ 78 Absatz 2 Satz 2 VgV)

In Artikel 1 ist in § 78 Absatz 2 der Satz 2 wie folgt zu fassen:

"Sie können jederzeit vor, während oder ohne Verhandlungsverfahren ausgelobt werden."

Begründung:

Begründet wird die Regelung in § 78 Absatz 2 Satz 2 damit, dass die Regelung des bisherigen § 15 Absatz 2 Satz 1 der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) übernommen wurde, aber der Fall der Durchführung eines Planungswettbewerbes während eines Verhandlungsverfahrens mangels praktischer Relevanz gestrichen wurde. Dies ist nicht zutreffend. Planungswettbewerbe können und werden auch im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens durchgeführt. Diese Möglichkeit sieht auch die EU-Richtlinie 2014/24/EU in Artikel 78 Unterabsatz 1 Buchstabe a ausdrücklich vor. Das Verhandlungsverfahren kann zur Festlegung des Teilnehmerkreises für einen nachfolgenden Nicht Offenen Planungswettbewerb nach § 3 Absatz 3 Richtlinie für Planungswettbewerbe RPW 2013 durchgeführt werden. Nach Abschluss des Wettbewerbs verhandelt der Auftraggeber dann mit den Preisträgern, das Verhandlungsverfahren wird fortgesetzt. Insofern wird der Planungswettbewerb während eines Verhandlungsverfahrens durchgeführt. Das Verfahren des Nichtoffenen Wettbewerbs nach § 3 Absatz 3 Richtlinie für Planungswettbewerbe (RPW 2013) wird - im Gegensatz zum Offenen Wettbewerb - sehr häufig angewandt. Würde man diese Regelung so belassen, wäre die Durchführung eines Nichtoffenen Planungswettbewerbs nach § 78 Absatz 2 nicht möglich. Daher sollte die bestehende Regelung gemäß § 15 Absatz 2 VOF beibehalten werden.

Fz 7. Zu Artikel 1 (§ 79 Absatz 3 Satz 2 VgV)

In Artikel 1 ist in § 79 Absatz 3 Satz 2 das Wort "der" durch das Wort "dieser" zu ersetzen.

Begründung:

§ 16 Absatz 4 der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) regelt, dass das Preisgericht nur aus Preisrichtern bestehen darf, die von den Teilnehmern des Wettbewerbes unabhängig sind. Wird von den Teilnehmern eine bestimmte berufliche Qualifikation verlangt, muss die Mehrheit der Preisrichter über dieselbe oder eine gleichwertige Qualifikation verfügen [Mehrheit der Fachpreisrichter im Preisgericht].

§ 6 Absatz 1 Richtlinie für Planungswettbewerbe (RPW 2013) bestimmt, dass sich das Preisgericht bei Wettbewerben der öffentlichen Auslober in der Mehrheit aus Fachpreisrichtern zusammensetzt; hiervon ist die Mehrzahl unabhängig vom Auslober [Mehrheit der vom Auslober unabhängigen Fachpreisrichter]. Die neue Regelung würde dahingehend Probleme schaffen, dass nun die Mehrheit der Fach- und Sachpreisrichter unabhängig vom Auslober sein müssten. Dies entspricht nicht der Regelung des Artikels 81 der EU-Richtlinie 2014/24/EU.

AIS 8. Zu Artikel 2 § 28 Absatz 3 Satz 1 SektVO

In Artikel 2 § 28 Absatz 3 Satz 1 sind nach dem Wort "soziale" die Wörter ", sicherheitstechnische, arbeitsschutzbezogene" einzufügen.

Begründung:

Staatliche Arbeitsschutzbehörden und gesetzliche Unfallversicherungsträger beanstanden schon seit langem, dass bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Belange des Arbeitsschutzes und der Sicherheitstechnik nicht oder nur unzureichend berücksichtigt werden. Das verursacht in der Praxis oft erhebliche Probleme, weil die Auftragnehmer dann notwendige Arbeitsschutzmaßnahmen oder Sicherheitsvorkehrungen nicht eingeplant, diese deshalb kostenmäßig bei ihren Angeboten nicht berücksichtigt und in der Praxis nicht eingesetzt haben. Bei der Durchführung des Vorhabens muss die Arbeitsschutzaufsicht diese aber einfordern. Das führt zu erheblichem Verwaltungsaufwand, zu Verzögerungen im Ablauf und oft auch zu finanziellen Nachforderungen. Belastet wird dadurch nicht nur der Auftragnehmer, sondern auch der Arbeitgeber. Zudem sollte die öffentliche Hand als Gesetz- und Verordnungsgeber alle Aspekte geltenden Rechts schon bei der Auftragsvergabe berücksichtigen.

Fz 9. Zu Artikel 4 (§ 2 Absatz 2 Nummer 1 VergStatVO)

In Artikel 1 ist in § 2 Absatz 2 Nummer 1 die Angabe "25 000 Euro" durch die Angabe "50 000 Euro" zu ersetzen.

Begründung:

Die Mitgliedstaaten haben sicherzustellen, dass die Anwendung der Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe und die Konzessionsvergabe überwacht werden. Die EU-Richtlinien überlassen die Ausgestaltung des hierfür erforderlichen Monitoring den Mitgliedstaaten.

Im neuen § 114 Absatz 2 GWB wird auch für den Unterschwellenbereich oberhalb einer durch Rechtsverordnung festzulegenden Bagatellgrenze eine Pflicht zur Übermittlung von Daten zur Art und Menge einer Leistung sowie zum Wert des Angebotes für öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB festgelegt. In § 2 Absatz 2 Nummer 1 des Entwurfes der Vergabestatistikverordnung wird von der Verordnungsermächtigung Gebrauch gemacht und die Bagatellgrenze auf 25 000 Euro festgelegt. Die Begründung enthält keine Herleitung der Höhe der Bagatellgrenze.

Durch die Vorgaben der Vergabestatistikverordnung wird ein nicht unerheblicher zusätzlicher Sach- und Personalaufwand erwartet. Berichtspflichten binden einen erheblichen Anteil an Arbeitskräften und sollten daher nur bei nachgewiesenem Informationsbedarf zwingend vorgegeben werden. Insbesondere die Statistikpflichten nach § 4 i. V. m. § 2 Absatz 2 für Unterschwellenvergaben sind als aufwändig einzuschätzen. Insofern ist der Begründung des Verordnungsentwurfes eine Abwägung zwischen statistischen Erfordernissen und selbst auferlegter Standarderhöhung der Verwaltung nicht zu entnehmen. Die statistischen Meldepflichten sollten auf das unbedingt notwendige Maß beschränkt werden. Durch eine Anhebung der Bagatellgrenze in § 2 Absatz 2 Nummer 1 der Vergabestatistikverordnung auf 50 000 Euro kann der Verwaltungsaufwand deutlich begrenzt werden. Gleichzeitig ist davon auszugehen, dass auch bei einer entsprechenden Anhebung der Bagatellgrenze die Ziele des Ordnungsgebers, eine ausreichend genaue und valide Datengrundlage zu den öffentlichen Auftragsvergaben unterhalb der geltenden Schwellenwerte zu generieren, erreicht werden kann, welche insbesondere im Hinblick auf die Berichtspflichten gegenüber der Europäischen Kommission ausreichend ist.

B

10. Der **federführende Wirtschaftsausschuss**, der **Ausschuss für Innere Angelegenheiten**, der **Rechtsausschuss**, der **Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit** und der **Ausschuss für Städtebau, Wohnungswesen und Raumordnung** empfehlen dem Bundesrat, der Verordnung gemäß Artikel 80 Absatz 2 des Grundgesetzes zuzustimmen.

C

Der **federführende Wirtschaftsausschuss (Wi)*** und
der **Ausschuss für Arbeit, Integration und Sozialpolitik (AIS)****
empfehlen dem Bundesrat, folgende EntschlieÙung zu fassen:

- Wi
AIS
11. a) Der Bundesrat begrüÙt die Vorlage einer Mantelverordnung - bestehend aus fünf Einzelverordnungen - zur Modernisierung des Vergaberechts. Die im Rahmen des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes bereits vorgezeichnete formale und inhaltliche Neustrukturierung zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen und von Konzessionen setzt sich konsequent in der VergRModVO fort. Die ergänzenden Detailregelungen in dieser Verordnung bilden zusammen mit der bereits verabschiedeten Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen den notwendigen Abschluss zur vollständigen Umsetzung des EU-Vergaberichtlinienpaketes (2014/23 bis 25/EU) bis zum 18. April 2016, insoweit ist die Fristverkürzung im Bundesratsverfahren gerechtfertigt. Der Bundesrat ist sich seiner Verantwortung bewusst, ein fristgerechtes Inkrafttreten der VergRModVO sicherzustellen.
- [Wi]
- [b) Der Bundesrat erinnert an die Leitlinien der Bundesregierung, wonach die Struktur und der Inhalt des deutschen Vergaberechts einfach und anwenderfreundlich sein müssen. Er fordert die Bundesregierung daher auf, eine weitere Vereinheitlichung und Vereinfachung der komplexen Regelwerke zum Vergaberecht auch nach Inkrafttreten der Verordnung anzustreben und gegebenenfalls notwendige Korrekturen vorzunehmen.

* Bei Annahme von einzelnen Änderungsmaßnahmen gemäß Buchstabe A ist die vom Wirtschaftsausschuss empfohlene Begründung redaktionell anzupassen.

** Die Empfehlung des Ausschusses für Arbeit, Integration und Sozialpolitik gilt nur hilfsweise für den Fall, dass Ziffern 4 und 8 keine Mehrheit erhalten.

- c) Insbesondere die Aufrechterhaltung eines eigenen Regelwerkes für bauspezifische Vergabeverfahren in Gestalt der VOB/A-EU -Ausgabe 2016- muss vor diesem Hintergrund kritisch geprüft werden. Der Bundesrat hat Bedenken hinsichtlich divergierender Regelungen zur Nachforderung von Unterlagen (§ 56 Absatz 2 Vergabeverordnung vs. § 16a EU-VOB/A). Er ist der Auffassung, dass die unterschiedliche Ausgestaltung nicht durch bauleistungsspezifische Anforderungen gerechtfertigt ist. Der Bundesrat bittet die Bundesregierung, diese Regelung zu überprüfen und gegebenenfalls im Sinne des § 56 Absatz 2 Vergabeverordnung einheitlich zu treffen.]

12. d) Der Bundesrat erinnert daran, dass sich die Bunderegierung als Mitglied der Europäischen Union verpflichtet hat, für die Verbesserung des Arbeitsschutzes zu sorgen. Er fordert daher die Bundesregierung auf, künftig die Erfüllung arbeitsschutzrechtlicher Anforderungen als Kriterium für die Eignung und die geforderte technische Leistungsfähigkeit ausdrücklich zu benennen.
- AIS
(entfällt bei Annahme von Ziffer 4 und/oder 8)

Begründung:

[Wi]
(gilt bei Annahme von Ziffer 11 als mitbeschlossen)

[Der Bundesrat sieht die Notwendigkeit, ein fristgerechtes Inkrafttreten der Vergaberechtsmodernisierungsverordnung sicherzustellen, um zusammen mit dem bereits verabschiedeten Vergaberechtsmodernisierungsgesetz der Vergabep Praxis auf Ebene des Bundes, der Länder und Kommunen ein vergaberechtlich umfassend überarbeitetes Regelwerk für Aufträge oberhalb der jeweils maßgeblichen EU-Schwellenwerte an die Hand zu geben. Vor diesem Hintergrund sind Änderungsbedarfe einzelner Regelungen zurückgestellt worden, auch wenn sie im Einzelfall inhaltlich bzw. formal gerechtfertigt sein mögen. Das übergeordnete Ziel der rechtssicheren und sachgerechten Anwendung der neuen gesetzlichen Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen überlagert diese Bedenken.

Gleichwohl äußert der Bundesrat die Sorge, dass dem Ziel der Bundesregierung nach Vereinheitlichung und Vereinfachung des Vergaberechts mit Vorlage der Vergaberechtsmodernisierungsverordnung nicht hinreichend Rechnung getragen wird. Die bereits veröffentlichte Neufassung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A-EU) und die entsprechende Anwendungsklausel über § 2 Vergabeverordnung (VgV) hält eine Parallelstruktur neben der zentralen Verordnung für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen (VgV) aufrecht. Inhaltlich und strukturell abweichende

Regelungen für gleichartige Sachverhalte sind die Folge, aber nicht in allen Fällen gerechtfertigt.

Diese Struktur ist auch hinsichtlich der wachsenden Bedeutung der elektronischen Vergabe zu überdenken und sollte gegebenenfalls im Interesse einer Vereinheitlichung der Vergabeprozesse zeitnah angepasst werden. Etwaige abweichende Besonderheiten, die nur die Vergabe von Bauleistungen betreffen, könnten in einen eigenen Abschnitt der betroffenen Verordnungen überführt werden.

Am Beispiel der unterschiedlichen Regelungen zur Nachforderung von Unterlagen in § 56 Absatz 2 VgV gegenüber den Bestimmungen in § 16a EU-VOB/A werden die Unterschiede in der Anwendung und Rechtsfolge offensichtlich. Der Bundesrat hält den entsprechenden Lösungsansatz in der VgV für anwenderfreundlich und praxisgerecht.]

[AIS]

(gilt bei
Annahme
von Ziffer
12 als
mitbe-
schlos-
sen)

[Staatliche Arbeitsschutzbehörden und gesetzliche Unfallversicherungsträger beanstanden schon seit langem, dass bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Belange des Arbeitsschutzes und der Sicherheitstechnik nicht oder nur unzureichend berücksichtigt werden. Das verursacht in der Praxis oft erhebliche Probleme, weil die Auftragnehmer dann notwendige Arbeitsschutzmaßnahmen oder Sicherheitsvorkehrungen nicht eingeplant, diese deshalb kostenmäßig bei ihren Angeboten nicht berücksichtigt und in der Praxis nicht eingesetzt haben. Bei der Durchführung des Vorhabens muss die Arbeitsschutzaufsicht diese aber einfordern. Das führt zu erheblichem Verwaltungsaufwand, zu Verzögerungen im Ablauf und oft auch zu finanziellen Nachforderungen. Belastet wird dadurch nicht nur der Auftragnehmer, sondern auch der Arbeitgeber. Zudem sollte die öffentliche Hand als Gesetz- und Verordnungsgeber alle Aspekte geltenden Rechts schon bei der Auftragsvergabe berücksichtigen.]