

# Heiße Eisen heiß gelassen

“Eckpunkte zum Vergaberecht sind Etikettenschwindel”

Die Bundesregierung will die neuen EU-Richtlinien zur Auftragsvergabe “eins zu eins” in das deutsche Recht umsetzen. Dies bedeutet, dass man auf Verbesserungen bestehender Regeln vollkommen verzichtet. In einzelnen Bereichen gebe es durchaus Bedarf für Präzisierungen und Vereinfachungen.

## Scheinvereinfachung

Die Praxis wartet noch immer auf klare und einfachere Regelungen für den Umgang mit Preissteigerungen bei verzögerter Zuschlagserteilung, konkreter Anforderungen an die Auftraggeber für eine präzise Leistungsbeschreibung, bessere Vorgaben für notwendige Losvergaben, mehr Detailregelungen für das Verhandlungsverfahren und den Wettbewerblichen Dialog sowie eine Präzisierung der Voraussetzungen für die Aufhebung eines Vergabeverfahrens. Die Bundesregierung scheint sich offensichtlich, diese in der Praxis heißen Eisen anzufassen. Zwei alte Vorschriften (VOL/A und VOF) sollen in die Vergaberordnung (VgV) integriert werden, ein neues Regelwerk für die Vergabe von Konzessionen kommt jedoch hinzu.

## “Wenn zwei Vorschriften wegfallen, eine neu hinzukommt und eine bestehende um ein Mehrfaches erweitert wird, handelt es sich um eine Scheinvereinfachung; hier bremst die Politik in Wirklichkeit. Eine echte Zusammenfassung aller Vorschriften hätte für viele öffentliche Auftraggeber einen Verzicht auf liebgewonnene, spezifische Einzelregelungen bedeutet. Die behauptete Vereinfachung der Vergaben beschränkt sich auf den Willen, künftig den Auftrag-

gebern die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens zu erleichtern.

## Erhöhte Korruptionsgefahr

Das offene Verfahren, bisher gesetzlich vorgegebener Standard, soll zurückgedrängt werden. Dies geht zulasten der Transparenz und des Wettbewerbs. Verhandlungsverfahren sind bequem für den Auftraggeber, weil er Einzelverhandlungen mit den jeweiligen Bietern führt und dabei sowohl der Preis als auch der Leistungsumfang der Angebote abgeändert werden dürfen, ohne dass Wettbewerber davon erfahren könnten. Das Verhandlungsverfahren ist daher potenziell ein Einfallstor zur Bevorzugung einzelner Bieter (“Hoflieferanten”) und – wie die Praxis zeigt – auch eine Erhöhung der Korruptionsgefahr bei Vergabeverfahren.

Unter der Überschrift “Freiräume für die öffentliche Hand erhalten” wird eine Privilegierung öffentlicher Unternehmen im Wettbewerb ausgebaut. Für die öffentliche Hand wird es leichter, Aufträge direkt ohne Ausschreibung an ihre Tochtergesellschaften zu vergeben. Dies war bisher nur möglich, wenn öffentliche Unternehmen nur in sehr geringem Umfang (max. 7,5 Prozent) Geschäfte mit anderen (nicht-öffentlichen) Auftragge-

bern machen konnten. Diese Quote wird auf 20 Prozent Drittgeschäft angehoben. Dennoch können sie die übrigen 80 Prozent ihres Umsatzes durch freihändig an sie vergebene Aufträge der öffentlichen Hand erwirtschaften.

## Inhouse-Aufträge: mehr Wettbewerb

Man muss sich darüber im Klaren sein, dass hier die öffentlichen Unternehmen in einen erheblich stärkeren Wettbewerb mit privaten Unternehmen einreten werden. Dies gilt insbesondere für solche Bereiche, wo ohnehin eine spürbare Wettbewerbsituation öffentlicher und privater Unternehmen besteht, wie etwa in der Abfall- und Recyclingwirtschaft, aber auch bei Stromversorgung, Nahverkehr etc. Die beabsichtigte Einführung einer “einheitlichen europäischen Eigenklärung” würde die Bieterin und Auftraggeber das Leben tatsächlich erleichtern. Referenzen, Umsatzzahlen etc. müssen mit dem Angebot dann nicht mehr nachgewiesen werden, sondern es würde reichen, wenn der Bieter diese selbst ohne Befragung von Beteiligten benennt. In der Praxis fördern viele Vergebeposten eine Ummenge detaillierter Eigenschaftsnachweise, ohne nach geltendem Vergaberecht dazu



Ralf Leinemann ist Rechtsanwalt, Vergabeexperte sowie Gründer und Inhaber der Kanzlei Leinemann & Partner Rae in Berlin.

Foto: BS/Leinemann & Partner

verpflichtet zu sein. Diese Möglichkeit bleibt auch künftig erhalten. Hier bedarf es keiner neuen Vorschriften, sondern eines neuen Verständnisses der Auftraggeber. Ihnen muss klar sein, dass immer höhere Anforderungen und Nachweiswünsche den Bürokratieaufwand so erhöhen, dass kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) nahezu automatisch aus dem Wettbewerb gedrängt werden.

## Maximal fünf Referenzen!

Bei vielen großvolumigen Beschaffungsmaßnahmen sind schon heute KMU faktisch vom Wettbewerb ausgeschlossen. Hier wäre es sinnvoll, Richtlinien für Eignungsnachweise vorzugeben, z. B. eine Begrenzung auf maximal fünf Referenzen zu ermöglichen. Die Gewährleistung mittelstandsfreundlicher Vergabe ist ein weiteres Ziel der vergaberechtlichen Aktivitäten der Bundesregierung. Tatsächlich

hat sich in der vergaberechtlichen Praxis bereits jedoch herausgestellt, dass das in § 97 Abs. 3 GWB enthaltene Gebot der Fach- und Teillosvergabe weitgehend leerläuft. Solange keine gesetzliche Pflicht zur Bildung von Teil- und Fachlosen geschaffen wird, dürften die von der Rechtsprechung extrem großzügig zugelassenen Ausnahmen unbegrenzt weiter Anwendung finden. Hier will die Bundesregierung nicht aktiv werden.

## In Wirklichkeit eine Scheinreform

Eine erhebliche Neuerung für das Vergaberechtspraxis wird das von der EU ab 2017 vorgesehene elektronische Kommunikation im Vergabeverfahren darstellen. Auch hier wird die Bundesregierung nur die Richtlinien umsetzen und keine eigenen Regelungen aufstellen. Die Wirtschaft muss sich darauf einstellen, in drei bis vier Jahren Angebote im Regelfall elektronisch (d. h. per E-Mail und verschlüsselt) einzureichen und Vergabeunterlagen von Vergabeportalen der Auftraggeber herunterzuladen. Die

Zeit der Papierstapel Leistungsverzeichnisse dürfte dann vorbei sein. Dafür muss in die Kompatibilität mit den unterschiedlichen Programmen der Auftraggeber investiert werden. Diese Reform ist aber nicht der Bundesregierung, sondern der EU zu verdanken.

## Mehr Formulare und mehr Handbücher

Wohl aus Angst vor der Länderkammer blieben auch die unsäglichen Landesvergabegesetze und Durchführungsvorschriften der Länder erhalten. Hier ist ein bürokratischer Wildwuchs und eine Rechtszersplitterung entstanden – und nichts passiert. Für kleine und mittlere Unternehmen bleibt die Teilnahme an Vergabeverfahren der öffentlichen Hand schwer. Der Wust von Formularen, die aus stetig wachsenden Vergabehandbüchern und anderen Verordnungen erwachsen, wird nicht angepackt und weiter zunehmen. Trotz aller Lippenbekanntnisse: Vergaberecht wird nicht einfacher, nicht flexibler und auch nicht effizienter, lautet die Schlussfolgerung.