

---

## Deutscher Industrie- und Handelskammertag

---

### Entwurf einer siebten Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge

#### I. Vorbemerkungen

1. Die Nachrichten aus Brüssel lassen darauf schließen, dass noch in diesem Jahr die Vergaberichtlinien abschließend novelliert werden. Da in diesem Zusammenhang auch Lockerungen für die Berücksichtigung von Eignungs- und Zuschlagskriterien vorgeschlagen wurden, werden nationale Sonderregelungen daher momentan zur Unzeit diskutiert. Bis zur Verabschiedung von Regelungen, die eine Berücksichtigung von Eignungskriterien im weiteren Sinne auch als Zuschlagskriterien gestatten, gilt die Rechtsprechung des EuGH, der ein „Mehr an Eignung“ nicht zulässt. Daran können auch nationale Vorschriften nichts ändern, so dass wir keinen nationalen Rechtsetzungsspielraum sehen.

2. Die Annahme, dass nach dem deutschen Vergaberecht die Qualifikation des zur Auftragsdurchführung eingesetzten Personals und Erfolge von Maßnahmen, also die Qualität der Auftragsdurchführung, nicht berücksichtigt werden können, ist so nicht ganz zutreffend. Die Rechtsprechung hat seit Anfang 2012 ihre Auffassung zu einer strikten Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien insoweit gelockert, als sie nunmehr Konzepte akzeptiert, durch die die Anforderungen der Art und Weise der Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags betroffen sind.

Derartige Konzepte kann der öffentliche Auftraggeber auch zu einem hohen Prozentsatz bei der Wertung der Angebote berücksichtigen. Hier steht ihm ein weiter Ermessensspielraum zu. Die teilweise vertretene Auffassung, das Zuschlagskriterium „Preis“ müsse mit mindestens 30 Prozent bei den Zuschlagskriterien Berücksichtigung finden, lässt sich im Lichte der jüngst hierzu ergangenen Rechtsprechung so nicht mehr aufrecht erhalten. Selbst wenn diese Faustregel in Zukunft weiterhin beachtet werden sollte, stünden immer noch über zwei Drittel der Zuschlagskriterien für eine qualitative Abschichtung zur Verfügung.

3. Aus Auftraggebersicht mag es durchaus wünschenswert sein, insbesondere Aspekte der Lieferantenbewertung in eine zukünftige Vergabeentscheidung einfließen lassen zu können. Dies betrifft dann aber alle Vergaben, nicht nur die „nachrangiger“ Dienstleistungen. Selbst bei Dienstleistun-

gen aus Anhang I A wird häufiger der Wunsch aufseiten der öffentlichen Auftraggeber geäußert, die Qualifikation der Mitarbeiter stärker bei der Zuschlagsentscheidung berücksichtigen zu können, z. B. bei Reinigungsleistungen mit hohen Anforderungen (Reinräume, Sicherheitsbereiche). Daher sehen wir keine Veranlassung, nur für Arbeitsmarkt-, Bildungs- oder geistig-schöpferische Leistungen Sonderregelungen zu treffen. Zudem sollte auch hier die Novellierung der Vergaberichtlinien aus Brüssel abgewartet werden, um zu sehen, was von den I B-Dienstleistungen noch übrig bleibt.

4. Aufgabe der Vergabeverordnung ist die Scharnierfunktion zwischen dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und den Vergabe- und Vertragsordnungen VOB, VOL und VOF. In letzter Zeit wird sie jedoch zunehmend mit materiell-rechtlichen Regelungen befrachtet. Hierzu würden die vorgeschlagenen Änderungen ebenfalls beitragen. Die Vorschriften zu Eignungs- und Zuschlagskriterien befinden sich aber in den Vergabe- und Vertragsordnungen. Damit sind auch alle Anwender vertraut und sie sind darüber hinaus praxisgerecht, weil sie ein Vergabeverfahren in seinem chronologischen Ablauf beschreiben. Die vorgeschlagene Änderung der VgV würde zur Folge haben, dass der öffentliche Auftraggeber etwa bei der Festlegung und Gewichtung der Zuschlagskriterien bei Dienstleistungen ergänzend einen Blick in die VgV werfen müsste, wohingegen die wesentlichen Bestimmungen direkt in der VOB/A, VOL/A und VOF enthalten sind. Von daher wäre es konsequent, sofern überhaupt ein Rechtssetzungsbedarf gesehen wird, über die zuständigen Ausschüsse VOB, VOL und VOF zu ändern, nicht jedoch die VgV.

## **II. Zu den einzelnen Vorschriften**

Zu 2.

Die Änderung in eine dynamische Verweisung unterstützen wir. Sie stärkt die Rechtssicherheit und vermeidet die Zwischenperiode zwischen der Änderung der Schwellenwerte durch EU-Verordnung und der Umsetzung in deutsches Recht.

Hier zeigt sich aber auch das unglückliche Vorgehen einer Änderung der VgV zum jetzigen Zeitpunkt, weil abzusehen ist, wann die Inbezugnahme der europäischen Vorschriften veraltet ist.

Zu 4. und 5.

Die Berücksichtigung des Erfolgs erbrachter Leistungen ist eine recht subjektive Angelegenheit. Wenn hierfür keine vorher bekanntzugebenden Kriterien zugrunde gelegt werden, ist die Lieferantenbewertung eine gute Basis für die Bevorzugung bestimmter Auftragnehmer. Das Prinzip „bekannt und bewährt“ kann dann ungehindert zum Tragen kommen. Damit droht die Gefahr, dass „Altanbieter“ einen Vorteil gegenüber Newcomern oder Unternehmen erlangen könnten, die in der

Vergangenheit nicht schon für öffentliche Auftraggeber tätig gewesen sind. Da bisherige Leistungserbringer oder erfahrene und etablierte Unternehmen ohnehin einen natürlichen Vorteil bei ihrer Bewerbung haben, würde damit der Markteintritt neuer Unternehmen weiter erschwert. Dies ist nicht nur ordnungspolitisch bedenklich, daraus erwächst auch eine erhebliche Missbrauchsgefahr.

Wenn es bei derartigen Ausschreibungen besonders auf die Qualifikation und die Erfahrung des einzusetzenden Personals ankommt, bieten bereits die gemäß § 7 VOL/A-EG zu fordernden Eignungsnachweise ausreichend Raum zur Eignungsfeststellung. Entscheidend ist dabei, dass die geforderten Nachweise durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sind. So ist beispielsweise vorstellbar, dass im Rahmen einer derartigen Ausschreibung qualifizierte Referenzen gefordert werden (vgl. § 7 Abs. 3 VOL/A-EG), also nicht nur eine Referenzliste sondern zusätzlich Referenzbestätigungen durch frühere Auftraggeber. Darüber hinaus können Nachweise über die Qualitätssicherung verlangt werden oder auch Befähigungsnachweise für das Leitungspersonal bzw. für die Ausführung der Leistung vorgesehenen Personen.

Bei der Auswahl der geforderten Eignungsanforderungen kommt dem öffentlichen Auftraggeber ein weiter Ermessensspielraum zu. Dieser ist von den Vergabekammern nur eingeschränkt überprüfbar. Das bedeutet, dass es einer Vergabestelle schon heute unbenommen ist, besonders hohe Mindestanforderungen an das einzusetzende Personal, die Organisation oder die Qualifikation des Personals zu formulieren. Auch die Erfolgsmessung früher erbrachter Leistungen ist durch die Abfrage von qualifizierten Referenzen möglich. Hier hat es der Auftraggeber in der Hand, etwa besonderen Wert auf die Vergleichbarkeit oder die Mindestanzahl der geforderten Referenzen zu legen. Da in der Regel bei den Referenzanforderungen auch die Kontaktdaten des Referenzgebers abgefragt werden, steht es der Vergabestelle frei, sich direkt mit dem Referenzgeber in Verbindung zu setzen, um die Angaben zu verifizieren.

Bislang war es gelebte und erprobte Praxis, gerade keine Vorgaben zur Mindestgewichtung von Kriterien zu machen. Dies entspricht dem Bedarf der Vergabepaxis, da jeder Auftraggeber und jeder Auftrag andere Anforderungen stellt. Insoweit würde es einen weiteren Systembruch bedeuten, hier eine Obergrenze für die Berücksichtigung dieses Kriteriums von 30 Prozent einzuführen. An keiner Stelle findet sich dafür eine Begründung, auch nicht zur Höhe.



Berlin, 4. Juli 2013

Wir lehnen daher die vorgeschlagene Änderung der VgV ab. Wir schlagen vor, die Ansätze für eine Lieferantenbewertung im Rahmen der Umsetzung des europäischen Vergabepakets ausführlich und ohne Zeitdruck zu diskutieren.

Ansprechpartnerin: Annette Karstedt-Meierrieks, Tel.: 030/2 03 08 27 06

[karstedt-meierrieks.annette@dihk.de](mailto:karstedt-meierrieks.annette@dihk.de)