

Berlin, 18. März 2009
Stellungnahme Nr. 25/09

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Ausschuss Vergaberecht

zur

Novellierung der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A)

Mitglieder des Vergaberechtsausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting, Frankfurt (Vorsitzender)

Rechtsanwältin Gritt Diercks-Oppler, Hamburg

Rechtsanwalt Dr. Marius Raabe, Kiel

Rechtsanwalt Prof. Dr. Reinhold Thode, Landau in der Pfalz

Rechtsanwältin Dr. Andrea Vetter, Stuttgart

Rechtsanwalt Dr. Herwart Virneburg, Wiesbaden

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Bettina Bachmann, DAV-Berlin

Verteiler:

- Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
- Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung
- Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA)
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales
- Bundesministerium des Innern
- Deutscher Bundestag - Ausschuss für Wirtschaft und Technologie
- Deutscher Verdingungsausschuss für Leistungen (DVAL)
- Deutscher Bundestag - Ausschuss für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung
- Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
- Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.
- Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V.
- Deutsche Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e.V.
- Deutscher Baugerichtstag e.V.
- Deutscher Städte- und Gemeindebund e.V.
- Deutscher Landkreistag
- Deutscher Städtetag
- Bund Deutscher Baumeister, Architekten und Ingenieure e.V.
- Institut für Baurecht Freiburg im Breisgau e.V.
- Forum Vergabe e.V.
- Bundesrechtsanwaltskammer
- DAV-Vorstand und Geschäftsführung
- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
- Mitglieder des DAV-Verwaltungsrechtsausschusses
- Mitglieder des DAV-Umweltrechtsausschusses
- NZBau - Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht
- IBR Immobilien- und Baurecht
- Redaktion NVwZ
- Redaktion NJW

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I. Allgemeines

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) begrüßt eine Novellierung der VOL/A mit dem Ziel einer Vereinfachung und Harmonisierung des Vergaberechts für Liefer- und Dienstleistungsaufträge.

Leitlinie sollte die **Vereinfachung** sein. Dazu sollten alle überflüssigen und unnötigen Verfahrensaufwand erzeugenden Regelungen gestrichen werden. Das Verfahrensrecht sollte so weit vereinfacht werden wie dies europarechtskonform möglich ist. Überschießende Tendenzen, d.h. über die europarechtlichen Mindestanforderungen hinausgehende Verfahrensregelungen, sollten weitgehend vermieden werden. Der Deutsche Anwaltverein macht dazu unter **II.1** Vorschläge zur Vereinfachung der Eignungsprüfung.

Zweites wesentliches Ziel ist die **Harmonisierung**. Die Verfahrensvorschriften der VOL/A und der VOB/A sollten möglichst angeglichen werden. Das gilt für die Terminologie, die Struktur des Regelwerks und das materielle Verfahrensrecht. Dabei sind die Besonderheiten, die sich aus den unterschiedlichen Beschaffungsgegenständen ergeben, zu respektieren.

Eine Harmonisierung ist insbesondere anzustreben hinsichtlich der nationalen und der europarechtlich induzierten Vergaberegeln in Abschnitt 1 und Abschnitt 2. Im Interesse einer Vereinheitlichung mit der Struktur der VOB/A spricht sich der Deutsche Anwaltverein allerdings für die Beibehaltung der Unterteilung in 2 Abschnitte (Basisparagrafen und a-Paragrafen) aus, auch um den Umgang mit dem Regelwerk für den Rechtsanwender unterhalb der Schwellenwerte handhabbarer zu machen. Der Deutsche Anwaltverein macht unter Ziff. **II.2** dieser Stellungnahme Vorschläge für eine Harmonisierung der Vorgaben des 1. und 2. Abschnitts.

Unter Ziffer **II.3** werden schließlich weitere Vorschläge zu einzelnen Regelungen der VOL/A unterbreitet¹.

¹ Soweit im Folgenden auf den VOL-E Bezug genommen wird, ist dies der Entwurf Stand 04.06.2008.

II. Regelungsvorschläge

1. Eignungsprüfung

a) Vereinfachung

Der Deutsche Anwaltverein befürwortet eine Neuregelung, welche die Eignungsprüfung der Bewerber bzw. Bieter im beiderseitigen Interesse vereinfacht. In der Praxis werden oftmals unverhältnismäßige und durch den Gegenstand des Auftrags nicht gerechtfertigte Nachweisanforderungen gestellt. Auf der anderen Seite kann der Auftraggeber bei komplexen und risikoreichen Dienstleistungsaufträgen auf angemessene Nachweise nicht verzichten, kommt es doch gerade bei langfristigen Dienstleistungsaufträgen noch stärker als im Baubereich auf die persönliche Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers an. Das öffentliche Interesse daran, dass öffentliche Aufträge auch unterhalb der Schwellenwerte nur an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben werden (§ 2 Nr. 3 VOL/A 2006, § 2 Abs. 1 VOL/A-E), erfordert, dass der Auftraggeber sich vor der Vergabe von der Eignung der Bewerber bzw. Bieter überzeugt.

Die erwogene Neuregelung, wonach in der Regel von der Eignung der Bieter oder Bewerber auszugehen ist und Eignungsnachweise nur verlangt werden, wenn im Einzelfall Anhaltspunkte gegen die Eignung sprechen, erscheint zu weit gehend und wenig praktikabel, zumal der Auftraggeber sich selbst in diesem Fall wiederum möglichst auf Eigenerklärungen beschränken soll (§ 6 Abs. 1 VOL/A-E).

Wenn im Einzelfall Anhaltspunkte gegen eine Eignung sprechen, also Verdachtsmomente bestehen, werden diese kaum durch Eigenerklärungen ausgeräumt werden können. Im Anwendungsbereich der a-Paragrafen (oberhalb des jeweiligen Schwellenwerts bei vorrangigen Dienstleistungen) ist eine Eignungsprüfung ohnehin obligatorisch (Art. 44 Abs. 1 Richtlinie 2004/18/EG). Eine unterschiedliche Behandlung (vgl. § 6a Abs. 5 ff. VOL/A-E) bei Aufträgen, die (ggf. nur knapp) unterhalb des Schwellenwerts liegen, erscheint nicht sachgerecht und entspricht nicht dem Ansinnen einer Vereinheitlichung des Vergaberechts. Dies gilt auch im Hinblick auf das Verhältnis zur VOB/A.

Dem legitimen Ansatz einer Verringerung von Bürokratiekosten und Verwaltungsvereinfachung sollte besser durch eine **Vereinfachung der Eignungsprüfung** im Rahmen der bekannten Strukturen Rechnung getragen werden. Dazu sollte in der Tat die Bedeutung von **Eigenerklärungen** gestärkt werden und eine Möglichkeit zur **Nachforderung von Bestätigungen** in Zweifelsfällen vorgesehen werden – ggf. auch nach dem Abschluss eines Teilnahmewettbewerbs.

Eine weitere Vereinfachung kann dadurch erzielt werden, dass die Regelung von Art. 42 Abs. 5 Buchst. d) der Richtlinie 2004/18/EG über die Ausnahme von der Einreichungspflicht, wenn die Eignungsnachweise elektronisch verfügbar sind, auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte erstreckt wird (dazu sogleich).

Diese Regelung sollte dann einheitlich für den Bereich der Basisparagrafen und der a-Paragrafen Anwendung finden.

Vorschlag für § 6 Abs. 1:

„Von den Bewerbern oder Bietern können in Bezug auf ihre Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit Nachweise in der Form von Erklärungen oder Bescheinigungen gefordert werden, soweit dies durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zu seiner Bedeutung steht. In der Regel fordert der Auftraggeber Eigenerklärungen. Diese sind von den Bietern, deren Angebote in die engere Wahl kommen oder die nach einem Teilnahmewettbewerb zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen, auf Anforderung durch entsprechende Bescheinigungen der zuständigen Stellen zu bestätigen.“

b) Teilnahmewettbewerb und Nachforderungsmöglichkeit

§ 7a Nr. 4 VOL/A 2006 enthält bislang eine Regelung über die Einreichung von Eignungsnachweisen und die Bewerberauswahl im Teilnahmewettbewerb.

Es wird angeregt, eine deutlicher formulierte (siehe sogleich) Fassung dieser Regelung in die Basisparagrafen zu „verschieben“, weil die Struktur der Auswahl nicht von der Überschreitung des Schwellenwerts abhängt. Dies gilt erst recht, wenn die begrüßenswerte Stärkung des Teilnahmewettbewerbs auch im Bereich der Basisparagrafen (§ 3 Abs. 2 VOL/A-E) erfolgt.

Dies betrifft zunächst – außerhalb der Eignungs-Regelungen – § 3a Abs. 5 VOL/A-E, der in § 3 verschoben werden sollte. Dabei wird zusätzlich angeregt, entsprechend Art. 44 Abs. 3 VKR einen Passus aufzunehmen, dass die Auswahl nach nicht diskriminierenden Kriterien erfolgt:

„... wählt der Auftraggebernach Maßgabe der von ihm vorgesehenen objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien diejenigen aus, ...“

Bezogen auf § 6a Abs. 12 VOL/A-E bedeutet dies, dass diese Regelung sich in § 6 VOL/A-E finden sollte.

In diesem Zusammenhang – und zwar auch dann, wenn dem Vorschlag zur Berücksichtigung in den Basisparagrafen nicht gefolgt wird – sollte die Möglichkeit zur Nachforderung von Eignungsnachweisen, die entgegen einer Forderung nicht beigefügt werden, ausdrücklich geregelt werden, und zwar so, dass sie auch für Teilnahmeanträge wirksam wird.

Die in § 16 Abs. 2 VOL/A-E vorgesehene Regelung bezieht sich dem Wortlaut nach nur auf Angebote, was zur Folge haben könnte, dass in den Verfahren mit Teilnahmewettbewerb die unterlassene Beifügung eines verlangten Eignungsnachweises entsprechend der bisherigen Spruchpraxis zwingend zum Ausschluss führen muss. Dies sollte vermieden werden.

Dabei wird angeregt, die Nachforderung solcher Nachweise nicht in das Ermessen des Auftraggebers zu stellen, sondern zwingend vorzusehen, sofern die Bewerbung nicht aus anderen Gründen ausgeschlossen wird. Denn der Ausschluss wegen Fehlens eines Eignungsnachweises birgt immer die Gefahr der Aufhebung der Ausschreibung und des Übergangs zum Verhandlungsverfahren. Das soll nach Auffassung des Generalanwalts in der Sache „DEI“ (Az.: Rs. C-250/07 vom 17.12.2008) unzulässig sein, wenn das Angebot lediglich kleine Abweichungen enthält, da der Auftraggeber dann Missbrauch mit dem Aufhebungstatbestand treiben könne. Zudem entspricht dieser Ansatz dem der VOB/A 2009. Ein administrativer Mehraufwand ist damit nur auf den ersten Blick verbunden, weil bei einer Ermessensentscheidung erforderlich wäre, dass die Ermessenserwägungen dokumentiert werden, was ebenfalls Aufwand erzeugt. Zudem dient die Nachforderung dem öffentlichen Interesse an einem breiten Wettbewerb.

Somit wird vorgeschlagen, nach § 6 Abs. 1 VOL/A-E in der oben vorgeschlagenen Fassung einen § 6 Abs. 2 VOL/A-E wie folgt aufzunehmen:

„Wird ein Teilnahmewettbewerb durchgeführt, sind die geforderten Nachweise vor Ablauf der Frist für den Antrag auf Teilnahme, ansonsten vor Ablauf der Angebotsfrist, einzureichen, wenn diese nicht auf elektronischem Weg verfügbar sind. Fehlende Eignungsnachweise fordert der Auftraggeber bis zum Ablauf einer zu bestimmenden Nachfrist nach, wenn die Bewerbung nicht aus anderen Gründen ausgeschlossen wird.“

Zu überlegen wäre, ob die Verfügbarkeit auf elektronischem Weg – für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte richtlinienkonform – näher definiert werden kann, ggf. durch einen Hinweis auf die Vorgaben des Auftraggebers zur Informationsübermittlung (§ 11 VOL/A-E).

c) Registerauszug

In § 7 a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A ist geregelt, dass als Nachweis dafür, dass die Kenntnis von Unzuverlässigkeitsgründen nach § 7 a Nr. 2 Abs. 1 VOL/A unrichtig ist und die dort genannten Fälle nicht vorliegen, ein Auszug aus dem Bundeszentralregister oder eine gleichwertige Urkunde einer zuständigen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunftslandes zu akzeptierten ist. An dieser Regelung ist eine Auseinandersetzung darüber entbrannt, ob Nachweise, dass keine Verstöße gem. § 7 a Nr. 2 Abs. 1 VOL/A vorliegen, „pauschal“ und „vorbeugend“ oder erst dann gefordert werden können, wenn der Auftraggeber Kenntnis von einem entsprechenden Verstoß hat.

Mit der Neufassung sollte klargestellt werden, dass der Auszug aus dem Bundeszentralregister oder eine gleichwertige Urkunde generell mit der Vorlage des Teilnahmeantrags bzw. des Angebots gefordert werden kann, ohne dass der öffentliche Auftraggeber bereits Kenntnis von einem Ausschlussgrund nach § 7 a Nr. 2 Abs. 1 VOL/A hat. Diese Klarstellung kann im Rahmen des § 6a Abs. 3 VOL/A-E erfolgen. Die EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie steht einer entsprechenden Regelung nicht entgegen. Bislang nicht in die VOL/A umgesetzt ist nämlich Art. 45 Abs. 1 Unterabs. 3 VKR. Dort ist geregelt, dass die öffentlichen Auftraggeber zum Zwecke der Anwendung des Art. 45 Abs. 1 Unterabs. 1 VKR gegebenenfalls von den Bewerbern oder Bietern die Vorlage der in Art. 45 Abs. 3 VKR genannten Unterlagen fordern können oder die nach ihrem Ermessen erforderliche Information über die persönliche Lage dieser Bewerber oder Bieter bei den zuständigen Behörden einholen können, wenn sie Bedenken in Bezug auf die persönliche Lage dieser Bewerber oder Bieter haben.

2. Harmonisierung zwischen Abschnitt 1 und 2 der VOL/A

Der Deutsche Anwaltverein spricht sich dafür aus, die bewährte Gliederung in zwei Abschnitte beizubehalten – im Interesse einer besseren praktischen Handhabbarkeit für den Rechtsanwender gerade unterhalb der Schwellenwerte. Dies vorausgeschickt sollten jedoch Verfahren und Terminologie so weit wie möglich und sinnvoll harmonisiert werden:

- a. In § 1 VOL/A werden Leistungen als Lieferungen und Leistungen definiert. § 1 a VOL/A spricht dagegen von der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen. Der Begriff der Liefer- und Dienstleistungsaufträge sollte auch in § 1 VOL/A-E verwendet werden.

- b. Zu begrüßen ist die Zusammenfassung der Spiegelstriche 2 und 3 in § 1 VOL/A-E; sachlich muss es aber aus europarechtlichen Gründen oberhalb der Schwellenwerte dabei bleiben, dass vom Anwendungsbereich der VOL/A nur diejenigen freiberuflichen Aufträge ausgenommen sind, deren Gegenstand sich nicht eindeutig und erschöpfend beschreiben lässt.
- c. Der Deutsche Anwaltverein hält es trotz des grundsätzlichen Bestrebens nach Vereinheitlichung der Terminologie nicht für glücklich, auf die bewährten Begriffe der öffentlichen Ausschreibung, der beschränkten Ausschreibung und der freihändigen Vergabe unterhalb der Schwellenwerte zu verzichten und diese durch die europarechtlich geprägten Begriffe offenes, nichtoffenes Verfahren und Verhandlungsverfahren zu ersetzen. Zum einen entsteht dadurch eine erneute Disharmonie zur VOB/A, die an den überkommenen Begriffen festhält. Zum anderen suggeriert die einheitliche Terminologie dem Rechtsanwender, dass es sich hinsichtlich Anwendungs-voraussetzungen und Verfahrensstruktur um gleichartige Verfahren handelt. Das aber ist mitnichten der Fall.

Der Deutsche Anwaltverein regt des weiteren an, die Rangfolge der Verfahrensarten – wie in der VOB/A - ober- und unterhalb der Schwellenwerte einheitlich zu gestalten.

§ 3 Nr. 4 VOL/A regelt die Fälle, in denen die freihändige Vergabe zulässig ist. § 3 a Nr. 2 VOL/A regelt die Fälle, in denen Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige öffentliche Vergabebekanntmachung vergeben werden dürfen. Die nachfolgend aufgeführten, in den beiden Vorschriften geregelten Ausnahmefälle entsprechen sich inhaltlich weitgehend, jedoch sind zum Teil unterschiedliche Formulierungen gewählt und die Reihenfolge der Auflistung der Ausnahmetatbestände weicht voneinander ab. Wünschenswert wäre zum einen eine identische Regelung der Reihenfolge der Ausnahmefälle und zum anderen eine Harmonisierung der Formulierung und der inhaltlichen Anforderungen der Ausnahmefälle:

- § 3 Nr. 4 a VOL/A - § 3 a Nr. 2 c VOL/A
- § 3 Nr. 4 f VOL/A - § 3 a Nr. 2 d VOL/A
- § 3 Nr. 4 I VOL/A - § 3 a Nr. 2 i VOL/A (unklar ist, warum der Tatbestand des lit. I - Börsenwaren im VOL/A-E unterhalb der Schwellenwerte entfallen ist)

- § 3 Nr. 4 m VOL/A - § 3a Nr. 2 j VOL/A (auch hier ist unklar, warum der Tatbestand des Buchstaben m – vorteilhafte Gelegenheit – im VOL/A-E unterhalb der Schwellenwerte entfallen ist).
 - § 3 Nr. 4 n VOL/A - § 3a Nr. 2 a VOL/A (auch hier ist unklar, warum der Tatbestand des lit. n unterhalb der Schwellenwerte im VOL/A-E entfallen ist).
- d. § 7 Nr. 4 VOL/A regelt allgemein, dass von Bewerbern Angaben zum Nachweis ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit gefordert werden können, soweit es durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt ist. § 7 a Nr. 3 VOL/A regelt für die europaweite Vergabe dagegen detailliert, welche Nachweise in der Regel gefordert werden können. Insoweit ist eine Harmonisierung wünschenswert.
- e. Die Bekanntgabe der Zuschlagskriterien sollte auch unterhalb der Schwellenwerte verpflichtend sein. Legt der Auftraggeber Zuschlagskriterien fest und gibt diese den Wirtschaftsteilnehmern nicht vor Abgabe ihrer Angebote bekannt, so stellt diese einen Verstoß gegen das Transparenzgebot dar und ist damit unterhalb der Schwellenwerte ein Verstoß gegen die Rechte aus dem EG-Vertrag.

In § 8 Abs. 1 VOL/A-E sollte als Satz 2 folgendes eingefügt werden:

„Will der Auftraggeber neben dem Preis weitere Kriterien werten, so hat er diese Zuschlagskriterien einschließlich der Gewichtung oder, sofern diese aus nachvollziehbaren Gründen nicht angegeben werden kann, der absteigenden Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung, spätestens in dem ersten Anschreiben zu nennen, das dem Unternehmen übersandt wird.“

In Folge wäre § 8a Abs. 1 lit. c) VOL/A-E zu streichen.

3. Weitere Vorschläge

a) Vertragsstrafen

In § 9 Abs. 2 VOL/A-E sollte die Vertragsstrafe ausgedehnt werden auf den Verstoß des späteren Auftragnehmers gegen Vorschriften der Arbeitnehmerüberlassung und Schwarzarbeit. Es wird vorgeschlagen, den § 9 Abs. 2 VOL/A-E wie folgt zu formulieren:

„Vertragsstrafen sollen nur für die Überschreitung von Ausführungsfristen und Verstöße gegen die Regelungen zur Arbeitnehmerüberlassung und zur Schwarzarbeit vereinbart werden und auch nur dann, wenn die Überschreitung erhebliche Nachteile verursachen kann. Die Strafe ist in angemessenen Grenzen zu halten.“

b) Betragsgrenze für freihändige Vergaben

Eine betragliche Grenze, bis zu der beschränkte Ausschreibung bzw. freihändige Vergabe unterhalb der Schwellenwerte statthaft ist, sollte in § 3 VOL/A verankert werden. Die Regelungen im Rahmen des Konjunkturpakets II könnten hier Leitlinie sein.

c) Verbot der Markterkundung

Das Verbot der Markterkundung sollte nicht in § 3 Abs. 4 VOL/A-E stehen, sondern in § 2 VOL/A-E als Absatz 3 aufgenommen werden. Zum ersten hat die Markterkundung nichts mit der Art der nationalen Vergaben zu tun. Zum zweiten dient dies der Harmonisierung mit der VOB/A-E. Zum dritten belasten Markterkundungen die Wirtschaftsteilnehmer nicht nur unterhalb des Schwellenwertes erheblich, da dem Aufwand bei der Erstellung des Angebotes keine reale Chance auf den Auftrag entgegensteht. Es wird vorgeschlagen, den § 2 VOL/A-E um einen Absatz 3 wie folgt zu ergänzen:

„Die Durchführung eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Markterkundung ist unzulässig.“