

Bundesministerium für Wirtschaft
und Energie
Referat I B 6
Herrn Dr. Thomas Solbach
Scharnhorststr. 34-37
10115 Berlin

Nur per E-Mail:
buero-IB6@bmwi.bund.de

**Allianz der öffentlichen
Wasserwirtschaft e.V.**

Reinhardtstr. 18a
10117 Berlin

Tel.: 030 397436-06
Fax: 030 397436-83

kutzsch@aew.de
www.aew.de

Datum:
2015-12-01

**AöW-Stellungnahme zum BMWi-Referentenentwurf einer Verordnung zur
Modernisierung des Vergaberechts (Stand: 09.11.2015); Az. IB6-270108/1**

Die AöW

- **vermisst die angekündigte Vereinfachung und Transparenz im Verfahren,**
- **kritisiert, dass durch die Regelungen zur Schätzung des Auftragswertes die Schwellenwerte faktisch abgesenkt werden,**
- **erkennt rechtliche Unklarheiten in wichtigen Verfahrensschritten,**
- **kritisiert die Stärkung der Bieterposition zu Lasten der Handlungsfreiheit der Auftraggeber,**
- **erachtet die Umstellung auf das elektronische Vergabeverfahren als zu kompliziert und unpraktisch.**

Sehr geehrter Herr Dr. Solbach,
sehr geehrte Damen und Herren,

die Allianz der öffentlichen Wasserwirtschaft e.V. (AöW) nimmt hiermit als Interessenvertretung der öffentlichen Wasserwirtschaft in Deutschland zu oben genanntem Referentenentwurf Stellung. Mitglieder der AöW sind Einrichtungen und Unternehmen der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung, die ihre Leistungen selbst oder durch verselbstständigte Einrichtungen erbringen und vollständig in öffentlicher Hand sind. Ebenso sind Wasser- und Bodenverbände, sondergesetzliche Wasserverbände sowie wasserwirtschaftliche Zweckverbände und deren Zusammenschlüsse in der AöW organisiert.

Die vorgesehenen Regelungen sollen die im GWB genannten Verfahrensschritte und die Möglichkeiten für die Durchführung von Vergabeverfahren konkretisieren. Aus Sicht unserer Mitglieder ist dabei wichtig, dass die eigenen Handlungsmöglichkeiten nicht durch übermäßige oder unnötige Regelungen eingeengt oder undurchführbar werden.

Hinsichtlich der Regelungen zu Konzessionen ist im GWB entsprechend der EU-Konzessions-Richtlinie (Artikel 12) eine Bereichsausnahme für Wasser vorgesehen, die wir begrüßen. Allerdings muss verhindert werden, dass die Regelungen über Konzessionen dazu genutzt werden, Konstruktionen für Öffentlich-Private-Partnerschaften zur Umgehung des Vergaberechts zu schaffen.

Bei einer kritischen Gesamtschau auf den Referentenentwurf sind wir der Ansicht, dass

- das Ziel der Vereinfachung und Transparenz nicht erreicht wird,
- aufgrund der Regelungen zur Schätzung des Auftragswertes die Schwellenwerte faktisch abgesenkt werden,
- in wichtigen Punkten weiterhin rechtliche Unklarheiten für die Praxis bestehen,
- die Position der Bieter zu Lasten der Handlungsfreiheiten der Auftraggeber gestärkt werden und
- mit der Umstellung auf das elektronische Vergabeverfahren eine Vereinfachung oder Praktikabilität nicht erreicht wird.

Aus dieser einleitenden Perspektive heraus haben wir einige Anmerkungen und Forderungen zu dem Referentenentwurf:

1. Schätzung des Auftragswerts [§ 3 VgV und § 2 SektVO]

Zur Schätzung des Auftragswerts sind die Leistungen, die in einem funktionalen Zusammenhang stehen, zusammenzurechnen (§ 3 Abs. 1 S. 2 VgV und § 2 Abs. 1 S. 2 SektVO). Damit ist ein erheblich erhöhter Verwaltungsaufwand des Auftraggebers verbunden.

Für Bauleistungen wird erläutert, dass zur Schätzung auch alle Liefer- und Dienstleistungen zu berücksichtigen sind, die für die Ausführung der Bauleistungen erforderlich sind und vom öffentlichen Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden (§ 3 Abs. 6 VgV und § 2 Abs. 6 SektVO). Unklar ist darüber hinaus, ob bei Liefer- und Dienstleistungen auch die selbst produzierten Materialien und erbrachten Dienstleistungen und sämtliche Dienstleistungen, die durch Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers erbracht werden, geschätzt und einberechnet werden müssen.

Aus unserer Sicht führen diese Regelungen faktisch zu einer erheblichen Absenkung der Schwellenwerte und dadurch zu einer deutlichen Ausweitung der EU-Vergabeverfahren. Hinzu kommt, dass die Ermittlung und die Bewertung dafür ebenfalls sehr aufwendig sind.

Während für die Schätzung des Auftragswertes bei der Vergabe in mehreren Losen der Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen ist, gilt dies bei Lieferaufträgen nur für Lose über gleichartige Lieferungen (§ 3 Abs. 7 VgV und § 2 Abs. 7 SektVO). Für Dienstleistungsaufträge bedeutet das im Verhältnis zu Lieferaufträgen ebenfalls eine erhebliche Absenkung der Schwellenwerte. Nach unserer Einschätzung wird sich das besonders im Bereich der Vergabe von freiberuflichen Leistungen auswirken, die für die Vorbereitung herangezogen werden.

2. Umfang des Vergabevermerks (§ 8 Abs. 2 VgV)

Nach § 8 Abs. 2 VgV hat der Vergabevermerk bestimmte Angaben und Gründe zu enthalten. Vom Sinn und Zweck erachten wir diese Anforderungen zwar für nachvollziehbar, allerdings zieht dies einen erhöhten Verwaltungsaufwand nach sich. Insbesondere im Hinblick auf die Anforderungen in § 8 Abs. 2 Nrn. 8-12 VgV sollte überdacht werden, inwieweit eine Vereinfachung oder ein Verzicht auf Begründungen möglich ist.

3. Grundsätze der Kommunikation (§ 9 VgV, § 9 SektVO, § 7 KonzVgV)

Die Regelungen über die Kommunikation erfordern grundsätzlich elektronische Mittel, nur in engen Ausnahmefällen kann die Kommunikation mündlich erfolgen. Aus Gründen der Transparenz mag das angebracht sein, allerdings wird dies zu einem erheblichen hohen zeitlichen Mehraufwand sowohl beim Auftraggeber als auch bei den Bietern führen, ohne dass das Verfahren dadurch einfacher, effizienter oder gar praktikabler werden würde.

4. Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb (§ 14 Abs. 4 Nr. 1 VgV)

Nach § 14 Abs. 4 Nr. 1 VgV können Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben werden, wenn in einem offenen oder einem nicht offenen Verfahren keine oder keine geeigneten Angebote oder keine geeigneten Teilnahmeanträge abgegeben worden sind. Nach unserer Auffassung sollte zusätzlich klargestellt werden, dass auch Angebote als ungeeignet zu betrachten sind, die aus formalen Gründen nicht bewertbar sind. Beispiele hierfür sind: verspätete Angebote, Angebote ohne Unterschrift/Signatur, Angebote unverschlossen per Fax oder in Papierform, unvollständige Angebote, Angebote mit geringfügigen (versehentlichen) Änderungen, Angebote mit nicht zweifelsfreien Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen oder Angebote mit fehlenden unwesentlichen Preisen. Es handelt sich dabei um ungeeignete Teilnahmeanträge, die aber im öffentlichen Verfahren ohne Teilnahmewettbewerb bewertbar verhandelt werden könnten. Deshalb erscheint es aus unserer Sicht sinnvoll, bei derartigen Anträgen ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, statt erneut einen zeitaufwendigen Teilnahmewettbewerb, durchzuführen.

5. Information über die Eignung im offenen und nicht offenen Verfahren (§ 15 Abs. 1 und Abs. 5 VgV)

Während im offenen Verfahren jedes interessierte Unternehmen ein Angebot abgeben kann und der Auftraggeber Angaben über die Eignung verlangen darf (§ 15 Abs. 1 und Abs. 5 VgV), ist dies im nicht offenen Verfahren (§ 16 Abs.1 VgV), im Verhandlungsverfahren (§ 17 Abs. 1 VgV), im wettbewerblichen Dialog (§ 18 Abs. 2) und bei der Innovationspartnerschaft (§ 18 Abs. 2 VgV) anders. In diesen zuletzt genannten vier Verfahren müssen die teilnehmenden Unternehmen mit dem Teilnahmeantrag Angaben über ihre Eignung machen. Hier sollte nach unserer Ansicht der Gesetzgeber eine generelle Klarstellung treffen.

6. Einseitige Verkürzung der Angebotsfrist durch den Auftraggeber (§ 16 Abs. 6 S. 2 VgV und § 17 Abs. 7 S. 2 VgV)

Nach unserer Ansicht ist die Regelung in § 16 Abs. 6 S. 2 VgV und § 17 Abs. 7 S. 2 VgV verwirrend und nicht nachvollziehbar. Einerseits ist eine Mindestfrist zu beachten, wenn keine einvernehmliche Festlegung möglich ist. Andererseits ist eine einseitige Fristverkürzung aber nur bei Dringlichkeit möglich (§ 16 Abs. 7 VgV und § 17 Abs. 8 VgV). Es sollte klargestellt werden, dass die einseitige Fristverkürzung nur in den Fällen der Dringlichkeit möglich ist.

7. Grenzen des Verhandlungsverfahrens (§ 17 Abs. 10 und Abs. 13 VgV)

Aus der Regelung zum Verhandlungsverfahren werden die Grenzen dieser Verfahrensart für die Praxis nicht klar umrissen. Einerseits darf der Auftraggeber mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit dem Ziel verhandeln, die Angebote inhaltlich zu verbessern (§ 17 Abs. 10 VgV). Andererseits muss der Auftraggeber sicherstellen, dass alle Bieter bei den Verhandlungen gleich behandelt werden. Er darf dabei keine Informationen weitergeben, durch die bestimmte Bieter gegenüber anderen begünstigt werden könnten und weiterhin soll er alle noch teilnehmenden Bieter über etwaige Änderungen der Leistungsbeschreibung, insbesondere der technischen Anforderungen oder anderer Bestandteile der Vergabeunterlagen, die nicht die Festlegung der Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien betreffen, informieren (§ 17 Abs. 13 VgV). Mit den beschriebenen Vorgaben an das Verhandlungsverfahren ist nach unserer Ansicht diese

Verfahrensart kaum durchführbar. Vielmehr sollten die Grenzen des Verhandlungsverfahrens praktikabel umrissen werden.

8. Technische Anforderungen (§ 32 VgV und § 29 SektVO)

Die Regelungen über die technischen Anforderungen erachten wir als äußerst kritisch (§ 32 VgV und § 29 SektVO). In Bereichen, in denen der Auftraggeber für die sichere und gesundheitlich unbedenkliche Trinkwasserversorgung und Abwasserentsorgung verantwortlich ist, wird sie den Ansprüchen nicht gerecht. Die Regelung führt dazu, dass der Auftraggeber auch Lösungen akzeptieren muss, für die er nicht die Verantwortung tragen möchte. Unserem Erachten nach sollte bei den technischen Anforderungen mehr Handlungsspielraum für den Auftraggeber gewährt werden.

9. Ausnahmen von der Nachweisführung (§ 33 Abs. 2 VgV, § 31 Abs. 2 SektVO)

Die vorgesehene Ausnahme von der Nachweisführung durch Bescheinigungen einer Konformitätsbewertungsstelle (z.B. CE-Kennzeichnung) kann dazu führen, dass die fehlende Leistung des Bieters – nämlich die Nachweisführung – sich bei einer weiteren Verarbeitung in einer Gesamtanlage als ungeeignet erweist, wobei das Risiko dann vom Auftraggeber zu tragen wäre. Nach unserer Ansicht werden mit dieser Regelung vergaberechtliche Belange vor die Belange der Betriebssicherheit gestellt. Wir lehnen eine derartig weitgehende Ausnahme von der Nachweisführung ab.

10. Ersetzung des Unterauftragnehmers (§ 36 Abs. 5 S. 2 VgV, § 34 Abs. 5 S. 2 SektVO, § 31 Abs. 6 S. 2 KonzVgV)

Vorgesehen ist, dass trotz Vorliegen von Ausschlussgründen lediglich die Ersetzung des Unterauftragnehmers verlangt werden kann und dies nur bei der Erteilung des Zuschlags. Wir erachten diese Beschränkung des Auftraggebers als unzureichend.

Unklar bleibt auch, ob durch die Ersetzung das ursprüngliche Angebot unverändert bleiben kann und wer die weiteren Risiken durch die Ersetzung trägt. Nach unserer Ansicht muss der Auftraggeber bei Vorliegen von Ausschlussgründen des Unterauftragnehmers insgesamt vom Hauptauftragnehmer schadlos gehalten werden.

11. Umfang der Datenübermittlung (§ 2 VergStatVO)

Nach § 2 Abs. 1 und Abs. 2 VergStatVO ist der Umfang der Datenübermittlung abhängig davon, ob der Auftragswert den Schwellenwert überschreitet oder nicht. Die Anknüpfung an den Auftragswert führt dazu, dass im Hinblick auf die sogenannte „80/20-Regel“ (§ 3 Abs. 8 VgV und § 2 Abs. 8 SektVO) die vorgesehene Regelung nicht stimmig ist. Danach können im Falle der Losvergabe Lose bis zu einer bestimmten Höhe nach den Bestimmungen für die Vergabe unterhalb der EU-Schwellenwerte vergeben werden (nationales Vergabeverfahren), soweit sie die Höchstgrenze von 20 Prozent des Gesamtwertes nicht übersteigen. Hingegen bemisst sich für den gleichen Sachverhalt der Umfang der Datenübermittlung nach den Regeln, die gelten, wenn der Schwellenwert überschritten wird. Wir schlagen für den Umfang der Datenübermittlung eine Regelung vor, die an das durchgeführte Verfahren anknüpft (EU-weites Vergabeverfahren, nationales Vergabeverfahren).

12. Vergabedaten über KMU (§ 3 Abs. 1 Nr. 16 und 19 VergStatVO)

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 16 und Nr. 19 VergStatVO sollen Daten übermittelt werden, inwieweit sich KMU an dem Vergabeverfahren beteiligt haben. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die KMU-Einstufung für das Vergabeverfahren nicht relevant ist und deshalb oft von den Bietern keine Angaben hierzu gemacht werden. Das Nachfordern von Informationen bei allen

teilnehmenden Bietern ist hingegen mit erheblichem Aufwand verbunden. Insbesondere haben die im Vergabeverfahren unterlegenen Unternehmen keine Anreize mehr, hierzu noch Angaben zu machen. Nicht klar ist in diesem Zusammenhang auch, ob der Auftraggeber unvollständige Daten übermitteln darf und welche Durchsetzungsmöglichkeiten er gegenüber den Bietern hat.

13. Konzessionen (KonzVgV)

Wir begrüßen, dass der Wasserbereich aus den Regelungen zur Vergabe von Konzessionen ausgenommen wird (§ 149 Nr. 9 GWB-E) und deshalb nicht Gegenstand von KonzVgV ist.

In der Praxis werden Konstruktionen für Öffentlich-Private-Partnerschaften geschaffen und das kann ein „Rosinenpicken“ der anzuwendenden Vorschriften bzw. Umgehung des Vergaberechts nach sich ziehen. Hierdurch können erhebliche Nachteile für die Nutzer und für die Allgemeinheit entstehen. Dieses Problem wird mit dem Umgehungsverbot nach § 13 KonzVgV (in der Einleitung unter § 14 genannt!) nicht gelöst.



Christa Hecht
Geschäftsführerin

Allianz der öffentlichen Wasserwirtschaft e.V.
Reinhardtstr. 18a, 10117 Berlin

Tel.: 0 30/39 74 36 06
Fax: 0 30/39 74 36 83

hecht@aoew.de
www.aoew.de

Die Allianz der öffentlichen Wasserwirtschaft e.V. (AöW)

Die AöW ist die Interessenvertretung der öffentlichen Wasserwirtschaft in Deutschland. Zweck des Vereins ist die Förderung der öffentlichen Wasserwirtschaft durch die Bündelung der Interessen und Kompetenzen der kommunalen und verbandlichen Wasserwirtschaft.

AöW-Mitglieder sind Einrichtungen und Unternehmen der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung, die ihre Leistungen selbst oder durch verselbstständigte Einrichtungen erbringen und vollständig in öffentlicher Hand sind. Ebenso sind Wasser- und Bodenverbände sowie wasserwirtschaftliche Zweckverbände und deren Zusammenschlüsse in der AöW organisiert. Allein über den Deutschen Bund der verbandlichen Wasserwirtschaft (DBVW) sind über 2000 wasserwirtschaftliche Verbände in der AöW vertreten. Außerdem sind Personen, die den Zweck und die Ziele der AöW unterstützen sowie solche Interessenverbände und Initiativen, Mitglied in der AöW.