

## **Stellungnahme von Transparency International Deutschland e. V. zur Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)**

### **Entwurf für eine Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO)**

*Verfasser: Christian Heuking (Leiter der Arbeitsgruppe Vergabewesen), Dr. Christian Lantermann (Mitglied des Vorstandes)*

*Datum: 05.10.2016*

*Transparency International Deutschland e. V. bedankt sich für die Einladung und die Möglichkeit der Stellungnahme und nimmt folgendermaßen Stellung:*

Die Verabschiedung der UVgO beurteilt Transparency Deutschland grundsätzlich positiv, da sie – bei einer entsprechenden Umsetzung durch die Bundesländer – eine einheitliche Anwendung des Vergaberechts auch für den Bereich der sogenannten nationalen Vergaben ermöglicht. Eine solche Regelung ist – neben den dennoch in der Verordnung existierenden und im weiteren Verlauf näher zu beschreibenden kritikwürdigen Punkten – aus mehreren Gründen für das von Transparency Deutschland verfolgte Anliegen der Korruptionsbekämpfung von Bedeutung.

#### **1. Einfaches und einheitliches Vergaberecht schaffen**

Einheitliche und einfache Regelungen der öffentlichen Auftragsvergabe erhöhen bei den Auftraggebern selbst die Akzeptanz für das Vergaberecht und senken damit die Bereitschaft zu seiner Umgehung. In der Praxis ist noch immer festzustellen, dass öffentliche Auftraggeber dem Vergaberecht skeptisch gegenüber stehen. So werden vielfach nicht die unabweisbaren Vorteile der strukturierten Beschaffung gesehen, sondern die vermeintlichen Nachteile, die sich aus der Anwendung der geltenden Regeln ergeben und die öffentlichen Auftraggeber angeblich im Vergleich zur Privatwirtschaft einschränken sollen. Dabei wird in der Regel übersehen, dass in großen Unternehmen der Privatwirtschaft eng an das öffentliche Vergaberecht angelehnte Einkaufsregeln gelten.

Zudem schaffen einheitliche Regeln in den Ländern – und vor allem einheitliche Schwellenwerte – verlässliche und leicht handhabbare Rahmenbedingungen für Bieter. Solche Rahmenbedingungen sind die Voraussetzung dafür, dass sich möglichst viele Unternehmen um öffentliche Aufträge bewerben und so einen breiten Wettbewerb mit dem Ziel der wirtschaftlichen Auftragsvergabe ermöglichen. Damit wird letztlich auch dem Ziel der Korruptionsprävention am besten gedient. Denn offene und transparente Verfahren schützen vor Korruption. Auf engen Märkten mit einander bekannten Marktteilnehmern bestehen hohe Risiken der Absprache von Preisen, Märkten und sonstigen Lieferbedingungen. Diese Risiken bestehen nicht nur im Verhältnis der Bieter untereinander zum Nachteil der öffentlichen Auftraggeber, sondern auch im Verhältnis von öffentlichen Auftraggebern zu einzelnen Unternehmern mit Nachteilen für die öffentliche Hand und andere Marktteilnehmer.

So sehr Transparency Deutschland daher einheitliche Regeln begrüßt und unterstützt, so kritisch ist aus den vorstehend genannten Gründen die gesteigerte Zulässigkeit vergabefremder Kriterien.

Denn durch deren Einbeziehung in die Vorbereitung des Beschaffungsvorganges wird dieser deutlich komplizierter und komplexer. Es ist zu befürchten, dass sich dies negativ auf die Bereitschaft zur konsequenten Anwendung des Vergaberechts auswirken wird.

## **2. Anwendungsbereich erweitern**

Die UVgO gilt nur für den Liefer- und Dienstleistungsbereich. Damit werden Bauleistungen von dem Anwendungsbereich ausgenommen. Dies ist nicht sachgerecht, weshalb auch dieser Bereich einbezogen werden sollte.

## **3. Vorrang der öffentlichen Ausschreibung statuieren**

Der Entwurf der Verordnung sieht in § 8 Abs. 2 vor, dass öffentliche Auftraggeber frei zwischen dem Verfahren der öffentlichen Ausschreibung und dem der beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb wählen können. Während sich der öffentliche Auftraggeber bei der öffentlichen Ausschreibung an eine unbegrenzte Zahl von Unternehmen wendet und diese zur Abgabe eines Angebotes zur Erbringung einer vorher konkret definierten Leistung auffordert, wird der Kreis der angesprochenen Unternehmen bei der beschränkten Ausschreibung aktiv durch den Öffentlichen Auftraggeber eingegrenzt. Zwar bestimmt § 8 Abs. 2, dass zuvor ein Teilnahmewettbewerb stattfinden muss. Dies ist aber unter dem Aspekt der Korruptionsprävention kein angemessener Ausgleich. Das Gegenteil ist zu befürchten. Denn mit der Verengung des Marktes wird das Korruptionsrisiko erhöht. Der eigentliche Vergabeprozess findet in einem verengten Marktumfeld statt.

Dem damit verbundenen Risiko könnte vor allem dadurch angemessen begegnet werden, dass die Entscheidung über die Zulassung der Bewerber rechtlich überprüft werden kann. Dies ist aber nach aktueller Planung nicht der Fall. Nach wie vor soll der Bereich der Unterschwellenvergabe vom Bieterschutz ausgenommen werden.

Daher muss es bei dem Vorrang der öffentlichen Ausschreibung bleiben.

## **4. Laufzeit für Rahmenvereinbarungen reduzieren**

Für Rahmenvereinbarungen besteht eine Laufzeitbegrenzung erst ab sechs Jahren, wobei im Oberschwellenbereich eine Laufzeitbegrenzung ab vier Jahren gilt. Auch im Unterschwellenbereich wäre eine Beschränkung auf vier Jahre wünschenswert.

## **5. Voraussetzungen zur Vergabe freiberuflicher Leistungen schärfen**

Freiberufliche Leistungen sollen nach der etwas versteckten Regelung in § 12 Abs. 3 Satz 2 direkt an einen bestimmten Marktteilnehmer vergeben werden können, wenn sie nach einer verbindlichen Gebühren- oder Honorarordnung abgerechnet werden. Es spricht nichts dagegen, auch hier grundsätzlich die Einholung von drei Angeboten zu verlangen. Denn die in der Praxis existierenden Gebühren- und Honorarordnungen enthalten variable Vergütungsbestandteile (wie z.B. der Umbauschlag nach HOAI), sodass hier großes Missbrauchspotential zu Lasten der öffentlichen Haushalte und zur korruptiven Bevorzugung von Auftragnehmern geschaffen wird. Soweit der Missbrauch zu Lasten des Haushaltes in Rede steht, wäre klarzustellen, dass die Regelung nur gilt, wenn der konkrete Auftrag tatsächlich nach der verbindlichen Regelung abgerechnet wird und es nicht ausreicht, dass solche Aufträge nur "allgemein" einer Gebühren- oder Honorarordnung unterfallen.

## **6. Geeignete Unternehmen schützen und ungeeignete Unternehmen konsequent ausschließen**

Ein funktionierender Wettbewerb basiert unter anderem darauf, dass Aufträge nur an geeignete und gesetzestreue Unternehmen vergeben werden, die sich den Anforderungen des Leistungswettbewerbs stellen. Daher dürfen Unternehmen, die sich im weiteren Sinne wettbewerbswidrig verhalten, grundsätzlich keine öffentlichen Aufträge erhalten und damit von Steuergeldern profitieren. Dieses Vorgehen ist gerade auch zum Schutz der rechtstreu handelnden Unternehmen geboten. Daher ist dafür Sorge zu tragen, dass alle Rechtsverstöße, die zu einem fakultativen oder zwingenden Ausschluss führen, übergreifend erfasst werden und öffentliche Auftraggeber verpflichtet werden (vgl. bspw. § 12 Abs. 1 KorruptionsbG NRW), solche Verstöße, die die Eignung der Bieter betreffen, zu melden und umfassend zu berücksichtigen, ohne dass es auf die Zuordnung eines Verfahrens zum EU- oder Unterschwellen-Bereich ankommt. Darüber hinaus ist dafür Sorge zu tragen, dass existierende Meldepflichten eingehalten werden und Verstöße hiergegen sanktionierbar sind, um die gesetzlichen Vorgaben durchsetzen zu können. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass einem einheitlichen Korruptionsregister auf Bundesebene und seiner effektiven Handhabung große Bedeutung für den Schutz des Wettbewerbs zukommt.

## **7. Rechtsschutz erhöhen**

Es fehlen nach wie vor jegliche Regelungen zum Rechtsschutz selbst oder auch nur zur Steigerung der Effektivität des unterhalb der Schwellenwerte nur schwach ausgeprägten Rechtsschutzes. Darüber hinaus sollte eine Informationspflicht der nicht berücksichtigten Bieter vor Zuschlagserteilung vorgesehen werden, die mit einer Stillhaltefrist für den Auftraggeber verbunden ist. Eine Bieterinformation nach Zuschlagserteilung kommt für den Rechtsschutz zu spät, da nach deutschem Recht die unterhalb der Schwelle geschlossenen Verträge nicht mehr angreifbar sind. Auch gibt es keine mit § 165 GWB vergleichbaren Akteneinsichtsmöglichkeiten der übergangenen Bieter, was den effektiven Rechtsschutz weiter erschwert.

## **8. Verwaltungsinterne Kontrollen schärfen**

Gerade weil der Rechtsschutz für gegebenenfalls benachteiligte Bieter im Unterschwellenbereich gering ausgeprägt ist und die Erfahrungen des Bundesrechnungshofes im Zusammenhang mit dem Konjunkturpaket II zeigen, dass Lockerungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge keineswegs zu schnelleren und effektiveren Vergaben führen, müssen Kontrollen durch die Rechnungshöfe und die Gemeindeprüfämter vorgesehen werden. Bekanntlich schafft der hinreichende Kontrolldruck die in jeder Hinsicht wünschenswerte Motivation, vergaberechtliche Regelungen einzuhalten. Fehlen Kontrolldruck, Entdeckungsrisiken und die Erwartung gebotener Konsequenzen, ist damit zu rechnen, dass die vergaberechtlichen Regelungen nicht hinreichend beachtet werden, sondern einem vermeintlichen Primat der Effizienz zum Opfer fallen – ohne dass dies zu Konsequenzen führen würde.

Die regelmäßige und kritische Kontrolle des Verhaltens öffentlicher Auftraggeber ist auch deshalb dringend geboten, weil dadurch wichtige Erkenntnisse über die Wirkung der Vergaberechtsreform gewonnen werden können. Solche Erkenntnisse aus der Praxis sollten für die wichtige Auseinandersetzung mit der Frage, ob weitere Anpassungen des Vergaberechts nötig und wie sie gegebenenfalls inhaltlich zu gestalten sind, die sachliche Grundlage bilden.