

Transparency International Deutschland e.V.
Alte Schönhauser Str. 44 | 10119 Berlin

per E-Mail

An das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BUERO-IB6@bmwi.bund.de

Geschäftsstelle
Alte Schönhauser Str. 44
10119 Berlin
Tel. +49 30 549898-0
Fax +49 30 549898-22
E-Mail: office@transparency.de
www.transparency.de

Berlin, den 11. September 2019

**Stellungnahme von Transparency International Deutschland e.V.
zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie
zum Entwurf eines Gesetzes zur beschleunigten Beschaffung im Bereich der Verteidigung und Sicherheit und zur Optimierung der Vergabestatistik**

Sehr geehrte Damen und Herren,

zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur beschleunigten Beschaffung im Bereich der Verteidigung und Sicherheit und zur Optimierung der Vergabestatistik (nachfolgend nur: Ref-E) nehmen wir für Transparency International Deutschland e.V. (nachfolgend: Transparency Deutschland) Stellung und bedanken uns für diese Gelegenheit. Hierbei beschränken wir uns auf die Auseinandersetzung mit den Punkten des Entwurfs, die für das von Transparency Deutschland verfolgte Anliegen der umfassenden Bekämpfung der Korruption von besonderer Bedeutung sind.

Dies sind insbesondere

- die Änderungen im Bereich der Allgemeinen Ausnahmen vom Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts gem. § 107 Abs. 2 GWB (I.),
- die Auslegung der dringlichen Gründe, welche die Anwendung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb gestatten gem. § 12 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b Doppelbuchstabe aa VSVgV (II.) und
- die Regelungen zum Alleinstellungsmerkmal gem. § 12 Abs. 1 Nr. 1 c) VSVgV (III.).

Wir würden uns freuen, wenn unsere Stellungnahme auf der Internetseite des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie veröffentlicht wird, neben allen anderen eingegangenen Stellungnahmen.

I. Ausnahme vom Anwendungsbereich des GWB (§ 107 Abs. 2 Ref-E zum GWB)

§ 107 GWB regelt die allgemeinen Ausnahmen vom Vergaberecht. Die derzeitigen Ausnahmetatbestände des Abs. 2 verweisen explizit auf Art. 346 AEUV „Schutz der wesentlichen Sicherheitsinteressen eines Mitgliedstaates“.

Besonders im Hinblick auf die durch Art. 346 AEUV zwar zulässigen Ausnahmetatbestände ist angesichts des oftmals exzessiven Gebrauchs aber darauf hinzuweisen, dass die Berufung auf die Ausnahme ein juristisch und politisch schwerwiegender Akt ist: Sie führt bei der öffentlichen Vergabe von Aufträgen zur Nichtanwendung der EU-Vergabebestimmungen. Weil das Vergaberecht das juristische Instrument zur Gewährleistung des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs und zum Niederlassungsrecht im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe darstellt, betrifft dieses Verhalten den Kernbereich der Europäischen Union (s. hierzu: Mitteilung zu Auslegungsfragen bzgl. der Anwendung des Art. 296 EGV (alt) auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern, KOM (2006) 779 v. 07.12.2006). Bei einer nicht sachgemäßen Handhabung der Ausnahmen besteht daher die Gefahr, dass mit dem Vergaberecht auch die Regeln zur Korruptionsprävention und der Transparenz unterlaufen werden.

Vor diesem Hintergrund ist der Auslegungshinweis im Referentenentwurf zu sehen. Durch diesen neuen Auslegungshinweis in § 107 Abs. 2 GWB soll klargestellt werden, dass wesentliche Sicherheitsinteressen im Sinne des Art. 346 Absatz 1 AEUV insbesondere berührt sein können, wenn ein öffentlicher Auftrag oder eine Konzession eine Technologie betrifft, die als verteidigungsindustrielle Schlüsseltechnologie eingestuft wird. Die Einstufung einer Technologie als verteidigungsindustrielle Schlüsseltechnologie soll vorher durch einen Beschluss des Bundeskabinetts erfolgen, beispielsweise im Rahmen des durch das Bundeskabinett verabschiedeten Weißbuchs der Bundeswehr oder im Strategiepapier der Bundesregierung zur Stärkung der Verteidigungsindustrie in Deutschland.

Zusätzlich können nach Nr. 2 des Absatzes wesentliche Sicherheitsinteressen berührt sein, wenn der öffentliche Auftrag oder die Konzession Leistungen für den Grenzschutz, die Bekämpfung des Terrorismus oder der organisierten Kriminalität oder für verdeckte Tätigkeiten der Polizei oder der Sicherheitskräfte sowie Verschlüsselung betrifft.

Transparency Deutschland lehnt diesen Auslegungshinweis ab und empfiehlt, weiterhin an dem bisherigen Gesetzeswortlaut festzuhalten.

1. Geplante Auslegungshinweise sind fehleranfällig und ein Einfallstor für Korruption

Der Maßstab für eine korrekte Auslegung des Ausnahmetatbestandes „wesentliche Sicherheitsinteressen“ ist das Europarecht. Der EuGH verweist zu Art. 346 AEUV bzw. der Vorgängerregel des Art. 296 EG-Vertrag in ständiger Rechtsprechung darauf, dass es zwar Sache der Mitgliedstaaten sei, die geeigneten Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer inneren und äußeren Sicherheit zu ergreifen. Dies bedeute aber nicht, dass solche Maßnahmen der Anwendung des Unionsrechts völlig entzogen wären (EuGH vom 04.03.2010, C-38/06 „Kommission/Portugal“, Rz. 62 m.w.N.).

Denn aus dem Europarecht lässt sich kein allgemeiner Vorbehalt ableiten, wonach jede Maßnahme, die im Interesse der öffentlichen Sicherheit getroffen wird, vom Anwendungsbereich des Unionsrechts ausgenommen ist. Vor diesem Hintergrund sind die Ausnahmetatbestände nach ständiger Rechtsprechung des EuGH und der nationalen Nachprüfungsinstanzen eng auszulegen (s. hierzu Dippel in Dippel /Sterner / Zeiss, VSVGK-Kommentar, 2. Aufl., § 107 Rz. 4 m.w.N.). Die Ausnahmen müssen auf diejenigen Fälle begrenzt werden, in denen die Mitgliedstaaten keine andere Wahl haben, ihre Sicherheitsinteressen anders zu wahren.

Dementsprechend enthält die o.g. Mitteilung der Kommission (KOM -2006- 779 vom 7.7.2006) die folgende Prüfreihenfolge, die bei einer etwaigen Berufung auf den Ausnahmetatbestand im Einzelfall zu durchlaufen ist:

- Welches wesentliche Sicherheitsinteresse i.S.d. Art 346 AEUV ist betroffen?
- Worin besteht der Zusammenhang zwischen diesem Sicherheitsinteresse und der speziellen Beschaffungsentscheidung?

- Warum ist die Nichtanwendung der Vergaberichtlinie in diesem speziellen Fall für den Schutz dieses wesentlichen Sicherheitsinteresses notwendig?

Rechtlich bestehen somit hohe tatbestandliche Hürden und ein erheblicher Begründungsaufwand. Daran ändert auch die Aufnahme von Regelbeispielen bzw. Auslegungshinweisen ebenso wenig wie ein Einstufungsbeschluss der Bundesregierung.

Vor diesem Hintergrund ist zu befürchten, dass das tatbestandliche Vorliegen eines Regelbeispiels in der Praxis zum Anlass genommen wird, die übrigen Voraussetzungen zu vernachlässigen. Da die beabsichtigte Neuregelung auf diese weiteren Voraussetzungen nicht Bezug nehmen, verleitet dies zu Fehlanwendungen.

Eine unzulässige Berufung auf den Ausnahmetatbestand hat weitreichende Folgen. Sie führt dazu, dass die gesamte Leistung in rechtswidriger Weise dem Vergaberecht entzogen wird. Alle dem Wettbewerb und der Transparenz dienenden Instrumente (öffentliche Ausschreibung, Bieterinformation nach § 134 GWB, ex-post Bekanntmachung, kein Recht auf Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren etc.) werden außer Kraft gesetzt. Das wirksamste Mittel gegen korruptive Beschränkungen wettbewerbsorientierter Beschaffung ist aber die Transparenz. Daher sollten alle Vergabeverfahren mit dem jeweils höchsten möglichen Maß an Wettbewerb und Transparenz durchgeführt werden. Dies gilt von der Bekanntmachung bis zur Information über die Erteilung des Zuschlags. Demgegenüber werden Aufträge auch bei einer rechtswidrigen Berufung auf einen Ausnahmetatbestand national, zumeist im Wege der freihändigen Vergabe, vergeben. Dabei handelt es sich um die korruptionsanfälligste Vergabeart. Da die Beschaffungen überhaupt nur einem kleinen Kreis bekannt werden, besteht für übergangene Unternehmen kaum eine Möglichkeit, das Verfahren gerichtlich überprüfen zu lassen.

2. Es besteht kein Bedarf an den Auslegungshilfen

Schon nach der heutigen Gesetzeslage zählen zu dem Kreis der relevanten Sicherheitsinteressen sowohl die der äußeren als auch der inneren Sicherheit. Insofern können die unter der neu einzufügenden Ziffer 2 gefassten Regelbeispiele (Leistungen für den Grenzschutz, die Bekämpfung des Terrorismus oder der organisierten Kriminalität oder für verdeckte Tätigkeiten der Polizei oder der Sicherheitskräfte sowie Verschlüsselung) schon heute bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen eine entsprechende Ausnahme begründen.

Dem fachlich versierten Beschaffer ist diese Rechtslage bekannt; die bloße Aufnahme der Regelbeispiele verändert die Rechtslage nicht und ist deshalb unbehilflich. In diesem Kontext ist es regelungstechnisch verfehlt, dass sich die Auslegungshinweise nur teilweise in der Verteidigungsvergaberichtlinie 2009/81/EU nachvollziehen lassen.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass bis zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016 in § 100 Abs. 7 GWB (a.F.) entsprechende Regelbeispiele enthalten waren, die der Gesetzgeber im Rahmen der Gesetzesnovelle nicht übernommen hat. Etwaige nachteilige Folgen der Streichung für die Rechtsanwendung sind nicht bekannt. Insofern stellt sich die Frage, warum erneut Regelbeispiele in Form von Auslegungshinweisen aufgenommen werden sollen.

Besonders problematisch ist die Auslegungshilfe „sicherheitsindustrielle Schlüsseltechnologien“, da insbesondere die Abgrenzung zu allgemein wirtschaftspolitischen Zielsetzungen unklar bleibt. Insoweit ist anerkannt, dass industrielle und wirtschaftliche Interessen für sich allein betrachtet, auch wenn sie mit der Erzeugung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial in Zusammenhang stehen, die Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung des Artikels 346 AEUV nicht rechtfertigen können (s. o.g. Mitteilung der Kommission). Dieses Regelbeispiel hat keine Entsprechung in der Verteidigungsvergaberichtlinie 2009/81/EU. Angesichts der in der Praxis nicht einfachen Abgrenzung, ob der Schutz „sicherheitsindustrieller Schlüsseltechnologien“ im Einzelfall lediglich allgemeinen wirtschaftspolitischen Überlegungen entspricht oder das einzige Mittel ist, um wesentliche Sicherheitsinteressen zu schützen, erscheint die kurze Festschreibung keine sachgerechte Lösung. Im Einzelfall können sicherheitsindustrielle Schlüsseltechnologien schon heute eine

Ausnahme gem. § 346 AEUV begründen. Insoweit besteht auch diesbezüglich kein Regelungsbedarf.

3. Die Aufnahme der Auslegungshinweise führt nicht zu Beschleunigung

Wie oben unter 1 beschrieben, ändert auch die Aufnahme von Regelbeispielen bzw. Auslegungshinweisen nichts an der im Einzelfall gebotenen konkreten Begründung. Insofern erscheint die Aufnahme der Regelbeispiele auch nicht als geeignetes Mittel, eine Verfahrensbeschleunigung zu erzielen. Vor diesem Hintergrund wiegt die mit der Aufnahme der Regelbeispiele bzw. den Auslegungshinweisen einhergehende Fehleranfälligkeit unverhältnismäßig.

II. Regelungen zur Dringlichkeit

Nach der Regelungssystematik der VSVgV kann bei Fällen der Dringlichkeit die Teilnahmefrist zunächst auf bis zu 15 (statt 35 Tage) gesenkt werden. Die Angebotsfrist kann bis auf 10 Tage (statt 30 Tage) verringert werden. Nur wenn diese kurze Spanne nicht ausreicht, kann gem. § 12 Abs. 1 VSVgV ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gewählt werden, anstatt ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb oder ein nicht offenes Verfahren durchzuführen.

Bei dem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb handelt es sich um das korruptionsanfälligste Vergabeverfahren im Anwendungsbereich der VSVgV, insbesondere da korruptionsverhindernde Transparenzregeln (bspw. Bekanntmachung der Beschaffungsabsicht) nicht gelten und der Wettbewerb stark eingeschränkt wird.

Aus Sicht von Transparency Deutschland und der Rechtsprechung sind diese Fälle eng zu begrenzen. Für die Neuregelung besteht u.E. kein Bedarf.

1. Neuregelung ist missverständlich

§ 12 Absatz 1 Nummer 1 lit. b aa Ref-E VSVgV sieht einen Fall der Dringlichkeit im Kontext einer Krise in der Regel für gegeben an, wenn mandatierte Auslandseinsätze oder einsatzgleiche Verpflichtungen der Bundeswehr, friedenssichernden Maßnahmen, der Abwehr terroristischer Angriffe oder eingetretene oder unmittelbar drohende Großschadenslagen kurzfristig neue Beschaffungen erfordern oder bestehende Beschaffungsbedarfe steigern.

Wie oben erläutert, greift die Ausnahme der Dringlichkeit nur dann, wenn etwaige Fristverkürzungen nicht ausreichen, ein formstrengeres Verfahren durchzuführen. Dieser Maßstab folgt auch aus Erwägungsgrund 54 der Verteidigungsvergaberichtlinie 2009/81EU. Insofern stellt sich die Frage, welche friedenssichernden Maßnahmen oder mandatierte Auslandseinsätze der Bundeswehr mit einer derart kurzen Vorbereitungszeit anlaufen, dass selbst ein Zeitansatz von 25 Tagen (verkürzte Fristen) für das Vergabeverfahren nicht eingehalten werden kann? Rein praktisch dürfte der Anwendungsbereich ausgesprochen gering sein.

Hinzu kommt, dass die Gründe für die Dringlichkeit nicht von dem öffentlichen Auftraggeber selbst verursacht worden sein dürfen. Insofern ist jedes Zuwarten, sind vergabestelleninterne Probleme bei der Erstellung einer Leistungsbeschreibung oder das Fehlen von Mitarbeitern etc. kein Grund für die Annahme einer Dringlichkeit, da es sonst der öffentliche Auftraggeber selbst in der Hand hätte, Dringlichkeiten im Kontext einer Krise selbst zu hervorzurufen.

Missverständlich ist, dass in der vorgeschlagenen Neuregelung nicht – vergleichbar der Formulierung in § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV („äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der betreffende öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zu lassen, die Mindestfristen einzuhalten, die für das offene und das nicht offene Verfahren sowie für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vorgeschrieben sind; die Umstände

zur Begründung der äußersten Dringlichkeit dürfen dem öffentlichen Auftraggeber nicht zuzurechnen sein“) – auf den Regelungszusammenhang hingewiesen wird. Dementsprechend wird eine erhebliche Gefahr der Falschanwendung begründet.

Auch hier entbindet das tatbestandliche Vorliegen eines Regelbeispiels den Auftraggeber nicht von der Verpflichtung, die Dringlichkeit im Einzelfall konkret zu begründen. Dabei muss er schlüssig darlegen, dass die Umstände, die zur Dringlichkeit führten, nicht in der Sphäre des öffentlichen Auftraggebers liegen und etwaige Fristverkürzungen nicht ausreichen.

2. Kein Bedürfnis für weiterer Regelbeispiele

Die vergaberechtliche Spruchpraxis hat sich in Bezug auf das Vorliegen der Dringlichkeit seit Jahren verfestigt (s. hierzu Sterner in Dippel /Sterner / Zeiss, VSVG-Kommentar, 2. Aufl., § 12 Rz. 7 ff.). Es besteht auf der Anwenderseite kein Regelungsdefizit. Die Aufnahme von Regelbeispielen kann die Vergabestelle nicht von der Verpflichtung entbinden, das Vorliegen der Ausnahme europarechtskonform zu begründen. Insofern besteht kein Bedürfnis Regelbeispiele aufzunehmen, zumal sie den normativen Zusammenhang – anders als in der Formulierung der VgV – außer Betracht lassen.

3. Die Aufnahme der Regelbeispiele führt nicht zu Beschleunigung

Wie vorstehend beschrieben, ändert auch die Aufnahme von Regelbeispielen nichts an dem im Einzelfall zu erbringenden Begründungsaufwand. Insofern erscheint die Aufnahme der Regelbeispiele nicht als geeignetes Mittel, eine Verfahrensbeschleunigung zu erzielen. Vor diesem Hintergrund wiegt die mit der Aufnahme der Regelbeispiele einhergehende Fehleranfälligkeit unverhältnismäßig.

Schließlich wird kein höheres Maß an Rechtssicherheit erzeugt. Gem. § 12 Abs. 2 VSVgV müssen Auftraggeber die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb in der Bekanntmachung gemäß § 35 VSVgV begründen. Sollte die Begründung aus Sicht des Wettbewerbs nicht tragfähig sein, stellt sich die Frage, ob die Pflicht zur zwingenden Bekanntmachung des Auftrags nicht umgangen wurde, so dass etwaige Rechtsmittel noch ergriffen werden können.

III. Regelungen zum Alleinstellungsmerkmal

Nach § 12 Abs. 1 lit. c VSVgV ist ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ausnahmsweise dann zulässig, wenn der Auftrag wegen seiner technischen Besonderheiten oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten wie zum Beispiel des Patent- oder Urheberrechts nur von einem bestimmten Unternehmen durchgeführt werden kann.

Durch den Ref-E soll nunmehr eine Klarstellung eingefügt werden, dass der maßgebliche Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe ist.

Aus Sicht von Transparency Deutschland und der Rechtsprechung sind diese Fälle eng zu begrenzen. Für die Neuregelung besteht u.E. kein Bedarf, zumal die Regelung ausgesprochen missbrauchsanfällig ist.

1. Kein Bedarf für eine Neuregelung

Bei dem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb handelt es sich um das korruptionsanfälligste Vergabeverfahren im Anwendungsbereich der VSVgV, insbesondere da korruptionsverhindernde Transparenzregeln (bspw. Bekanntmachung der Beschaffungsabsicht) nicht gelten und der Wettbewerb stark eingeschränkt wird.

Selbstverständlich muss der öffentliche Auftraggeber bei Angebotsabgabe davon ausgehen können, dass der Bieter leistungsfähig ist. Nach dem Regelungsentwurf könnte ein Alleinstellungsmerkmal aber selbst dann angenommen werden, wenn lediglich ein Bieter zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe lieferbereit ist. Aus Auftraggebersicht würde es aber ausreichen, wenn Wettbewerber zum Zeitpunkt der Lieferung oder Leistung leistungsbereit wären. So zum Beispiel, wenn derzeit zwar nur ein bestimmtes Unternehmen eine geforderte technische Ausstattung hat, es aber möglich und ausreichend wäre, wenn sich Wettbewerber bis zur Leistungserbringung ebenfalls diese Ausstattung beschafften.

2. Regelung ermöglicht korruptives Verhalten

Indem auf das Vorhandensein eines Alleinstellungsmerkmals zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe abgestellt wird, kann somit ein möglicher Wettbewerb ohne sachlichen Grund unterlaufen werden.

Ebenfalls besteht das Risiko, dass technische Anforderungen eines Auftrags im Vorfeld einer Vergabe zwischen einem Auftraggeber und einem Unternehmen ausgetauscht werden, die dann gezielt und ohne konkrete Begründung aus dem sachlichen Bedarf als technische Alleinstellungsmerkmale konstruiert oder vorgeschoben werden. Da auf das Vorhandensein der Lösung zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe abgestellt wird, haben etwaige Wettbewerber keine Möglichkeit, anzubieten.

3. Fazit

Natürlich kann es besondere Fallkonstellationen geben, in denen das Abstellen auf den Zeitpunkt der Angebotsabgabe sinnvoll und möglich ist. Durch die vorgeschlagene Formulierung werden diese Sonderfälle aber zum Regelfall. Die Missbrauchsgefahr ist erheblich.

IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die vorgesehenen Regelungen den Anforderungen an ein transparentes und korruptionspräventiv wirkendes Vergaberecht nicht gerecht werden. Vielmehr droht die Einschränkung des Wettbewerbs sowie der Transparenz.

Gerade vor dem Hintergrund der im Verteidigungsbereich jüngst festgestellten Unregelmäßigkeiten im Zusammenhang mit der Vergabe der Berateraufträge sowie der daraufhin ergriffenen und noch geplanten organisatorischen Maßnahmen, sollte erst einmal der bestehende Rechtsrahmen konsequent angewendet werden, bevor etwaige Ausnahmeregelungen gesetzgeberisch in den Vordergrund gestellt werden.

Berlin, den 11.09.2019

Christian Heuking
Leiter AG Vergabe

Norbert Dippel
Mitglied der AG Vergabe

Dr. Christian Lantermann
Mitglied des Vorstands