

Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014)

Der Bundesverband Deutscher Omnibusunternehmer e.V. (bdo) ist der Spitzenverband der privaten Omnibusbranche in der Bundesrepublik Deutschland. Er vertritt auf Bundesebene und im internationalen Bereich die gewerbepolitischen und fachlichen Interessen von rund 3.000 Busunternehmen, die sich im Öffentlichen Personennahverkehr, in der Bustouristik und im Busfernlinienverkehr engagieren und unter dem Dach des bdo zusammengeschlossen haben.

Ausgangssituation

Der bdo hat das europäische Verfahren der Neufassung der Vergaberichtlinien begleitet. Die neu gefassten EU-Vergaberichtlinien sind am 28.03.2014 im Amtsblatt der EU veröffentlicht worden und am 14. April 2014 in Kraft getreten. Innerhalb einer Zwei-Jahres-Frist sind sie in nationales Recht umzusetzen. Für die mit der Übersendung des Referentenentwurfs des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie eingeräumte Möglichkeit zur Stellungnahme bedanken wir uns.

Wir begrüßen grundsätzlich den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (im Folgenden GWB-E) und ausdrücklich die Zielsetzung der Vergaberechtsmodernisierung, Vergabeverfahren effizienter, einfacher und flexibler zu gestalten und so insbesondere die Teilnahme kleiner und mittlerer Unternehmen an Vergabeverfahren zu erleichtern. Gleichzeitig befürchten wir jedoch, dass die Umsetzung der Vergaberichtlinien dazu führen kann, kommunale Handlungsspielräume zu Lasten der Privatwirtschaft zu erweitern.

Zu einzelnen Aspekten des Referentenentwurfs nehmen wir – vorbehaltlich weiterer Anmerkungen und ohne Anspruch auf Vollständigkeit – Stellung wie folgt:

1. § 97 Abs. 3 Grundsätze der Vergabe

Die neu formulierte Vorschrift lautet: „Bei der Vergabe werden soziale und umweltbezogene Aspekte sowie Aspekte der Qualität und der Innovation nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt.“



In der Begründung heißt es, dass in jeder Phase eines Verfahrens, von der Definition der Leistung über die Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bis hin zur Vorgabe von Ausführungsbedingungen qualitative, soziale, umweltbezogene oder innovative (nachhaltige) Aspekte einbezogen werden *können* und dass § 97 Abs. 3 diesem Umstand Rechnung trage, indem bereits bei den Grundsätzen der Auftragsvergabe auf diese *Möglichkeit* für den Auftraggeber hingewiesen werde.

Nach hiesiger Auffassung besteht eine Diskrepanz zwischen Gesetzeswortlaut und Begründung. Ausweislich der Begründung handelt es sich um eine Kannbestimmung. Der Formulierung im Gesetzestext ist dies jedoch nicht zu entnehmen, da „werden ... berücksichtigt“ als Pflichtvorgabe zu verstehen ist. Es muss vermieden werden, dass hier entgegen den Vorgaben der Richtlinien eine Pflicht konstituiert wird, daher regen wir eine Formulierung entsprechend dem derzeitigen § 97 Abs. 4 GWB („können zusätzliche Anforderungen ... gestellt werden“) an.

2. § 102 Abs. 1 Nr. 4 Sektorentätigkeiten

Hier sollte - um Irritationen vorzubeugen - in der Begründung klargestellt werden, dass Fernbusunternehmen nicht betroffen sind. Der Fernlinienverkehr mit Bussen erfolgt eigenwirtschaftlich und eigeninitiativ; die Verkehrsleistung (also weder die Streckenfestlegung, noch die Transportkapazitäten oder die Fahrpläne) wird nicht gemäß von einer zuständigen Behörde festgelegten Bedingungen erbracht.

3. §108 Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit

Ausweislich wiederholter Presseerklärungen der Europäischen Kommission ist und bleibt „Vorfahrt für KMU“ der wichtigste Grundsatz des EU-Rechts für kleine Unternehmen. Dieses Prinzip beinhaltet die Vereinfachung des rechtlichen und administrativen Umfelds, in dem die KMU tätig sind. Vor diesem Hintergrund ist aber auch jede Erleichterung der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit – gemäß § 108 GWB-E ist dieser Bereich von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen – kritisch auf eine etwaige damit verbundene Wettbewerbsverzerrung zulasten der privaten Wirtschaft und insbesondere der KMU zu überprüfen.

Mit dem Small Business Act (SBA) hat sich die EU zum Ziel gesetzt, die Wettbewerbsbedingungen für den Mittelstand zu sichern und zu stärken. Die Initiative der Kommission umfasst Maßnahmen, die den Unternehmen das Geschäftsleben erleichtern sollen und ist u. a. Hintergrund der in Erwägungsgrund 9 der VO (EG) Nr. 1370/2007 verankerten Gewährleistung der Möglichkeit aller zuständigen Behörden, die Interessen von kleinen und mittleren Unternehmen bei der Auswahl des Betreibers eines öffentlichen Dienstes besonders zu berücksichtigen. Die kleinen und mittelständischen Unternehmen sind in der deutschen Busbranche – und nicht nur dort – das Rückgrat der Wirtschaft. Sie zeichnen sich durch eine besondere Qualitätsorientierung, hohe Flexibilität, Innovationsfreudigkeit und schlanke Managementstrukturen aus. Der EU-Gesetzgeber hat sich klar zur Förderung dieser Unternehmen bekannt. Der nationale Gesetzgeber ist gehalten, bei der Umsetzung der Vergaberichtlinien in deutsches Recht den Zielen des SBA Rechnung zu tragen. Aus



diesem Grund sehen wir die konkrete Ausgestaltung der Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts für öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen der öffentlichen Hand sowohl auf vertikaler Ebene für Inhouse-Vergaben als auch auf horizontaler Ebene für öffentliche-öffentliche Kooperationen mit großer Sorge.

Ausweislich der Erwägungsgründe der Richtlinie 2014/24/EU soll die öffentliche Auftragsvergabe einen möglichst effizienten Einsatz öffentlicher Gelder gewährleisten. Derzeit ist in Deutschland in vielen Branchen – auch im Bussektor – ein Trend zur Rekommunalisierung zu verzeichnen. In ihrem 20. Hauptgutachten hat sich die Monopolkommission mit diesem Thema befasst. Sie kritisiert darin die übermäßige öffentliche Wirtschaftstätigkeit und erkennt keine Gründe für die generelle Erforderlichkeit einer zunehmenden Rekommunalisierung. Gleichzeitig fordert die Monopolkommission Transparenzregeln für kommunale Unternehmen, mit denen sich z. B. die Gebührenhöhe besser kontrollieren ließe.

Die für den Personenbeförderungssektor maßgebliche EU-Verordnung 1370/2007 ist ein ausgewogenes Regelwerk, das das deutsche ÖPNV-System und dessen mittelständische Strukturen grundsätzlich anerkennt und den Aufgabenträgern ausreichend Handlungsspielraum belässt, diese Strukturen und die ihnen zugrunde liegende unternehmerische Eigeninitiative zu erhalten. Trotzdem stellen wir seit Inkrafttreten dieser Verordnung im Dezember 2009 zunehmend fest, dass vielerorts ein starker Trend zu Direktvergaben an interne Betreiber zu verzeichnen ist. Dies reicht in manchen Fällen sogar so weit, dass Kommunen Unternehmen kaufen, um den Verkehr dann an diese Unternehmen direkt zu vergeben. Mit der Behauptung, aus Gründen der Daseinsvorsorge dazu verpflichtet zu sein, sind in vielen Kommunen Bestrebungen zu beobachten, die eigenen wirtschaftlichen Tätigkeiten zu erweitern. Gerade im Verkehrssektor steht der Aufwand dieser Bemühungen oft in diametralem Gegensatz zum wirtschaftlichen Erfolg. Vor dem Hintergrund der im nationalen Haushaltsrecht verankerten Grundsätze der wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung ist es dringend geboten, die Umgehung eines fairen Wettbewerbs zu verhindern.

Der bdo plädiert daher für eine äußerst enge Ausgestaltung der Ausnahmen in § 108 GWB-E.

4. § 132 Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeiten

Die gesetzliche Verankerung der Voraussetzungen für eine Pflicht zur Neuausschreibung bei wesentlichen Vertragsänderungen transferiert zahlreiche Gerichtsentscheidungen in das GWB und trägt so zu mehr Rechtssicherheit bei. Der bdo begrüßt die Klarstellung, unter welchen Voraussetzungen trotz Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens nicht erforderlich ist.

5. § 160 Verfahren vor der Vergabekammer (Einleitung, Antrag)

Der Wegfall des Erfordernisses der Unverzüglichkeit der Rüge gibt betroffenen Unternehmen deutlich mehr Zeit zu rügen, da diese künftig nicht mehr an starre Fristen

gebunden sind, sondern mit ihrer Rüge für erkennbare Mängel bis zur Angebotsabgabe Zeit haben. Der dadurch verringerte Zeitdruck für Bieter erhöht die Rechtssicherheit.



Fazit

Der bdo begrüßt ausdrücklich, dass sich der vorgelegte Gesetzentwurf eng an den Vorgaben der EU-Richtlinien orientiert und dass dem Erfordernis einer größeren Flexibilität während der Vertragslaufzeit Rechnung getragen werden soll. Um Wettbewerbsverzerrungen zulasten privater Unternehmen zu verhindern bzw. zumindest zu verringern, ist es vor dem Hintergrund der Dominanz kommunaler Betriebe im Verkehrssektor allerdings zwingend erforderlich, eine Chancengleichheit im Vergaberecht herzustellen und das öffentliche Auftragswesen für den Wettbewerb zu öffnen statt es durch umfangreiche Ausnahmen aus dem Wettbewerb auszunehmen.

Berlin, 26. Mai 2015