

Stellungnahme

Kernforderungen der ITK-Wirtschaft an ein neues Vergaberecht

Zum Arbeitsentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 08.10.2004

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) hat am 08.10.2004 einen ersten Arbeitsentwurf zur Novellierung des Vergaberechts vorgelegt. Neben wichtigen Änderungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, wie etwa der gesetzlichen Regelung der sog. Inhouse-Vergaben oder der Regelung der Nichtigkeit der sog. De-facto-Vergabe wurden insbesondere auch die Regelungen des sog. EU-Legislativpakets zum Vergaberecht in den Text einer Verordnung überführt.

Die nachfolgende Stellungnahme ist zweigeteilt: Im ersten Teil erläutert BITKOM für die ITK-Wirtschaft die grundsätzlichen Bedenken gegen die Form der Umsetzung des Legislativpakets in Form einer Rechtsverordnung, im zweiten Teil setzen wir uns inhaltlich mit einigen neuen Verfahrenstypen auseinander, die für die anbietende ITK-Wirtschaft von besonderer Bedeutung sein werden bzw. bereits heute sind.

■ **Statt neuer Bürokratie die Selbstregulierung nutzen**

Die ITK-Wirtschaft teilt die grundsätzlichen Bedenken des Bundesverbands der Deutschen Industrie (BDI) im Hinblick auf den Ansatz des Ministeriums, die Regelungen der VOL/A in eine ministerielle Verordnung zu überführen. Die Abschaffung der Vergabe- und Vertragsordnungen lässt sich zweifellos öffentlichkeitswirksam als ein Beitrag zur Entbürokratisierung des Vergaberechts darstellen, die angestrebte Beschleunigung der Vergabeverfahren lässt sich hierdurch aber nicht erreichen:

- Die partnerschaftliche Verhandlung der Bedingungen für öffentliche Aufträge ist kein Entgegenkommen der öffentlichen Hand. Vielmehr entspringt diese traditionelle Einbindung der Wirtschaft einem einleuchtenden wirtschaftlichen Interesse der öffentlichen Auftraggeber. Durch die Ausgewogenheit der Bedingungen lässt sich überhaupt erst sicherstellen, dass anbietende Unternehmen auf ihre abweichenden

Geschäftsbedingungen verzichten können. Gerade für den Bereich der Verhandlungsverfahren kann der konkrete Verhandlungsaufwand durch die intensive und qualitätssichernde Beratung im Rahmen der Vergabe- und Vertragsausschüsse nachhaltig reduziert werden. Bürokratieabbau und Deregulierung legen es daher eigentlich dem Gesetzgeber nahe, entlastende Einrichtungen wie die Vergabe- und Vertragsausschüsse DVA und DVAL zu nutzen. Es sollte daher gemeinsames Verständnis von Staat und Wirtschaft sein, die Vergabeordnungen nicht durch eine Rechtsverordnung zu ersetzen und damit die Bürokratie auf- anstatt abzubauen.

- In den Verdingungsausschüssen werden die Regelungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge und die zugrunde liegenden Bedingungen durch ein Gremium erarbeitet, das sich paritätisch aus Vertretern der Wirtschaft und der Öffentlichen Hand zusammensetzt. Die Einbindung der beteiligten Kreise sichert die Gewähr für ausgewogene, praktikable und vor allem auch von allen Seiten akzeptierte Vergabevorschriften. Wichtig ist zudem, dass die Vergabe- und Vertragsausschüsse unpolitisch sind. Entscheidungen werden daher nicht an den politischen Mehrheiten, sondern allein daran ausgerichtet, ob eine Regelung für beide Seiten ausgewogen und somit akzeptabel erscheint.
- Gesetzgeberische Arbeit ist mehr und mehr dadurch gekennzeichnet, dass im Vorfeld externe Beratungsunternehmen eingeschaltet werden. Demgegenüber stellen bisher bei den Vergabe- und Vertragsordnungen die ehrenamtliche Mitarbeit der Experten aus den Unternehmen und aus den Verbänden sicher, dass keine praxisfernen Regelungen in den Regelwerken aufgenommen finden. Vor dem Hintergrund der aktuellen Haushaltssituation sollten diese „Bordmittel“ der Wirtschaft auch künftig genutzt werden.

Neben diesen grundsätzlichen Bedenken gegen die Form der Umsetzung der EU-Richtlinien möchten wir namentlich zu zwei Verfahrenstypen konkrete Anregungen unterbreiten. Wir beziehen uns bei unseren Ausführungen auf den Stand des Arbeitspapiers vom 08.10.2004, da wir davon ausgehen, dass die Umsetzung der Bestimmungen des Legislativpakets auch im Rahmen einer Neuregelung der VOL/A unsere Argumente berücksichtigen sollte.

■ **Den Wettbewerblichen Dialog partnerschaftlich ausgestalten**

1. Sachlicher Anwendungsbereich: Kein Ermessen des Auftraggebers bei der Verfahrenswahl

Nach § 10 Abs. 1 des Arbeitsentwurfs des BMWA vom 08.10.2004 (im Folgenden VgV-E) können die staatlichen Auftraggeber einen wettbewerblichen Dialog durchführen, wenn diese objektiv nicht in der Lage sind, die technischen Mittel anzugeben, mit denen ihre Bedürfnisse und Ziele erfüllt werden können oder die rechtlichen oder finanziellen Konditionen des Vorhabens anzugeben. Vor allem bei ITK-Infrastrukturprojekten werden diese Bedingungen häufig auf den ersten Blick gegeben sein. Wichtig ist hierbei aber,

dass der Wettbewerbliche Dialog nicht allein aus Sicht des Auftraggebers die geeignete Verfahrensart sein kann.

BITKOM regt daher an, das Tatbestandsmerkmal „objektiv“ weiter zu präzisieren. Die richtige Verfahrenswahl sollte sich an sachlichen Kriterien ausrichten und nicht von der Wahl des Auftraggebers abhängen.

§ 10 Abs. 1 VgV-E sollte daher gekürzt werden:

- (1) Die staatlichen Auftraggeber können, einen wettbewerblichen Dialog gemäß § 101 Abs. 5 GWB durchführen, sofern sie objektiv nicht in der Lage sind
- a) die technischen Mittel gemäß § 14 Abs. 2 Nrn. 2 oder 3 anzugeben, mit denen ihre Bedürfnisse und Ziele erfüllt werden können oder
 - b) die rechtlichen oder finanziellen Konditionen des Vorhabens anzugeben und **[falls ihres Erachtens]** die Vergabe eines öffentlichen Auftrags oberhalb der Schwellenwerte im Wege eines offenen oder nicht offenen Verfahrens nicht möglich ist.

2. Wirksamer Geheimnisschutz

§ 10 Abs. 3 VgV-E regelt den Schutz vertraulicher Informationen, insbesondere auch das spezifische Know-how der Wettbewerber zugunsten der Wirtschaftsteilnehmer beim wettbewerblichen Dialog. Nach der Bestimmung sorgen die staatlichen Auftraggeber dafür, dass alle Unternehmen im Laufe des Wettbewerblichen Dialogs gleich behandelt werden. Insbesondere dürfen die staatlichen Auftraggeber nicht Informationen so weitergeben, dass bestimmte Unternehmen begünstigt werden könnten. Die staatlichen Auftraggeber dürfen Lösungsvorschläge oder vertrauliche Informationen eines Unternehmens nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Unternehmen weitergeben.

Das berechnete Interesse der teilnehmenden Unternehmen wird durch die vorgenannte Bestimmung aber nur unzureichend gewahrt: Nicht geregelt ist, in welchem Umfang der Auftraggeber die Informationen und Lösungen für eigene Zwecke weiternutzen darf. Hier muss sichergestellt sein, dass die Informationen durch den Auftraggeber nur im Rahmen des konkreten Vergabeverfahrens genutzt werden. Informationen und Lösungsvorschläge dürfen daher nur im Rahmen des wettbewerblichen Dialogs und im Falle des Zuschlags verwendet werden. Der Auftraggeber muss verpflichtet werden, alle Unterlagen und alle Kopien an die erfolglosen Unternehmen zurückzugeben oder zu vernichten.

Unzureichend ist zudem die Regelung, dass Informationen „mit Zustimmung des Betroffenen“ weitergegeben werden dürfen. Die bestehende Regelung kann nicht ausschließen, dass die Teilnehmer am Wettbewerblichen Dialog vor der Teilnahme ein Formular unterschreiben müssen, in dem die Teilnehmer im Vorfeld der Weitergabe ihrer Lösungen an andere Bieter zustimmen. Daher sollte auch im Interesse der öffentlichen Auftraggeber, die an aussagefähigen Unterlagen der Unternehmen interessiert sind, die Weitergabe von Dokumenten an andere Unternehmen vollständig ausgeschlossen werden.

- (3) (...) Die staatlichen Auftraggeber sorgen dafür, dass alle Unternehmen bei dem Dialog gleich behandelt werden. Insbesondere dürfen sie nicht Informationen so weitergeben, dass bestimmte Unternehmen begünstigt werden könnten. Die staatlichen Auftraggeber dürfen Lösungsvorschläge oder vertrauliche Informationen eines Unterneh-

mens nicht **[ohne dessen Zustimmung]** an die anderen Unternehmen weitergeben **und diese nur im Rahmen des konkreten Vergabeverfahrens verwenden.**

3. Chancenlose Anbieter so früh wie möglich informieren; keine Phantombieter

§ 10 Abs. 5 VgV-E bestimmt, dass die staatlichen Auftraggeber den Dialog fortsetzen, bis sie die Lösung oder die Lösungen ermitteln können, mit denen ihre Bedürfnisse erfüllt werden können. Diese Vorgehensweise erfordert im besonderen Maß Transparenz und Fairness des Auftraggebers, da die Dialogphase erhebliche Kosten für die Unternehmen birgt. Die Unternehmen müssen in die Lage versetzt werden, selbst beurteilen zu können, ob und wie lange eine Teilnahme am Dialog oder dem finalen Angebotsverfahren wirtschaftlich sinnvoll ist. In der bisherigen Fassung berücksichtigt die VgV-E einseitig die Interessen der Auftraggeber, denn die Fortsetzung des Dialogs mit mehreren Anbietern kann auch dann noch für den Auftraggeber sinnvoll sein, wenn er bereits Klarheit über die technisch gewünschte Lösung hat und sei es nur, um die wirtschaftlichen Spielräume auszuloten. Für den chancenlosen Bieter ist es hingegen eine erhebliche Belastung, wenn dieser im Glauben gehalten wird, dass seine Lösungsvorschläge ernsthaft weiterverfolgt werden, denn die Teilnahme am Wettbewerblichen Dialog kostet die Unternehmen Geld.

Die Auftraggeber, bei denen bereits sicher ist, dass diese im weiteren Prozess chancenlos sind und bleiben, sollten so früh wie möglich erfahren, dass Ihre Lösungen nicht ernsthaft weiterverfolgt werden. Auch für die anderen Wettbewerber, mag es wichtig sein zu wissen, wie Ihre Chancen sind. Wettbewerber mit eingeschränkten Chancen dürfen nicht Gefahr laufen, nur noch als Ideenlieferanten genutzt zu werden. Der öffentliche Auftraggeber muss sich hier seiner Verantwortung gegenüber den Bietern bewusst sein und darf nicht Phantombieter künstlich im Verfahren halten. Daher obliegt dem Auftraggeber hier eine Informations- und Hinweispflicht.

Wir schlagen daher die folgende Änderung des § 10 VgV-E vor:

(5) Die staatlichen Auftraggeber setzen den Dialog **nur solange** fort, bis sie die Lösung oder die Lösungen ermitteln können, mit denen ihre Bedürfnisse erfüllt werden können. Sie unterrichten die betroffenen Unternehmen, ob deren Lösung die Bedürfnisse erfüllt.

4. Faire Regelungen zur Vergütung der Unternehmen

Unzureichend ist die Vergütungsregelung in § 10 Abs. 8 VgV-E. Nach Abs. 8 sehen die staatlichen Auftraggeber angemessene Prämien oder Zahlungen an die am wettbewerblichen Dialog teilnehmenden Unternehmen vor, wenn dies durch den Umfang und den Schwierigkeitsgrad der auszuarbeitenden Lösungsvorschläge gerechtfertigt ist. Ein Anspruch auf Vergütung besteht für die Unternehmen nicht. Eine Regelung zur Vergütung verfolgt zwei Ziele: Zum einen kann hierdurch sichergestellt werden, dass die personalintensive Vorbereitung von Angeboten bei öffentlichen Ausschreibungen jedenfalls im Ansatz wirtschaftlich ausgeglichen wird. Zudem stellt die Vergütung aber auch sicher, dass die Ressourcen der Unternehmen nicht von öffentlichen Auftraggebern zu stark beansprucht werden. Eine pauschale Vergütung wäre vor diesem Hintergrund sinnvoll.

Das Vergaberecht würde mit der vorgeschlagenen Regelung weit hinter die heutigen Bestimmungen der VOL/A zurück, die einen ausgewogenen Ausgleich der Interessen

vorsieht. Nach § 20 Nr. 2 VOL/A ist dann eine einheitliche und angemessene Kostenerstattung für alle Bieter festzusetzen, wenn der Auftraggeber verlangt, dass der Bieter Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen ausarbeitet. Ist eine Kostenerstattung festgesetzt, so steht sie jedem Bieter zu, der ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot mit den geforderten Unterlagen rechtzeitig eingereicht hat. Wir schlagen daher die nachfolgende Regelung vor:

(8) Die Leistungen der Unternehmen sind durch angemessene Prämien oder Zahlungen zu vergüten. Verlangen die staatlichen Auftraggeber von den Unternehmen, dass diese Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen ausarbeiten, dann sind diese Leistungen zu vergüten. [Ein Anspruch auf Vergütung besteht für die Unternehmen nicht.]

■ **Keine Rahmenvereinbarungen ohne Abnahmeverpflichtungen**

Rahmenvereinbarungen werden bereits heute in besonderem Umfang beim Einkauf von ITK-Produkten genutzt, wie etwa die Dokumentation der bestehenden Verträge des Beschaffungsamts des Bundesministeriums des Innern deutlich belegt. (<http://www.bescha.bund.de/enid/43b1b2183b5e171311ca715f1a339da9,0/5s.html>)

Nach § 18 Abs. 1 S. 2 VgV-E soll das bei Rahmenvereinbarungen in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich beschrieben werden, es braucht aber nicht abschließend festgelegt zu werden.

Diese Regelung wird den praktischen Bedarf nicht gerecht. Als Kalkulationsgrundlage benötigen die Unternehmen Aussagen zu Mindestvolumen oder eine prozentuale Bandbreite, um den Rahmen der Beauftragung für den Anbieter abzustecken und somit eine realistische Kalkulationsgrundlage sicherzustellen. Klargestellt werden sollte zudem, dass eine Rahmenvereinbarung nicht zur Markterkundung (vgl. § 16 Nr. 2 VOL/A) missbraucht werden darf.

Diese Sicht wird auch durch einen Beschluss des Kammergerichts Berlin vom 15.04.2004 (Az. 2 Verg 22/03) bestätigt. Der Entscheidung lag ein IT-Rahmenvertrag zugrunde, der nach europaweiter Ausschreibung an durch das Land Berlin im Wege des Offenen Verfahrens ausgeschrieben worden war. Die Lieferung der Produkte und Komponenten durch die Auftragnehmer sollte auf Basis des Rahmenvertrags erfolgen, der keine Abnahmeverpflichtung des Antragsgegners begründete. Für jedes der Lose sollten je zwei Rahmenverträge nebeneinander abgeschlossen werden. Der Rahmenvertrag wurde von einer Landesbehörde ausgeschrieben, die einzelnen Verwaltungsstellen des Landes sollten die für sie interessanten Produkte aus einem Katalogsystem bestellen. Ein Mindestmengengerüst sah der Rahmenvertrag nicht vor. Der Zuschlag sollte auf das Angebot mit dem niedrigsten und dem zweitniedrigsten Preis erfolgen. Als Vertragslaufzeit war zunächst ein Jahr vorgesehen, die Laufzeit sollte durch Erklärung des Antragsgegners gegenüber seinen Vertragspartner zweimal um jeweils ein Jahr verlängert werden können. Zu dem Rahmenvertrag führt das Gericht aus:

„Dass das Vergabeverfahren an einem so schwerwiegenden Mangel leidet, dass es aufgehoben werden muss, ergibt sich aus Folgendem:

Nach den gesamten Umständen und nach den Darlegungen des Antragsgegners im letzten Termin steht fest, dass die Ausschreibung zu vergabefremden Zwecken erfolgt. Dis ist dann zu bejahen, wenn sich die Ausschreibung nicht auf die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung durch den betreffenden Auftraggeber richtet. Solche vergabefremden Zwecke sind etwa angenommen worden, wenn mit der Ausschreibung nicht die Vergabe von Aufträgen, sondern lediglich ihr Inaussichtstellen bezweckt wird (vgl. VÜA Thüringen, Beschl. Vom 29.08.1996 – 2 VÜ 1/96 -). So liegt hier der Fall:

Für den Gewinner der Ausschreibung steht es in keiner Weise fest, ob er in Ausfüllung des abgeschlossenen Rahmenertrags auch nur einen einzelnen der von im vorzuhaltenden Artikel tatsächlich veräußern kann und der Antragsgegner hat hierauf auch keinen Einfluss. Zwischen den Parteien ist es unstreitig, dass die Antragstellerin bei einem früheren nach einer Ausschreibung abgeschlossenen Rahmenvertrag während der Vertragslaufzeit nicht einen einzigen Artikel absetzen konnte. Mit dem Gewinn der Ausschreibung erlangen die beiden „Sieger“ nicht mehr als die mehr oder weniger realistische Chance, die sich mit der Aufnahme der von ihnen angebotenen Artikel in den Katalog des Antragsgegners oder ihr elektronisches Bestellsystem verbindet. Auch wenn es formal der Antragsgegner, der insoweit durch den Landesbetrieb (...) handelt, bleibt, der die Artikel letztlich bestellt, hängt eine Bestellung in keiner Weise von seiner Initiative oder auch nur Miteinscheidungsbefugnis ab. Die Entscheidung fällt allein bei den „Kunden“ des Antragsgegners, den einzelnen Verwaltungsstellen. Für diese ist der vom Antragsgegner erstellte Katalog nicht mehr als ein Mittel zur Erkundung des Marktes: Haben sie Beschaffungen vor, werden sie sich – das liegt jedenfalls nicht fern – zunächst an den beiden im Katalog befindlichen Angeboten orientieren und anhand der hier gefundenen Maßstäbe nach Einholung von Vergleichsangeboten die Entscheidung treffen, ob sie die Artikel über den Antragsgegner beziehen, sie bei Dritten erwerben oder aber – einen entsprechenden Umfang der Beschaffung vorausgesetzt – selbst ein Ausschreibungsverfahren durchführen. Den Abnehmern dienen die in den Katalog des Antragsgegners aufgenommenen Artikel jedenfalls dem Zwecke der Markterkundung, indem sie sie mit Informationen darüber versorgen, welche Angebote sich in einer vom Antragsgegner schon einmal durchgeführten Ausschreibung durchgesetzt haben. Damit ist der Zweck der vom Antragsgegner durchgeführten Ausschreibung nicht auf die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung gerichtet, sondern darauf, die Angebote der beiden erfolgreichen Unternehmen ihren potenziellen Interessenten zu präsentieren; eine zu einem solchen Zweck durchgeführte Ausschreibung ist unzulässig.“

Die allgemein formulierte (salvatorische) Klausel in § 18 Abs. 2 sollte daher ergänzt werden:

Die Auftraggeber dürfen Rahmenvereinbarungen nicht missbräuchlich oder in einer Weise anwenden, die den Wettbewerb behindert, einschränkt oder verfälscht. **Die Rahmenvereinbarung darf nicht zur Markterkundung genutzt werden.**

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. vertritt 1.300 Unternehmen, davon 700 Direktmitglieder mit etwa 120 Milliarden Euro Umsatz und 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Produzenten von Endgeräten und Infrastruktursystemen sowie Anbieter von Software, Dienstleistungen, neuen Medien und Content. Der BITKOM setzt sich insbesondere für bessere ordnungsrechtliche Rahmenbedingungen, eine Modernisierung des Bildungssystems und eine innovationsorientierte Wirtschaftspolitik ein.