

Stellungnahme

AK Öffentliche Aufträge

Entwurf der EU-Kommission für Einheitliche Europäische Eigenerklärung im öffentlichen Auftragswesen ab Erreichen der Schwellenwerte

19.02.2015

Seite 1

BITKOM vertritt mehr als 2.200 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.400 Direktmitglieder. Sie erzielen mit 700.000 Beschäftigten jährlich Inlandsumsätze von 140 Milliarden Euro und stehen für Exporte von weiteren 50 Milliarden Euro. Zu den Mitgliedern zählen 1.000 Mittelständler, mehr als 200 Start-ups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Hardware oder Consumer Electronics her, sind im Bereich der digitalen Medien oder der Netzwirtschaft tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 76 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, 10 Prozent kommen aus Europa, 9 Prozent aus den USA und 5 Prozent aus anderen Regionen. BITKOM setzt sich insbesondere für eine innovative Wirtschaftspolitik, eine Modernisierung des Bildungssystems und eine zukunftsorientierte Netzpolitik ein.

Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation und
neue Medien e.V.

Albrechtstraße 10 A
10117 Berlin-Mitte
Tel.: +49.30.27576-0
Fax: +49.30.27576-400
bitkom@bitkom.org
www.bitkom.org

1 Zusammenfassung

BITKOM begrüßt und unterstützt das Vorhaben, den Wirtschaftsteilnehmern mit einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) das Vorlegen von Nachweisen bei europaweiten Ausschreibungen zu erleichtern und damit auch die öffentlichen Auftraggeber zu entlasten. Der Entwurf erfüllt einige der daran geknüpften Anforderungen. Er ist aber zum aktuellen Zeitpunkt weder fehlerfrei noch praxistauglich und muss dringend überarbeitet werden.

Es stellt zwar eine Vereinfachung dar, wenn die Anforderungen an die Bieter für jede Ausschreibung immer an der gleichen Stelle im Dokument verortet sind. Das täuscht jedoch darüber hinweg, dass die tatsächlichen Arbeitsabläufe gerade im Hinblick auf die elektronische Bearbeitung von Dokumenten mehr erfordert. Das direkte Nebeneinander von ausschreibungsspezifischen Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers und Angaben des Bieters mitten im Dokument erschwert die Handhabung. So wird damit eine Wiederverwendung vormals eingetragener Daten und Textpassagen (etwa per Copy/ Paste) für beide Seiten unnötig erschwert.

Nach Ansicht des BITKOM wäre es zwingend, das Dokument anders aufzubauen. Es könnte etwa wie folgt in zwei Abschnitte aufgeteilt werden:

Im ersten Teil könnte der Auftraggeber genannt und zum Vergabeverfahren (ohne weitere Angaben) auf die Bekanntmachung im Internet verlinkt werden. Hinsichtlich der konkret auf das Vergabeverfahren bezogenen einzelnen Entscheidungen über Nachweise könnte der Auftraggeber eine Liste ausfüllen, die

Ansprechpartner

Felix Zimmermann
Bereichsleiter Öffentliches
Auftragswesen und Verga-
berecht
Tel.: +49.30.27576-526
Fax: +49.30.27576-51-526
f.zimmermann@bitkom.org

Präsident

Prof. Dieter Kempf

Hauptgeschäftsführer

Dr. Bernhard Rohleder

Stellungnahme

Entwurf der EU-Kommission für eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung

Seite 2

unmittelbar aufeinander folgend alle aktuell in der EEE grau hinterlegten Felder enthält.

In einem zweiten Teil könnte der Wirtschaftsteilnehmer dann seine Eintragungen an der entsprechenden Überschrift nach Vorgabe des ersten Teils vornehmen. So wäre es bei digitalen Dokumenten wesentlich leichter möglich, den gesamten zweiten Teil aus früheren Erklärungen zu kopieren und an das konkrete Verfahren anzupassen. Die nach aktueller Gestaltung gemischte Form, d. h. mit dazwischen gesetzten Angaben des Auftraggebers, erschwert dies jedoch erheblich.

Es scheint nicht hinreichend genau geklärt, wie das Verhältnis der EEE zu den Präqualifikationsverzeichnissen zu beurteilen ist. Nach Vorstellung des BITKOM müsste es ein Feld geben, mit dem ein Verweis auf die jeweilige Präqualifikationsdatenbank möglich ist. Weitere Eintragungen könnten sich im besten Fall dann erübrigen.

Die EEE geht davon aus, dass Nachweise bei den Behörden von extern über das Internet abrufbar sind. Dies ist jedoch in aller Regel nicht der Fall, so dass diese Vereinfachung letztlich ins Leere läuft. Es ist insoweit gleichzeitig im Rahmen des E-Governments auf entsprechende Strukturen hinzuwirken.

Die Formulare sind zum Teil sprachlich zu überarbeiten, wie aus den weiteren Ausführungen hervorgeht.

2 Das Formular im Einzelnen

2.1 Teil I – Informationen betreffend den öffentlichen Auftraggeber und das Vergabeverfahren (S. 6)

Der öffentliche Auftraggeber kann durch Ankreuzoption festlegen, ob die Bieter auch für Unterauftragnehmer die in den Teilen II und III der EEE aufgeführten Nachweise einzureichen haben.

Dies steht grundsätzlich im Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in BGH, Urt. v. 10.06.2008 – X ZR 78/07, <http://openjur.de/u/75399.html>. Danach kann es eine unangemessene Benachteiligung des Bieters darstellen, wenn er mit der Angebotsabgabe bereits verbindlich alle Nachunternehmer benennen muss. Anders ist dies nur im Falle der Eignungsleihe.

Die Auftraggeber könnten die Auswahloption insoweit missverstehen, dass die Rechtsprechung des BGH nunmehr nicht mehr gültig sei. Hier ist zumindest eine Klarstellung im Formular wünschenswert.

Stellungnahme

Entwurf der EU-Kommission für eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung

Seite 3

2.2 Teil II - Informationen betreffend den Wirtschaftsteilnehmer (S. 7)

2.2.1 B – Angaben zu den gesetzlichen Vertretern des Wirtschaftsteilnehmers (S. 7)

Standardmäßig verlangt die EEE, dass alle gesetzlichen Vertreter aufgeführt werden. Im vorgelagerten Verordnungstext heißt es, dass alle Mitglieder des geschäftsführenden Entscheidungsgremiums dazu verpflichtet werden können, die EEE zu unterzeichnen. Es sollte klargestellt werden, dass dies nicht der Standardfall sein kann. Praxisnah und vollkommen ausreichend ist es regelmäßig, wenn ein entsprechend dazu ermächtigter Vertreter die Unterzeichnung vornimmt.

2.3 Teil III – Ausschlussgründe (S. 10)

Positiv ist, dass die EEE die Angabe einer Webadresse für Nachweise über das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen ausreichen lässt. Dabei wird jedoch verkannt, dass zumindest deutsche Behörden nur in sehr seltenen Fällen solche Informationen online anbieten. Insoweit steht zu befürchten, dass diese Erleichterung zum aktuellen Zeitpunkt nicht weiterhilft.

Nichtsdestotrotz ist das Konzept zu befürworten. Es sollte allerdings etwa über den IT-Planungsrat auf eine standardisierte Abrufbarkeit entsprechender Informationen bei den Behörden in Bund und Ländern hingewirkt werden.

2.3.1 A - Gründe im Zusammenhang mit einer rechtskräftigen Verurteilung in einem Strafverfahren (S. 11)

Die EEE ist insoweit missverständlich, als dass der Wirtschaftsteilnehmer sich nach der aktuellen Gestaltung des Formulars selbst bestätigt, ausreichende Maßnahmen zur Selbstreinigung ergriffen zu haben. Richtig daran ist, dass Maßnahmen des Wirtschaftsteilnehmers ein starkes Indiz für die erfolgreiche Selbstreinigung sein müssen. In der Praxis wird aber die Entscheidung über eine erfolgreiche Selbstreinigung letztlich vom Auftraggeber zu treffen sein.

Insoweit könnte zur Vermeidung von Missverständnissen in etwa formuliert werden: „Folgende Maßnahmen hat der Wirtschaftsteilnehmer im Sinne von Art. 57 Abs. 6 RL 2014/24/EU zur Selbstreinigung ergriffen: ...“.

Welche Maßnahmen der Auftraggeber als ausreichend akzeptiert, sollte im Sinne der EEE standardisiert werden. So sollten dem Wirtschaftsteilnehmer Ankreuzoptionen zur Wahl gestellt werden, nach denen der öffentliche Auftraggeber eine Selbstreinigung grundsätzlich als erfolgreich durchgeführt ansieht. Darunter könnten Punkte sein, wie etwa „Kündigung der betreffenden Mitarbei-

Stellungnahme

Entwurf der EU-Kommission für eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung

Seite 4

ter“ oder „Durchführung von Mitarbeiterschulungen über ...“. Zusätzlich sind weitere Freitextfelder für sonstige Maßnahmen erforderlich.

2.3.2 B - Gründe im Zusammenhang mit der Entrichtung von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen (S. 11)

Die EEE sieht in Nr. 1 vor, dass über die Eintragung in entsprechenden Verzeichnissen hinaus auch zusätzliche die Nachweise über die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, Steuern und Abgaben verlangt werden können. Dies ist überflüssig, nicht praktikabel und sollte gestrichen werden.

2.3.3 C – Andere, in Artikel 57 Absatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU vorgesehene Ausschlussgründe (S. 12)

Die EEE muss in Nr. 8 und 9 auf Seite 13 dringend sprachlich angepasst werden. In der vorliegenden Fassung läuft es in diesen Punkten bei ordnungsgemäßem Verhalten der Wirtschaftsteilnehmer auf eine Beantwortung mit „Ja“ hinaus. In Nr. 10 ist aber vorgesehen, dass bei einer Beantwortung mit „Ja“ die Maßnahmen zur Selbstreinigung zu beschreiben sind. Insgesamt sollte vermieden werden, mit potenziell missverständlichen Verneinungen in den Formulierungen zu arbeiten.

Aufgrund von Nr. 6 in Zusammenschau mit Nr. 10 ergibt sich zudem eine Umkehrung der Projektanten-Problematik zu Lasten der Wirtschaftsteilnehmer. Die Regelung steht im Zusammenhang mit Art. 57 Abs. 4 lit. f) RL 2014/24/EU. Danach kann ein Wirtschaftsteilnehmer vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn eine aus der vorherigen Einbeziehung der Wirtschaftsteilnehmer in die Vorbereitung des Vergabeverfahrens resultierende Wettbewerbsverzerrung gemäß Art. 41 RL 2014/24/EU nicht durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen beseitigt werden kann.

Der in Bezug genommene Art. 41 RL 2014/24/EU bestimmt wiederum: Hat ein Bewerber oder Bieter oder ein mit ihm in Verbindung stehendes Unternehmen den öffentlichen Auftraggeber beraten oder war auf andere Art und Weise an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt, so ergreift der öffentliche Auftraggeber angemessene Maßnahmen, um sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme des Bewerbers oder Bieters nicht verzerrt wird.

Aus dem Zusammenspiel der beiden Regelungen wird deutlich, dass der Auftraggeber dafür Sorge tragen muss, dass die Einbindung von Projektanten zu keiner Wettbewerbsverzerrung führt, wenn sich diese am späteren Verfahren beteiligen wollen, vgl. Art. 41 RL 2014/24/EU. Zudem ist ein Angebotsausschluss nur dann denkbar, wenn keine andere Maßnahme des Auftraggebers die Wettbewerbsverzerrung auflösen kann – Ultima-Ratio-Prinzip, vgl. Art. 57 Abs. 4 lit f) RL 2014/24/EU.

Stellungnahme

Entwurf der EU-Kommission für eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung

Seite 5

Dieser Regelungsgehalt der Vorschriften wird durch Nr. 10 umgekehrt. Es müsste hiernach der Wirtschaftsteilnehmer bei positiver Beantwortung der Frage zu Nr. 6 nachweisen, welche Maßnahmen er ergriffen hat, um den (möglichen) Wettbewerbsvorteil auszugleichen. Von Art. 41 RL 2014/24/EU und den Verpflichtungen des öffentlichen Auftraggebers ist keine Rede mehr.

Hier besteht dringender Korrekturbedarf. Anderenfalls bestünde bei einem „Ja“ unter Nr. 6 stets die konkrete Gefahr eines Ausschlusses, es sei denn, der Wirtschaftsteilnehmer kann darlegen, welche Maßnahmen er ergriffen hat. Er wird in der Regel nicht wissen, ob der Auftraggeber seiner Verpflichtung nach Art. 41 RL 2014/24/EU nachgekommen ist.

Eine mögliche Lösung könnte sein, unter Nr. 10 nicht mehr auf Nr. 6 zu verweisen oder den Wortlaut von Nr. 6 dahingehend abzuändern, dass auf die vom Auftraggeber vorzunehmenden Maßnahmen Bezug genommen wird.

2.4 Teil IV – Eignungskriterien (S. 14)

2.4.1 A - Eignung (S. 14)

Aller Wahrscheinlichkeit nach handelt es sich um einen redaktionellen Fehler, dass Nr. 2 (Berechtigung oder Mitgliedschaft) nicht grau hinterlegt ist. Das Feld muss vom öffentlichen Auftraggeber ausgefüllt werden.

2.4.2 B - Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit (S. 15)

Das Formular geht davon aus, dass der Auftraggeber zwingend eine der beiden Formen des Mindestumsatzes abfragen muss. Nach Auffassung des BITKOM wäre es grundsätzlich möglich, dass der Auftraggeber etwa zur Öffnung der Beschaffung für Start-Ups und kleine Unternehmen auf solche Vorgaben ganz verzichtet. Im umgekehrten Fall könnte der Auftraggeber auch beide Varianten des Mindestumsatzes gleichzeitig abfragen. Diese Möglichkeiten werden ihm durch die konkrete Formulargestaltung genommen.

2.4.3 C – Technische und berufliche Leistungsfähigkeit (S. 16)

Unter Nr. 2 auf S. 18 bleibt unklar, welche Konsequenz es hätte, wenn der Wirtschaftsteilnehmer keine Kontrollen erlaubt. In der aktuellen Fassung des Formulars ist diese Anforderung als reines Informationskriterium ausgestaltet.

Es sollte darauf geachtet werden, dass einheitliche Terminologien für dieselben Bezugsobjekte verwendet werden. Selbst leichte Ungenauigkeiten oder Abweichungen führen zu Unsicherheiten. So ist unter Nr. 2 im Teil, der vom Auftraggeber auszufüllen ist, zunächst von „folgenden“, dann von „einschlägigen“ Lieferungen oder Dienstleistungen die Rede. Unmittelbar im Teil, der vom Auftrag-

Stellungnahme

Entwurf der EU-Kommission für eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung

Seite 6

nehmer auszufüllen ist, wird von „wichtigsten“ Lieferungen oder Dienstleistungen gesprochen. Fraglich ist, ob mit den unterschiedlichen Formulierungen überhaupt Unterschiedliches gemeint ist.

Die Regelung zur mangelhaften Leistungserbringung ist zu vage. Es bleibt unklar, welcher Zeitraum überhaupt betrachtet wird, was „wesentliche Anforderungen“ sind und was unter „erheblichen Mängeln“ zu verstehen ist. Es sollte hier eine Konkretisierung erfolgen können.

2.5 Teil V – Begrenzung der Zahl geeigneter Bewerber (S. 20)

Die Gestaltung des Formulars suggeriert, dass die Zahl der Bewerber in den genannten Verfahrensarten zwingend zu begrenzen ist. Dies mag zwar in vielen Fällen sinnvoll sein, gleichwohl ist das Vorgehen nicht verpflichtend. Das Formular sollte also im Stil der vorherigen Fragen zunächst eine Antwortoption mit „Ja/Nein“ vorsehen, ob sich der Auftraggeber überhaupt für eine Begrenzung entscheidet.

Der Auftraggeber wird im Formular nicht darauf hingewiesen, dass die „objektiven und nichtdiskriminierenden Kriterien“ auch Bewertungsmaßstäbe einräumen und mitliefern müssen. Aktuell könnte das Formular dazu verleiten, lediglich Ausschlusskriterien nachzufragen, die letztlich keine Rangfolgenbildung zulassen.

2.6 Teil VII - Wiederverwendung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (S. 22)

Das vorgelegte Konzept zur Wiederverwendung der EEE scheint nicht ausgereift. Aller Voraussicht nach wird es in dieser Form keine Vereinfachung bieten, weil es Unsicherheiten hervorruft:

Unklar ist bereits, was mit „erstmalig vorgelegt bei“ gemeint ist. Soll es sich dabei zwingend um die allererste EEE handeln, die das Unternehmen abgegeben hat oder kann man sich auch auf eine zwischenzeitlich bei einem anderen Auftraggeber vorgelegte weitere EEE berufen? Bevor ein Wirtschaftsteilnehmer das Risiko eingeht, dass die vormals ausgefüllte EEE möglicherweise beim früheren öffentlichen Auftraggeber nicht auffindbar ist oder nicht fristgerecht auf Anfrage des aktuellen Auftraggebers geliefert wird, füllt er das Formular erneut aus. Es sind insofern auch die dahinter stehenden Prozesse rechtssicher auszugestalten.

Die Ankreuz-Methode zu den Abweichungen gegenüber der vorherigen EEE ist technisch logisch, aber fehleranfällig. Änderungen können nur auf das ursprüngliche Formular beziehen. Bereits nach kurzer Zeit wird der Fall eintreten, dass neue Referenzen etc. vorhanden sind.