

Stellungnahme

Zweites Gesetz zur Änderung des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes

28. Februar 2019

Seite 1

1 Einleitung

Die Senatsverwaltung für Wirtschaft, Energie und Betriebe hat einen Referentenentwurf für die Änderung des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes (BerlAVG-E) vorgelegt und Bitkom um Stellungnahme zu dem Entwurf gebeten. Für diese Gelegenheit bedanken wir uns.

Zunächst möchten wir unsere Positionen zum BerlAVG-E wie folgt zusammenfassen:

- Der Entwurf ist grundsätzlich geeignet, das Landesvergaberecht in Berlin an die geänderten Rahmenbedingungen auf europäischer Ebene und Bundesebene anzupassen. Gleichzeitig bleibt es bei dem bestehenden Flickenteppich an unterschiedlichen Landesvergabegesetzen der Bundesländer, welcher die Rechtsanwendung in den Unternehmen erschwert.
- Wir regen dringend an, den Entwurf um einen effektiven Rechtsschutz im Unterschwellenbereich zu erweitern. Dazu sind u. a. eine Vorabinformation über zu vergebende öffentliche Aufträge, das Verhindern des Zuschlags vor Entscheidung einer Nachprüfungsinstanz und eine kurze Verfahrensdauer essentiell. Ein effektiver Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich würde auch die mit dem Entwurf beabsichtigte Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) unterstreichen.
- Bitkom würde außerdem eine haushaltsrechtliche Regelung begrüßen, wonach bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen die Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen (EVB-IT) zwingend zu berücksichtigen sind.
- Positiv bewerten wir die angestrebte Mittelstandsförderung durch die vorgesehene Aufteilung von Aufträgen in Teil- und Fachlose als Regelfall und die beabsichtigte stärkere Nutzung der Innovationspartnerschaft. Gleichzeitig möchten wir auf weitere vergaberechtliche Instrumente hinweisen, die es KMU sowie Startups erleichtern würden, an öffentliche Aufträge zu gelangen: dynamische Eignungsanforderungen, Zulassung von Nebenangeboten.
- Wir unterstützen die Förderung der sog. strategischen Ziele im Vergaberecht. Im

Bitkom
Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation
und Neue Medien e.V.

Thomas Kriesel
Bereichsleiter Steuern,
Unternehmensrecht und -finanzierung
Bitkom e.V.
T +49 30 27576-146
t.kriesel@bitkom.org

Albrechtstraße 10
10117 Berlin

Präsident
Achim Berg

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

Stellungnahme Änderung des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes (BerlAVG)

Seite 2|7

Hinblick auf die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen in der IKT-Branche hat Bitkom gemeinsam mit der Kompetenzstelle für Nachhaltige Beschaffung (KNB) des Beschaffungsamts des BMI bereits 2014 eine Mustererklärung zur sozialen Nachhaltigkeit für IT („ILO-Erklärung“) abgestimmt und veröffentlicht, die derzeit weiterentwickelt und neu verhandelt wird. Es muss darauf geachtet werden, dass den Unternehmen keine davon abweichenden oder darüber hinausgehenden Verpflichtungen auferlegt werden.

2 Anmerkungen zum Inhalt des Entwurfs

Auf einzelne Aspekte möchten wir im Folgenden genauer eingehen.

2.1 Allgemeine Anmerkungen

- Wir begrüßen, dass durch die geplanten Änderungen im BerlLVG-E das Landesvergaberecht Berlins an die vergaberechtlichen Vorgaben der EU und an die Regelungen des Bundes angepasst werden soll. Die Gesetzesbegründung führt zu Recht aus, dass das geltende BerlAVG den geänderten Anforderungen nicht mehr gerecht wird.
- Gleichzeitig möchten wir darauf hinweisen, dass Bitkom das Festhalten an eigenständigen Landesvergabegesetzen kritisch bewertet. Wir würden eine bundesweit harmonisierte Regelung des gesamten Vergaberechts befürworten. Die Zersplitterung der Rechtslage durch die verschiedenen Landesvergabegesetze ist aus Sicht der IT-Wirtschaft angesichts weltweiter Märkte nicht nachvollziehbar. Vergaberecht und Vergabeverfahren sollten bundesweit für EU-weite und nationale Ausschreibungen harmonisiert und standardisiert werden. Es gibt keinen nachvollziehbaren Grund für die zum Teil sehr unterschiedlichen Rechtslagen in den einzelnen Bundesländern. Die bestehende Rechtszersplitterung konfrontiert anbietende Unternehmen mit unterschiedlichsten Anforderungen und bedeutet daher einen erheblichen personellen und finanziellen Zusatzaufwand. Darunter leidet die Praktikabilität, und die Rechtsanwendung für Unternehmen wird spürbar erschwert.

Bitkom-Anregung:

Um die bundesweite Rechtszersplitterung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu begrenzen, empfehlen wir dringend die einheitliche Überführung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) in Landesrecht.

Stellungnahme Änderung des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes (BerlAVG)

Seite 3|7

- Bitkom bedauert, dass der vorliegende Änderungsentwurf keinen effektiven Rechtsschutz für den Unterschwellenbereich vorsieht. Effektiver vergaberechtlicher Primärrechtsschutz existiert nur im sog. Oberschwellenbereich. Die große Mehrheit der öffentlichen Aufträge betrifft aber den sog. Unterschwellenbereich. Dort sind Unternehmen auf den wenig effektiven Zivilrechtsweg verwiesen. Unternehmen benötigen aber auch für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte einen effektiven Vergaberechtsschutz. Davon sind insbesondere kleine und mittlere Unternehmen (KMU) betroffen, die sich oftmals an Unterschwellenaufträgen beteiligen.

Bitkom-Anregung:

Wir regen an, den Entwurf um einen effektiven Rechtsschutz im Unterschwellenbereich zu ergänzen. Dies würde auch der beabsichtigten Förderung von KMU dienen. Dazu sind u. a. eine Vorabinformation über zu vergebende öffentliche Aufträge, das Verhindern des Zuschlags vor Entscheidung einer Nachprüfungsinstanz und eine kurze Verfahrensdauer essentiell.

- Im Vergleich zu anderen Bundesländern (vgl. Brandenburg, Ziffer 2.3. der Verwaltungsvorschriften zu § 55 LHO) verfügt Berlin leider über keine haushaltsrechtliche Regelung, die die Berücksichtigung der [Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen \(EVB-IT\)](#) vorsieht. Der öffentliche Sektor investiert jedes Jahr erhebliche Summen in neue Informationstechnik und deren sichere Anwendung. Nahezu alle relevanten Szenarien von überschaubaren bis hin zu komplexen IT-Beschaffungen sind von den EVB-IT abgedeckt. Für die unterschiedlichen Leistungsgegenstände gibt es entsprechende Vertragstypen, z.B. Kauf von Hardware, Überlassung von Software, Lieferung, Installation und Betrieb von IT-Systemen. Die Vertragsmuster fördern mit ihrer Standardisierung sowohl bei den Vergabestellen als auch bei den bietenden Unternehmen einen effektiven öffentlichen Einkauf.

Bitkom-Anregung:

Wir möchten anregen, eine entsprechende haushaltsrechtliche Regelung für die zwingende Anwendung der EVB-IT aufzunehmen.

2.2 Berücksichtigung mittelständischer Interessen (§ 5 BerlAVB-E)

- Aufgrund seiner Mitgliederstruktur ist Bitkom ein starker Vertreter der Belange von kleinen und mittelständischen Unternehmen sowie Startups der Digitalbranche in Deutschland. Es ist uns ein großes Anliegen, die strukturellen Nachteile dieser

Stellungnahme Änderung des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes (BerlAVG)

Seite 4|7

Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge auszugleichen. Dies ist auch im Sinne des Beschaffungswesens, dem angesichts der enormen Nachfragemacht des Staates und der hohen Auftragsvolumina eine starke beschäftigungspolitische Dimension zukommt. Über die rein staatliche Bedarfsdeckung hinaus kann der öffentliche Einkauf starke Impulse für Innovationen, Wachstum und Beschäftigung setzen. Da die Leistungsfähigkeit der Digitalwirtschaft in Deutschland in hohem Maße durch KMU geprägt ist und sich die digitale Innovationsfähigkeit in Deutschland besonders in den Startups ausdrückt, müssen strukturelle Nachteile für die Beauftragung dieser Unternehmensgruppen ausgeglichen werden. Entsprechende zumutbare Maßnahmen sollten daher von politischer und gesetzgeberischer Seite, aber auch von den öffentlichen Auftraggebern in der Vergabepaxis, ergriffen werden.

- Wir begrüßen daher die in § 6 BerlAVG-E vorgesehene Aufteilung von Aufträgen in Teil- und Fachlose als Regelfall. Aufgrund der oben genannten beschäftigungspolitischen Bedeutung des öffentlichen Einkaufs ist den öffentlichen Auftraggebern ein eventueller Mehraufwand bei der Koordinierung von Fach- und Teillosen zuzumuten. Unternehmen aus dem Bereich der KMU und Startups haben ohne Losaufteilung oftmals kaum Chancen auf einen eigenen Zuschlag oder können sich lediglich als Subunternehmer beteiligen. Für große Unternehmen ergibt sich daraus zugleich kein substantieller Nachteil; denn sie können sich gleichzeitig um mehrere Lose bewerben.
- Eine weitere Hürde für KMU sowie Startups stellt oftmals die Eignungsprüfung im Vergabeverfahren dar. Zum einen ist ein erheblicher administrativer Aufwand für die Teilnahme am Vergabeverfahren zu stemmen. Zum anderen verlangen öffentliche Auftraggeber als Nachweis für die Leistungsfähigkeit des Unternehmens in aller Regel Referenzen über mehrere erfolgreich durchgeführte Aufträge. Hinzu kommen nicht zu unterschätzende Anforderungen an die wirtschaftlich-finanzielle Leistungsfähigkeit auf Basis bestimmter Mindest-Jahresumsätze und Mindest-Arbeitnehmerzahlen.

Bitkom-Anregung:

Bitkom regt daher an, in der Begründung des BerlAVG-E besonders darauf hinzuweisen, dass die Anforderungen an die Eignung dynamisch danach bemessen werden sollten, von welchen Unternehmenstypen der Beschaffungsgegenstand potenziell angeboten wird. Bereits im Rahmen der Marktanalyse sollten öffentliche Auftraggeber darauf achten, ob es sich um eine typischerweise auch von KMU oder Startups angebotene Leistung handelt. Bisher sieht die Begründung des BerlAVG-E einen entsprechenden Hinweis nicht in dieser Klarheit vor.

Stellungnahme Änderung des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes (BerlAVG)

Seite 5|7

In Bezug auf die im Gesetzentwurf angesprochene Eignungsprüfung empfehlen wir die Aufnahme eines Verweises auf die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (<https://ec.europa.eu/tools/espd/filter?lang=de>) und die nationale Präqualifikation (<http://www.auftragsberatungsstellen.de/index.php/amtliches-verzeichnis-avpg>). Dies würde den KMU entgegen kommen.

- Durch Nebenangebote im Vergabeverfahren hat der öffentliche Auftraggeber auf eine einfache Art und Weise die Möglichkeit, innovative und mehrwertbietende Leistungen zu beschaffen. Dabei handelt es sich nicht selten um Leistungen, an die der Beschaffer bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung nicht oder nicht so gedacht hat oder um Leistungen, die in besonderer Konfiguration oder Zusammenstellung „auch“ den Beschaffungsbedarf decken. Besonders Startups, aber auch KMU und große Unternehmen, profitieren gleichzeitig davon, wenn Nebenangebote im Vergabeverfahren eingereicht werden können.

Bitkom-Anregung:

Bitkom schlägt vor, Nebenangebote im Interesse innovativer Unternehmen und zugleich im Interesse des innovativen staatlichen Einkaufs zumindest im Rahmen der Gesetzesbegründung zu fördern.

- Wir befürworten die im Begleitschreiben anvisierte verstärkte Nutzung des vergaberechtlichen Instruments der Innovationspartnerschaft. In der Tat gibt es mit diesem Verfahrensinstrument bisher wenige Erfahrungen. Es besteht aber nach Meinung des Bitkom die Aussicht, dass es sich insbesondere für den Einkauf innovativer ITK-Leistungen als tauglich erweist. Insbesondere für den Einkauf von Leistungen aus der digitalen Startup-Branche eignet sich die neue Verfahrensart.

2.3 Strategische Ziele (§ 6, 9 BerlAVG-E)

- Bei der Implementierung sozialer und anderer strategischer Kriterien in das Vergabeverfahren unter Erweiterung auf die Produktionsbedingungen ist richtigerweise der Produktbezug maßgeblich. In diesem Zusammenhang sollten ausschließlich tatsächlich und rechtlich erfüllbare Forderungen und Nachweise von den potenziellen Auftragnehmern gefordert werden. Die Nachweiserbringung für die Auftragnehmer und Kontrolle der Einhaltung der Vorgaben durch die Auftraggeber ist insbesondere bei den komplexen Lieferketten der IT-Branche nicht immer einfach.

Stellungnahme Änderung des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes (BerlAVG)

Seite 6|7

- Bitkom unterstützt die öffentliche Hand beim sozial nachhaltigen Einkauf im Bereich Informationstechnik. Daher hat Bitkom bereits 2014 gemeinsam mit der Kompetenzstelle für Nachhaltige Beschaffung (KNB) des Beschaffungsamts des BMI eine Mustererklärung zur sozialen Nachhaltigkeit beim IKT-Einkauf verhandelt¹, die sich an staatliche Einkäufer in Bund, Ländern und Kommunen richtet. Bitkom und die KNB verhandeln die Mustererklärung über die soziale Nachhaltigkeit bei der IT-Beschaffung („ILO-Erklärung“) derzeit neu. Weiterentwickelt werden u. a. die Liste der zugelassenen Zertifizierungen, die Lieferkettentiefe, die Liste der ILO-Normen und die Überprüfungsmöglichkeit des Öffentlichen Auftraggebers.

Bitkom-Anregung:

Wir legen dem Land Berlin nahe, sich hinsichtlich der Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen im IKT-Bereich an der derzeitigen und demnächst überarbeiteten Mustererklärung von Bitkom und KNB zu orientieren. Die Erklärung schafft einen Ausgleich zwischen einem ambitionierten Standard, der die Entwicklung im Bereich der sozialen Nachhaltigkeit vorantreibt, und gleichzeitig für Unternehmen aber noch praktikabel ist und die Angebotslage nicht gefährdet. Es sollte im BerlAVG klar gestellt werden, das Unternehmen, die die genannte Mustererklärung unterzeichnet haben und die darin genannten Anforderungen erfüllen, damit gleichzeitig den Vorgaben des § 9 BerlAVG-E Genüge tun.

- Bitkom befürwortet die nach wie vor vorgesehene Berücksichtigung von Lebenszykluskosten (§ 6 Absatz 1 Satz 4 BerlAVG-E). Diese eröffnet die Möglichkeit für einen breiten, intensiven und ausdifferenzierten Wettbewerb. Durch die Einbeziehung zukünftig anfallender Aufwände kann die Effektivität der eingesetzten Haushaltsmittel verbessert werden. Die ausdrückliche Regelung von Lebenszykluskosten erachten wir als ein richtiges Signal. Bitkom fordert die öffentlichen Auftraggeber jedoch dringend dazu auf, fachlich belastbare und präzise Berechnungsmethoden zu verwenden. Die Umsetzung von fiktiven Aufwänden und Nutzungsszenarien in mathematische Berechnungs- und Bewertungsformeln birgt leicht die Gefahr, an der Realität vorbeizugehen. Fehlende Genauigkeit bei den Vorgaben und fehlende einheitliche Standards können somit schnell zu ungewollten Wettbewerbsverzerrungen führen. Hinzu kommt, dass es auf Seiten der Auftragnehmer zwangsläufig zu erhöhten Aufwänden bei der Zusammenstellung und Kalkulation der Angebote kommt. Der gesteigerte Abstimmungsbedarf bei den Unternehmen intern und mit Zulieferern sowie

¹ Siehe http://www.nachhaltige-beschaffung.info/SharedDocs/DokumenteNB/141118_Erkl%C3%A4rung_sociale_Nachhaltigkeit_IT.html?nn=3631298.

Stellungnahme Änderung des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes (BerlAVG)

Seite 7|7

Subunternehmern muss sich daher in entsprechend verlängerten Fristen für die Abgabe von Angeboten widerspiegeln.

Bitkom-Anregung:

Nachdem die Pflicht zur Berücksichtigung der Lebenszykluskosten nach dem BerlAVG-E nun nur noch besteht, soweit die Berücksichtigung auch möglich ist, regen wir an, diese Fälle in der Gesetzesbegründung genauer zu konkretisieren, um die Rechtsanwendung zu vereinfachen.

2.4 Ausführungsbedingungen (§ 13, 14 BerlAVG-E) und Rechtsfolgen (§ 15 BerlAVG-E)

- Im Hinblick auf die Ermächtigungsgrundlage des § 13 Absatz 2 BerlAVG-E zum Erlass einer Verwaltungsvorschrift über Ausführungsbedingungen zur Verwendung bestimmter Formblätter möchten wir für den Bereich der IKT-Beschaffung erneut auf die Mustererklärung zur sozialen Nachhaltigkeit im Bereich der Informationstechnik hinweisen, die von Bitkom und der KNB erarbeitet wurde. Diese Erklärung sollte auch im Land Berlin Anerkennung und Anwendung finden. Sie enthält auch Regelungen zur Überprüfung der Einhaltung der vereinbarten Arbeits- und Sozialstandards in den Produktionsstätten (vgl. § 14 BerlAVG-E) und Rechtsfolgen (§ 15 BerlAVG-E).
- Die §§ 14 und 15 BerlAVG-E sehen einseitig Kontrollen und Sanktionen für Unternehmen als Auftragnehmer öffentlicher Aufträge vor. Dies erscheint nicht ausgewogen. Daher sollten ergänzend dazu entsprechende Kontrollen des Auftraggebers durchgeführt werden. Die Aufnahme solcher Kontrollmöglichkeiten und Hinweise auf Pflichtverletzungen des Auftraggebers in das BerlAVG würden wir sehr begrüßen.

Bitkom vertritt mehr als 2.600 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.800 Direktmitglieder. Sie erzielen allein mit IT- und Telekommunikationsleistungen jährlich Umsätze von 190 Milliarden Euro, darunter Exporte in Höhe von 50 Milliarden Euro. Die Bitkom-Mitglieder beschäftigen in Deutschland mehr als 2 Millionen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Zu den Mitgliedern zählen mehr als 1.000 Mittelständler, über 500 Startups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Geräte und Bauteile her, sind im Bereich der digitalen Medien tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 80 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, jeweils 8 Prozent kommen aus Europa und den USA, 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom fördert und treibt die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich für eine breite gesellschaftliche Teilhabe an den digitalen Entwicklungen ein. Ziel ist es, Deutschland zu einem weltweit führenden Digitalstandort zu machen.