

Evaluierung des Brandenburgischen Vergabegesetzes – wesentliche Ergebnisse¹

1. Auswirkungen eines bundeseinheitlichen Mindestlohns

Evaluation: Von der Einführung eines bundeseinheitlichen Mindestlohns wäre lediglich § 3 Abs. 3 BbgVergG tangiert. Diese Norm sieht vor, dass öffentliche Aufträge nur an Bieter vergeben werden dürfen, welche sich gegenüber den öffentlichen Auftraggebern zivilvertraglich verpflichten, ihren bei der Erfüllung von Leistungen des Auftrags eingesetzten Beschäftigten ein Mindestarbeitsentgelt in Höhe von derzeit EUR 8,50 je Arbeitsstunde zu zahlen. Einen eigenständigen Anwendungsbereich hätte das Gesetz allerdings insoweit, als die öffentlichen Auftraggeber die Auftragnehmer zur Einhaltung der ohnehin schon kraft Bundesrecht geltenden Mindestlohnvorgaben zusätzlich noch zivilvertraglich verpflichten müssten. Dadurch können Mindestentgeltverstöße gemäß § 9 BbgVergG auch zivilrechtliche Rechtsfolgen wie Kündigung und Vertragsstrafe nach sich ziehen.

LReg.: Insgesamt wird das MWE die Rechtsentwicklung auf Bundesebene verfolgen und daraus dann zum gegebenen Zeitpunkt die erforderlichen Konsequenzen im Hinblick auf das Vergabegesetz ziehen.

Abst.: *Minimalforderung muss sein, dass das Brandenburgische Mindestentgelt das jeweils bundeseinheitlich festgesetzte nicht überschreitet (s. auch unsere Empfehlung zu den Wahlprüfsteinen). Maximalforderung wäre eine Abschaffung des BbgVergG ab Inkrafttreten des bundeseinheitlichen Mindestlohns (halten wir indes für eher unrealistisch).*

2. Mehraufwand durch Anwendung des Vergabegesetzes

Evaluation: Nach Ansicht der Mehrheit der öffentlichen Auftraggeber ist mit der Anwendung des Vergabegesetzes ein stark erhöhter Verwaltungsaufwand verbunden. Dies trifft in besonderem Ma-

¹ Auswertungsbasis
- Auftraggeber: 62 Fragebögen
- Unternehmer: 88 Fragebögen

ße auf Kommunen und sonstige öffentliche Auftraggeber zu. Der Aufwand zur Überprüfung und Kontrolle der Einhaltung der Vorgaben des Gesetzes wird als sehr hoch empfunden.

3. Beteiligung von KMU

Evaluation: Befürchtungen, kleine und mittlere Unternehmen (KMU) könnten sich weniger an Vergabeverfahren beteiligen bzw. die Anzahl der Angebote könne zurückgehen, haben sich in der Praxis im Wesentlichen nicht bestätigt.

Abst.: *Dieses Ergebnis widerspricht unserer Praxiserfahrung, gerade auch bei Durchführung von Vergabeverfahren für öffentliche Auftraggeber.*

4. Nachhaltigkeitsaspekte. (§ 2 BbgVergG)

Evaluation: Die Regelung des § 2 Satz 2 BbgVergG, mit der klargestellt werden soll, dass Anforderungen an die Leistung im Hinblick auf soziale, umweltbezogene und innovative Aspekte verlangt werden können, wird in der Praxis kaum angewendet. Die meisten Auftraggeber empfinden die Einbeziehung der vorgesehenen Kriterien überwiegend als zu kompliziert und aufwendig. Zum Teil bestehen in der Praxis zudem Unsicherheiten, wie vergabefremde Kriterien vergaberechtlich ordnungsgemäß in das Vergabeverfahren einbezogen werden können.

Empfehlung: Möglicherweise könnten gezielte Schulungen der Mitarbeiter dazu führen, dass die zurückhaltende bis ablehnende Grundeinstellung zu § 2 Satz 2 BbgVergG bei den meisten öffentlichen Auftraggebern aufgehoben wird. Zusätzlich wird die Erstellung allgemeiner Anleitungen zur korrekten Einbeziehung vergaberechtsfremder Kriterien in das Vergabeverfahren empfohlen, welche sodann im Internet auf dem Vergabeportal Brandenburg oder auch mittels Rundschreiben bekannt gemacht werden könnten. Auf diese Weise könnten die Auftraggeber davon überzeugt werden, dass die Berücksichtigung der genannten Kriterien häufig die Suche nach dem wirtschaftlichsten Angebot erleichtern kann.

LReg.: Sofern das Gutachten die Erstellung konkreter Anleitungen zur Einbeziehung vergabefremder Kriterien vorschlägt, ist die Landesregierung insoweit eher zurückhaltend. Derzeit wird das Vergabehandbuch (VHB-VOL) überarbeitet. Auf der ersten Veranstaltung der Arbeitsgruppe des MWE zur Überarbeitung des Vergabehandbuchs wurde die Frage diskutiert, ob Aspekte der nachhaltigen Beschaffung dort dargestellt werden sollen oder nicht.

Abst.: Zur Frage der Schulungen s.u Ziff. 8. In der erwähnten Arbeitsgruppe ist die Abst vertreten. Wichtig bleibt die Forderung, die Berücksichtigung von Umwelt- und Sozialaspekten nicht verpflichtend vorzuschreiben (s. auch unsere Empfehlung zu den Wahlprüfsteinen).

5. Nachunternehmer (§ 5 BbgVergG)

Evaluation: Aus Sicht der Mehrheit der Auftraggeber — insbesondere aus Sicht der Landesverwaltung — gibt es derzeit Defizite bei der Effektivität der Überwachung und Kontrolle der Einhaltung der Vorgaben des Vergabegesetzes durch Nachunternehmer. Die Mehrheit der Unternehmen ist in diesem Punkt anderer Auffassung.

6. Nachweise (§ 6 BbgVergG)

Evaluation: Nachweise werden in der Praxis am meisten in Form von Einzelnachweisen erbracht. Erst an zweiter Stelle steht die Nachweisführung durch Vorlage einer Bescheinigung über die Eintragung in ein zugelassenes Verzeichnis (ULV, PQ-VOL). Viele Auftraggeber verlangen trotz der Vorlage einer Bescheinigung in ein zugelassenes Verzeichnis zusätzlich die Vorlage von Einzelnachweisen. Die Nachweisführung nach § 6 Abs. 2 BbgVergG (Sozialkassenbescheinigungen) spielt in der Praxis keine bzw. nur eine untergeordnete Rolle.

LReg.: Soweit viele Auftraggeber trotz der Vorlage einer Bescheinigung eines nach § 6 Abs. 1 BbgVergG, § 6 BbgVergGDV zugelassenen Verzeichnisses zusätzlich die Vorlage von Einzelnachweisen fordern, bedauert die Landesregierung, dass diese Möglichkeit der Entlastung/Minimierung von Verwaltungsaufwand für Auftraggeber und -nehmer nicht richtig genutzt wird. Nach § 6 Abs. 1 BbgVergG "hat" ein Auftraggeber entsprechende Nachweise "anzuerkennen". Das schließt die Anforderung von Einzelnachweisen aus (vgl. auch § 6 Abs. 4 BbgVergGDV). Um das abzustellen, wird das MWE diese Möglichkeit der Nachweisführung (und generell die Möglichkeiten einer vereinfachten Handhabung) auch auf dem Vergabeportal deutlich kommunizieren.

Abst.: Entsprechende Pressearbeit ist in Vorbereitung.

7. Wertung unangemessen niedriger Angebote (§ 7 BbgVergG)

Evaluation: In der Mehrheit der Vergabeverfahren stellt der Preis das alleinige Zuschlagskriterium dar. Vertiefte Prüfungen unangemessen niedriger Angebote werden von den Auftraggebern nur selten durchgeführt. Seitens der Auftragnehmer besteht der Eindruck, die Vergabe erfolge in vielen Fällen ohne nähere Begründung immer an den Billigsten.

LReg.: Grundsätzlich sind Auftraggeber befugt, eine reine Preiswertung durchzuführen. Vergaberechtlich ist hier keine Abhilfe zu schaffen. Vielmehr muss bei den Auftraggebern ein Bewusstsein dafür geschaffen werden, dass weitere Zuschlagskriterien eine Verbesserung in der Qualität der Beschaffung bewirken. Handlungsbedarf im Hinblick auf das Vergabegesetz sieht die Landesregierung insoweit jedenfalls nicht.

Abst.: Dem ist zuzustimmen.

8. Kontrollen (§ 8 BbgVergG)

Evaluation: Beim Gesetzesvollzug durch Anwendung der in § 8 BbgVergG und §§ 1 ff. BbgVergGDV vorgesehenen Kontrollinstrumente durch die öffentlichen Auftraggeber besteht ein Defizit. Arbeitsentgeltkontrollen werden selten oder nie durchgeführt. Vor-Ort-Kontrollen werden ebenfalls so gut wie nie durchgeführt. Der Aufwand zur Durchführung der Kontrollen wird seitens der Auftraggeber als unverhältnismäßig groß empfunden. Viele Auftraggeber haben zudem den Eindruck, dass mithilfe der in §§ 1ff. BbgVergGDV genannten Instrumente eine Umsetzung der Mindestlohnvorgaben nicht wirksam von den Vergabestellen überprüft werden kann.

LReg.: Das MWE wird prüfen, ob noch weitere Möglichkeiten bei der Vereinfachung der Kontrollen bestehen. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass die Erreichung des mit dem Vergabegesetz befolgten Zweckes nicht gefährdet wird.

Abst.: U.E. ist die weitere Vereinfachung der richtig Weg, um die Auftraggeber überhaupt dazu zu bringen, Kontrollen gesetzeskonform durchzuführen. S.a. sogleich unten zu „Kontrollgruppe“.

Empfehlungen:

- Einrichtung einer Kontrollgruppe

Auf Ebene der Landesverwaltung kann — dem Beispiel Berlins folgend — eine zentrale Kontrollgruppe angesiedelt werden, welche in Stichproben prüft, ob die Auftragnehmer das Vergabegesetz und die vorgeschriebenen Zusicherungen auch einhalten. Zudem wäre es sinnvoll, dass die Kontrollgruppe bei Hinweisen auf Verstöße von den öffentlichen Auftraggebern in Brandenburg zur Unterstützung angefordert werden kann.

LReg.: Sofern tatsächlich eine Kontrollgruppe eingerichtet werden sollte, müsste sich das in eine grundsätzliche Überarbeitung auch der Kontrollmechanismen einfügen. Diese Erwägungen wird das MWE bei einer Überarbeitung des Vergabegesetzes in seine Überlegungen einbeziehen. Sicherge-

stellt werden müsste, dass eine Kontrollgruppe tatsächlich nur "bei Hinweisen auf Verstößen ... zur Unterstützung" angefordert werden kann. Anderenfalls steht zu befürchten, dass öffentliche Auftraggeber sich ihrer Kontrollverpflichtung dadurch entziehen könnten, die Kontrollgruppe stets und bei jeder Prüfung hinzuzuziehen.

Abst.: Eine spezialisierte Kontrollgruppe würde die Kontrollen effektiver gestalten und damit die gesetzestreuen Unternehmer im Wettbewerb stärken. Bereits in den Stellungnahmen zum BbgVergG hatten wir uns für eine Kontrollgruppe ausgesprochen.

- Unterschwellenrechtsschutz

Es könnte die Einführung eines Nachprüfungsverfahrens im Unterschwellenbereich angedacht werden. Dies sehen bereits die Vergabegesetze der Länder Thüringen und Sachsen-Anhalt vor. Berücksichtigt werden müsste hierbei jedoch, dass die Einführung von Nachprüfungsverfahren zu einer stärkeren Bürokratisierung, zu weiteren Kosten sowie in Einzelfällen zu (deutlichen) Verzögerungen der Vergabeverfahren führen würde.

LReg.: Dem Vorschlag, auch unterhalb der EU-Schwellenwerte die Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens zu eröffnen, steht die Landesregierung nicht grundsätzlich ablehnend gegenüber. Allerdings zeigt die Evaluation hierfür kein zwingendes praktisches Bedürfnis.

Abst.: Effektiver Unterschwellenrechtsschutz wurde in Sachsen-Anhalt und Thüringen eingeführt, ohne dass es zu der befürchteten flächendeckenden Verhinderung bzw. Verzögerung von Investitionsvorhaben gekommen ist. Ein solcher Rechtsschutz führt u.E. zu größerer Sorgfalt der Vergabestellen im Umgang mit den vergaberechtlichen Regelungen und damit auch mit den Bieterrechten.

- Schulung der Mitarbeiter von Vergabestellen

LReg.: Sofern das Gutachten gezielte Schulungen der Beschäftigten vorschlägt, steht es allen Verwaltungsträgern offen, das umfangreiche Schulungsangebot zur nachhaltigen Beschaffung wahrzunehmen.

Abst.: Pressearbeit unter Bezugnahme auf die Ausführungen der LReg zum Schulungsangebot ist in Vorbereitung.

9. Vertragsstrafe, Kündigung, Auftragsperre und Listung (§§ 9, 11 und 12 BbgVergG)

Evaluation: Knapp die Hälfte der befragten Auftraggeber vereinbart selten oder nie Vertragsstrafen. Kündigungsmodalitäten werden vereinbart, aber nicht angewendet. Ein Ausschluss nach § 9 Abs. 3 BbgVergG findet so gut wie nie statt. Die sogenannte Sperrliste enthält bislang keine Einträge. Die regelmäßige Dauer der Auftragsperre von 6 Monaten bis zu 3 Jahren gemäß § 11 BbgVergG i.V.m. § 7 Abs. 1 BbgVergGDV wird von der überwiegende Mehrheit der öffentlichen Auftraggeber und der Mehrheit der Auftragnehmer als angemessen empfunden.

Empfehlung: § 9 Abs. 1 Satz 3 BbgVergG regelt, dass die Summe der Vertragsstrafen bis maximal 10 Prozent des Auftragswertes betragen darf. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) sind Vertragsstrafenregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) von Bauverträgen, welche die Obergrenze von 5 Prozent des Auftragsvolumens überschreiten, regelmäßig unzulässig. Es ist fraglich, ob eine vertragliche Regelung, welche nach AGB-Gesichtspunkten als unverhältnismäßig anzusehen wäre, gesetzlich festgeschrieben werden sollte. Die Gutachter empfehlen, die Vertragsstrafe auf maximal 5 Prozent des Auftragswertes zu begrenzen.

LReg.: Der Empfehlung des Gutachtens, die maximale Höhe einer Vertragsstrafe auf 5% der Auftragssumme zu begrenzen, steht die Landesregierung grundsätzlich aufgeschlossen gegenüber. Allerdings wird bei einer entsprechenden Prüfung zu berücksichtigen sein, dass mit der Vertragsstrafe auch eine entsprechende abschreckende Wirkung verbunden sein soll. Sofern diese nicht zu stark beeinträchtigt wird, kann eine Anpassung des § 9 Abs. 1 Satz 4 BbgVergG grundsätzlich vorgenommen werden.

Abst.: *Bundesrecht bricht Landesrecht. U.E. ist eine Anpassung zumindest für den Bereich der Bauvergaben unerlässlich.*

AT

Schönefeld, 6. Mai 2014