

Fragen des Grünbuchs der EU-Kommission zur Modernisierung des öffentlichen Auftragswesens KOM(2011) 15 endgültig

Stellungnahme der Bundesingenieurkammer

Die Bundesingenieurkammer als Dachverband der 16 Ingenieurkammern der Länder mit ca. 43.000 Mitgliedern bedankt sich bei der EU-Kommission für die Möglichkeit, zur Frage der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens Stellung nehmen zu dürfen. Es sei darauf hingewiesen, dass die Struktur der deutschen Ingenieurbüros, insbesondere von Beratenden Ingenieuren stark mittelständisch geprägt ist, das heißt, es sich regelmäßig um kleinere und mittlere Büros handelt. Dies hat zur Folge, dass die Bewerbungen um Planungsleistungen überwiegend regional erfolgen. Der Aufwand für die Teilnahme an einem Vergabeverfahren der öffentlichen Hand auf der Grundlage der derzeit gültigen, europarechtlich geprägten Vorgaben ist für diese Büros mit hohem Aufwand verbunden. Eine Vereinfachung der Vergabeverfahren ist daher erstrebenswert.

Die Bundesingenieurkammer behält sich vor, nicht zu allen Fragen des Grünbuchs Stellung zu nehmen, sondern nur zu den für deutsche Ingenieure relevanten Aspekten.

Zu Frage 2:

Halten Sie die derzeitige Struktur des Anwendungsbereichs mit ihrer Unterscheidung nach Bauarbeiten, Lieferverträgen und Dienstleistungsaufträgen für zweckmäßig? Wenn nicht, welche alternative Struktur würden Sie vorschlagen?

Die Bundesingenieurkammer teilt die Auffassung des Bundesrates (Beschluss v. 18.03.2011, Drucksache 37/11), dass eine grundlegende Änderung der in der Praxis bewährten Struktur des Vergaberechts nicht zielführend ist. Insbesondere sollte eine Unterscheidung nach Bau-, Liefer- und Dienstleistungsauftrag beibehalten werden. Vor dem Hintergrund der mehrfachen Überarbeitung des Vergaberechts in Deutschland in den vergangenen Jahren sollte vorerst mehr Wert auf Kontinuität gelegt werden. Insbesondere Planungsleistungen, deren Lösung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden können, sollten weiterhin getrennt von Bau- und Lieferleistungen vergeben werden. Die Zusammenfassung von Bau- und Dienstleistungen und speziell Planungsleistungen könnte dazu führen, dass seitens der öffentlichen Auftraggeber die qualitätssichernde, mittelständisch orientierte getrennte Vergabe von Planung und Ausführung aufgegeben wird. Änderungen in der Struktur des materiellen Vergaberechts würden zu Verunsicherungen in der Anwendung führen, sowie zu einem höheren Kosten- und Zeitaufwand und damit einer beabsichtigten schlanken Modernisierung des Vergaberechts entgegenstehen. Gemeinsam mit dem Dachverband der Ingenieurkammern Europas, European Council of Engineers Chambers, ECEC, spricht sich die Bundesingenieurkammer für ein eigenes Kapitel für geistig-schöpferische Leistungen (intellectual services) aus.

Zu Frage 3:

Sollte die Definition der „Baufträge“ Ihrer Meinung nach überprüft und vereinfacht werden? Wenn ja, würden Sie sich für die Streichung des Verweises auf eine spezifische Liste im Anhang der Richtlinie aussprechen? Welche Bestandteile sollte die von Ihnen vorgeschlagene Definition umfassen?

Die Bundesingenieurkammer spricht sich für eine klare Unterscheidung zwischen Planungs- und Bauaufträgen aus, da anderenfalls die Gefahr bestünde, dass auch Planungsaufträge auf Grundlage des billigsten Preises und damit im reinen Preiswettbewerb vergeben werden. Eine solche Vergabepaxis würde aber in erheblichem Maße die notwendige Qualität der Planungsleistungen beeinträchtigen.

Zu Frage 6:

Würden Sie eine Anhebung der Schwellenwerte für die Anwendung der EU-Richtlinien befürworten, obwohl dies auf internationaler Ebene die oben beschriebenen Folgen haben könnte?

Die Bundesingenieurkammer befürwortet nachdrücklich die Anhebung der Schwellenwerte, zumal dies kleineren Ingenieur- und Architekturbüros aufgrund des geringeren Nachweisaufwandes zugute kommt. Eine Erhöhung der Schwellenwerte führt dazu, dass der erhebliche Aufwand eines formellen Vergabeverfahrens nur noch für tatsächlich große Bauvorhaben anfällt. Gemeinsam mit dem ECEC sprechen wir uns dafür aus, für alle Sektoren einen gemeinsamen Schwellenwert festzulegen, der sich in der Mitte der gegenwärtig nominierten Schwellenwerte bewegt. Hierbei halten wir die Erhöhung der Schwellenwerte auf bis zu 1 Million Euro, mindestens jedoch auf 500.000 Euro für sinnvoll. Es ist hierbei zu berücksichtigen, dass der weit überwiegende Teil der EU-Ausschreibungen für freiberufliche Leistungen ohne erkennbaren internationalen Bewerberanteil abgewickelt wird und insofern die jeweilige nationale (und damit auch die europäische) Volkswirtschaft durch aufwändige Vergabeverfahren auf Auftraggeber- wie Auftragnehmerseite unnötig belastet wird ohne den gewünschten Erfolg zu bewirken.

Zu Frage 15:

Meinen Sie, dass die Verfahren der derzeitigen Richtlinien den öffentlichen Auftraggebern die Erzielung bestmöglicher Auftragsvergabeergebnisse ermöglichen? Wenn nicht: Wie sollten die Verfahren verbessert werden, um die Verwaltungslasten und die Transaktionskosten zu senken, die Verfahrensdauer zu verkürzen und gleichzeitig zu garantieren, dass die öffentlichen Auftraggeber ein optimales Preis-Leistungs-Verhältnis erzielen?

Die Bundesingenieurkammer lehnt die Einführung weiterer Vergabeverfahren sowie deren Flexibilisierung ab.

Im Bereich der Vergabe von Planungsleistungen in Deutschland ist das Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb das Regelverfahren. Dieses Verfahren wurde gewählt, um den Leistungswettbewerb in den Vordergrund zu stellen. Alle Vergabeverfahren, in denen der Preis als ausschließliches oder zumindest vorrangiges Vergabekriterium herangezogen wird, sind für die Vergabe von Ingenieurleistungen als Planungsleistungen und damit als geistigschöpferische Leistungen nicht angemessen, kontraproduktiv und qualitätsmindernd.

Problematisch für kleinere und mittlere Ingenieurbüros sind die gegenwärtigen Nachweisverfahren. Hier sollte bei der Modernisierung auf eine sachgerechte Eingrenzung des Nachweisaufwandes insbesondere durch einen verstärkten Aufwandsbezug der Kriterien hingewirkt werden. Zudem zeigt die Praxis, dass Auftraggeber Auftragsnachweise fordern, die letztendlich als unangemessen und gerade von kleinen und mittleren Büros oft gar nicht oder nur mit unnötig erhöhtem und kostentreibendem Aufwand beigebracht werden können. Insofern wird die verstärkte Zulassung von Eigenerklärungen befürwortet.

Zu Frage 16:

Können Sie sich andere Verfahrenstypen vorstellen, die in den derzeitigen Richtlinien nicht vorgesehen sind und die Ihrer Auffassung nach die Kosteneffizienz öffentlicher Auftragsvergabeverfahren erhöhen könnten?

Siehe Antwort zu Frage 15.

Zu Frage 17:

Sind Sie der Auffassung, dass die in der Richtlinie vorgesehenen Verfahren und Instrumentarien zur Erfüllung spezifischer Bedürfnisse und zur Erleichterung privater Beteiligungen mittels öffentlich-privater Partnerschaften (z. B. dynamisches Beschaffungssystem, wettbewerblicher Dialog, elektronische Auktionen, Wettbewerbe) in ihrer jetzigen Form beibehalten, geändert oder ggf. abgeschafft werden sollten?

Die Bundesingenieurkammer spricht sich hinsichtlich der Vergabe von Ingenieurleistungen neben dem Verhandlungsverfahren für die verstärkte Durchführung von Planungswettbewerben aus. Im Zusammenhang mit einem Wettbewerb können die konkreten Bedürfnisse des Auftraggebers bei der Aufgabe sorgfältig geklärt, der Auftragsgegenstand konkretisiert und mit der Lösungsfindung planmäßig begonnen werden.

Der angesprochene wettbewerbliche Dialog ist in Bezug auf Planungsleistungen abzulehnen, da er grundsätzlich nicht geeignet ist, um angeforderte Leistungen zu spezifizieren und zu definieren. Es werden Ideen gesammelt, wobei aufgrund der mangelnden Anonymität nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Ideen der Kandidaten vom Auftraggeber für seine Bedürfnisse übernommen werden (so genanntes „cherry-picking“). (Siehe Frage 92)

Zu Frage 19.

Würden Sie mehr Verhandlungen bei den öffentlichen Auftragsvergabeverfahren und/oder einen generellen Rückgriff auf Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung einer Ausschreibung befürworten?

Wie bereits zuvor dargestellt, spricht sich die Bundesingenieurkammer hinsichtlich der Vergabe von Planungsleistungen, insbesondere Ingenieurleistungen als geistig-schöpferischen Leistungen für die Durchführung des Verhandlungsverfahrens als geeignetem Verfahren aus. Daneben ist in den geeigneten Fällen auch die Durchführung von Planungswettbewerben anzustreben.

Zu Frage 20:

Im letzteren Fall: Sollte diese Möglichkeit Ihrer Meinung nach für alle Arten von Aufträgen / öffentlichen Auftraggebern oder nur unter bestimmten Umständen bestehen?

Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Verhandlungsverfahrens auf die Vergabe von Bau- und Lieferleistungen wird von Seiten der Bundesingenieurkammer nicht befürwortet. Das Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb ist im Bereich der Vergabe von Planungsleistungen, wie oben dargestellt, das Regelverfahren, da es den Leistungswettbewerb in den Vordergrund stellt. In diesem Zusammenhang wird ausdrücklich kritisiert, dass immer noch zu häufig der Preis als vorrangiges Vergabekriterium herangezogen wird.

Zu Frage 23:

Würden Sie einen flexibleren Ansatz bei der Organisation und Abfolge der Prüfung anhand von Auswahl- und Zuschlagskriterien im Rahmen des Vergabeverfahrens befürworten? Wenn ja, sollte es Ihrer Auffassung nach möglich sein, die Zuschlagskriterien vor den Auswahlkriterien zu prüfen?

Der unbürokratischste Weg stellt hier die Zulassung von Eigenerklärungen dar.

In diesem Zusammenhang schlagen wir vor, das Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises zu streichen. Das Kriterium des niedrigsten Preises birgt die Gefahr, dass die geforderte Qualität nicht erbracht werden kann. Insofern sollte ausschließlich das Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebotes herangezogen werden, um die gewünschte qualitätsvolle Leistung zu erhalten.

Zu Frage 25:

Sollte die Richtlinie ausdrücklich die Berücksichtigung früherer Erfahrungen mit einem oder mehreren Bietern gestatten? Wenn ja, welche Schutzmaßnahmen wären zur Verhinderung diskriminierender Praktiken erforderlich?

Die Berücksichtigung von Kriterien, die den Auftraggeber selbst betreffen, vor allem die Berücksichtigung früherer Erfahrungen mit einem oder mehreren Bietern, birgt im öffentlichen Beschaffungswesen die Gefahr einer pauschalen Bevorzugung bestimmter Bieter in sich, zumal kleinere und mittlere Büros mit geringen Erfahrungen benachteiligt werden könnten und trotz hoher Qualitätsaussicht praktisch keine Aussicht auf Auftragserteilung hätten

Zu Frage 29:

Schafft das EuGH-Fallrecht, so wie in der Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen erläutert, Ihrer Meinung nach ausreichende Rechtssicherheit für die Vergabe von Aufträgen unter den Richtlinienschwel­lenwerten? Oder sind zusätzliche Leitlinien, z. B. Anhaltspunkte für die Bestimmung eines grenzübergreifenden Interesses, bzw. sonstige EU-Initiativen erforderlich? In welchen Punkten würden Sie dies für relevant oder erforderlich halten?

Die Vergabe dieser Aufträge muss entsprechend der EuGH-Rechtsprechung den Grundprinzipien des EU-Rechts genügen, wie die Nichtdiskriminierung und die Transparenz, wenn sie von grenzübergreifendem Interesse sind. Dies gilt auch für Aufträge mit einem Volumen, das unter den Richtlinienschwel­lenwerten liegt. Eine weitere Aufstellung zusätzlicher Leitlinien jedoch ist nicht erforderlich. Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwel­lenwerte sind in der Regel nicht von grenzüberschreitendem Interesse, stellen aber einen Großteil der öffentlichen Auftragsvergaben dar und sind deshalb von sehr großer Bedeutung für kleinere und mittlere Ingenieurbüros. Folglich sollte in diesem Bereich auf eine weitere Bürokratisierung der Vergabeverfahren zu Lasten der mittelständischen Büros verzichtet werden.

Zu Frage 46:

Sind Vergaberegeln und Vergabepolitik der EU Ihrer Ansicht nach bereits ausreichend KMU-freundlich? Oder sollten Bestimmungen der Richtlinie überarbeitet oder zusätzliche Bestimmungen aufgenommen werden, um die KMU-Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen zu fördern? Führen Sie Ihre Antwort bitte näher aus.

Nach Ansicht der Bundesingenieurkammer sind die Vergaberegeln und die Vergabepolitik der EU nicht KMU-freundlich.

Rückmeldungen von kleinen und mittleren Ingenieurbüros lassen darauf schließen, dass die größten Hindernisse für eine Beteiligung der KMU an öffentlichen Ausschreibungen in der Auswahlphase liegen. Ein Grund hierfür sind die Nachweise, die vorzulegen sind. Die zahlreichen Bescheinigungen, die in der Auswahlphase häufig verlangt werden, verursachen einen Verwaltungsaufwand, den KMU insbesondere bei grenzüberschreitenden Vorgängen nur schwer bewältigen können. Hinzu kommt, dass diese Bescheinigungen auch übersetzt werden müssen, die Auswahlkriterien sind häufig so streng - z. B. Umsatzanforderungen oder Anzahl der geforderten Referenzen -, dass es für die KMU praktisch unmöglich ist, diese zu erfüllen. Hinzu kommt der Nachweis der fachlichen Einigung durch in den letzten drei Jahren erbrachte Leistungen. Diese Anforderung kann von vielen Bewerbern nicht erbracht

werden und insofern hat das Parlament der Bundesingenieurkammer am 08.04.2011 beschlossen, sich dafür einzusetzen, dass diese Frist unbedingt auf mindestens **fünf Jahre** ausgedehnt werden muss.

Auch die Beibringung von unverhältnismäßigen finanziellen Garantien stellt ein Problem dar. In der Praxis wird bei Planungsaufträgen die Tendenz einer Risikoübertragung von Auftraggeber auf den Bieter durch die Forderung von nach zu hohen und unangemessenen Deckungssummen der beizubringenden Berufshaftpflichtversicherung beobachtet. Das Fordern solcher unverhältnismäßigen finanziellen Garantien sollte den Auftraggebern untersagt werden. Insgesamt sollte den Bietern die Möglichkeit eröffnet werden, in der Auswahlphase zunächst nur eine Zusammenfassung der relevanten Informationen und/oder Eigenerklärungen zur Erfüllung der Auswahlkriterien zu übermitteln. So dann würden nur die erfolgreichen Bieter, die die Zuschlagsphase erreicht haben, aufgefordert, die eigentlichen Unterlagen und Bescheinigungen vorzulegen.

Zu Frage 50:

Sind Eigenerklärungen Ihrer Ansicht nach ein geeigneter Weg, um die Verwaltungslasten aufgrund der Nachweise zu den Auswahlkriterien zu verringern oder reichen sie nicht aus, um Bescheinigungen zu ersetzen? In Bezug auf welche Themen sind Eigenerklärungen (insbesondere Angaben zum Unternehmen selbst) geeignet und in Bezug auf welche nicht?

Eigenerklärungen sind hinsichtlich der gestellten Anforderungen ein geeigneter Weg, um die Verwaltungslasten aufgrund der Nachweise zu den Auswahlkriterien zu verringern. Im Hinblick auf die europaweite Teilnahme und zur Vermeidung von Missverständnissen sollten die Anforderungen im Vorfeld präzise definiert werden.

Zu Frage 51:

Stellen Ihrer Ansicht nach übertrieben strenge Anforderungen an den Umsatz als Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit ein Problem für KMU dar? Sollten in den EU-Vorschriften bestimmte Höchstquoten festgelegt werden, um die Verhältnismäßigkeit der Auswahlkriterien sicherzustellen (darf beispielsweise der geforderte Umsatz ein bestimmtes Vielfaches des Vertragswerts nicht überschreiten)? Würden Sie andere Instrumente vorschlagen, um sicherzustellen, dass die Auswahlkriterien im Hinblick auf Vertragswert und Vertragsgegenstand verhältnismäßig sind?

Die Anforderungen an die finanzielle Leistungsfähigkeit stellen oft ein unverhältnismäßig strenges Auswahlkriterium dar. Die Fokussierung auf Kriterien wie Umsatz, Mitarbeiterzahl, Büroausstattung führt zu Marktkonzentration und Bevorzugung großer Büros. Dies führt dazu, dass viele kleine und mittelständisch geprägte Ingenieurbüros unweigerlich von der Teilnahme ausgeschlossen werden. Insofern wird der Vorschlag der Kommission begrüßt, im Hinblick auf die Anforderungen an die finanzielle Leistungsfähigkeit eine Art auftragsbezogenen „Plafond“ festzulegen.

Zu Frage 70:

Das Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots scheint am besten geeignet, um auch andere politische Ziele zu verfolgen. Wäre es im Hinblick auf eine bestmögliche Berücksichtigung dieser politischen Ziele Ihrer Auffassung nach nützlich, die bestehenden Vorschriften (für bestimmte Vertragsarten / bestimmte Sektoren / unter bestimmten Umständen) zu ändern, um

Zu Frage 70.1.1.

das ausschließliche Kriterium des niedrigsten Preises zu eliminieren?

Zu Frage 70.1.2.

die Zugrundelegung des Preiskriteriums bzw. des Gewichts, das öffentliche Auftraggeber dem Preis verleihen können, zu beschränken?

Zu Frage 70.1.3.

zusätzlich zum Kriterium des niedrigsten Preises und des wirtschaftlich günstigsten Angebots eine dritte Kategorie von Zuschlagskriterien einzuführen? Falls ja, welches alternative Kriterium würden Sie vorschlagen, das es sowohl ermöglicht, andere politische Zielsetzungen wirksamer zu verfolgen, als auch gewährleistet, dass gleiche Wettbewerbsbedingungen und ein fairer Wettbewerb zwischen den europäischen Unternehmen gegeben sind?

Die Bundesingenieurkammer befürwortet ausdrücklich, dass die bestehenden Vorschriften dahingehend geändert werden, dass sich die Auswahl der Angebote nach der Qualität richtet und nicht ausschließlich am Preis orientiert. **Insofern sollte das Kriterium des niedrigsten Preises eliminiert werden.** Das Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebotes sollte so gewichtet werden, dass den ökologischen nachhaltigen Kriterien der erforderliche Stellenwert zukommt. Auch der Europäische Dachverband der Ingenieurkammern Europas ECEC fordert die EU auf, dass öffentliche Auftraggeber das Kriterium der Nachhaltigkeit unter Berücksichtigung der Lebenszykluskosten stärker berücksichtigen.

Zu Frage 73:

Sollte Ihrer Meinung nach – insbesondere bei größeren Projekten – verbindlich vorgeschrieben werden, bei der Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots die Lebenszykluskosten zu berücksichtigen? Falls ja, halten Sie es für erforderlich/angebracht, dass die Kommissionsdienststellen eine Methodik für die Lebenszykluskosten entwickelt?

Eine stärkere Betonung der Notwendigkeit der Berücksichtigung der Lebenszykluskosten bei der Vergabeentscheidung ist zu begrüßen. Allerdings ist davon auszugehen, dass die Bewertung eines solchen Kriteriums bereits bei der Vergabe von Auf-

trägen, in deren Rahmen erst die Planungsleistungen mit Berücksichtigung der Lebenszykluskosten erbracht werden sollen, nicht möglich ist. Auch die Möglichkeit, insoweit eine allgemeine zentrale Methodik zu entwickeln, erscheint zweifelhaft.

Zu Frage 92:

Schafft der wettbewerbliche Dialog Ihrer Auffassung nach einen ausreichenden Schutz für Rechte des geistigen Eigentums und innovative Lösungen, um zu gewährleisten, dass die Bieter nicht der Möglichkeit beraubt werden, aus ihren innovativen Ideen einen Gewinn zu ziehen?

Im Hinblick auf den wettbewerblichen Dialog weisen wir auf das Problem des so genannten „Rosinenpicken“ von Rechten des geistigen Eigentums oder innovativen Lösungen hin. Legt ein Teilnehmer die spezifischen Merkmale seiner Lösung offen, können Sie auch für die anderen Bewerber ersichtlich werden. Auch wenn die derzeitigen Vorschriften eine vertrauliche Behandlung der Informationen vorsehen, befindet sich der öffentliche Auftraggeber im Zwiespalt, diese vertraulichen Informationen schützen und noch einen Teil davon offenlegen zu müssen, um Lösungen zu finden, die für die Erfüllung seiner Bedürfnisse am zweckmäßigsten sind. Darüber hinaus ist es problematisch, dass die beste Lösung zwingendermaßen vom öffentlichen Auftraggeber allen Bewerbern unterbreitet wird, die dann aufgefordert werden, ihre Angebote auf der Grundlage dieser Lösung vorzulegen. Dementsprechend ist die Frage nach einem ausreichenden Schutz des geistigen Eigentums negativ zu beantworten.

Zu Frage 95:

Sind andere spezifische Maßnahmen erforderlich, um die Innovationskapazität von KMU auszubauen? Falls ja, welche Maßnahmen würden Sie vorschlagen?

Die Innovationskapazität von Ingenieurbüros wird am besten dadurch gefördert, dass den allgemeinen strukturellen Hindernissen, mit denen sich diese Bieter im öffentlichen Auftragswesen konfrontiert sehen, wirksam abgebaut werden. Dazu zählen vor allem Vorkehrungen zur Verhinderung von Forderungen nach übermäßigen Nachweisen und finanziellen Garantien.

Berlin, 18. April 2011

Noebel