Ausschussvorlage WVA 20/29 – Teil 2 – öffentlich –

Stellungnahmen der Anzuhörenden zu

Gesetzentwurf
Fraktion der CDU, Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Gesetz zur Novellierung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes und zur Änderung der Hessischen Landeshaushaltsordnung
– Drucks. 20/5277 –

11.	Architekten- und Stadtplanerkammer Hessen	S. 52
12.	Landesverband Hessischer Omnibusunternehmer LHO e. V.	S. 60
13.	BUND Hessen e. V.	S. 63
14.	Hessischer Städtetag	S. 64
15.	Transparecy International Deutschland e. V.	S. 78
16.	Entwicklungspolitisches Netzwerk Hessen e. V.	S. 83
17.	Gaßner, Groth, Siederer & Coll. – RA Jens Kröcher	S. 87
18.	ekom21 – KGRZ Hessen	S. 97
19.	Hessischer Industrie- und Handelskammertag (HIHK) e. V.	S. 103

architekten- und
stadtplanerkammer
hessen

AKH

AKH Bierstadter Straße 2 65189 Wiesbaden

Hessischer Landtag
An die Vorsitzende des Ausschusses für Wirtschaft,
Energie, Verkehr und Wohnen
Schlossplatz 1-3
65183 Wiesbaden

Per E-Mail: h.schnier@ltg.hessen.de

25. Mai 2021 – Dr. K | Kl

Stellungnahme zum Gesetzentwurf Fraktion der CDU,
Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Gesetz zur Novellierung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes und zur Änderung der Hessischen Landeshaushaltsordnung – Drucks. 20/5277-

Hauptgeschäftsführer
Dr. Martin Kraushaar
T. 0611 17 38 27
kraushaar@akh.de

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,
sehr geehrte Damen und Herren,

die AKH dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Gesetz zur Novellierung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes und zur Änderung der Hessischen Landeshaushaltsordnung Drucksache 20/5277.

I. Gesamtbewertung

In der Gesamtbewertung überwiegen die positiven Aspekte. Das gesetzgeberische Ziel, das hessische Unterschwellenrecht schlank zu gestalten und dem Oberschwellenrecht anzunähern, schlägt sich durchgängig im Entwurf nieder.

Das mit der Wiesbadener Erklärung verfolgte Ziel einer Beschleunigung von Vergabeverfahren zu freiberuflichen Leistungen im Bereich der Planung durch Architektinnen und Architekten und Ingenieurinnen und Ingenieure[1] ist mit § 12 Abs. 5 HVTG-E in wesentlichen Bereichen umgesetzt.

[1] Die hier erstmalige Aufzählung beider Geschlechter steht bezogen auf den weiteren Text dafür, dass sämtliche späteren Verwendungen des generischen Maskulinums stets als umfassend alle Geschlechter betreffend zu verstehen sind. Es wird, soweit dies der sprachlichen Klarheit nicht abträglich ist, auf geschlechtsneutrale Formulierungen geachtet.

Architekten- und Stadtplanerkammer Hessen, Körperschaft des öffentlichen Rechts
Bierstadter Straße 2 65189 Wiesbaden T. 0611 17 38 0 F. 0611 17 38 48 info@akh.de www.akh.de
IBAN: DE42 5005 0000 0003 5120 01 BIC: HELADEFFXXX

1.) Leistungswettbewerb

Die AKH tritt dafür ein, dass der Verweis auf § 50 UVGO noch eine Klarstellung für freiberufliche Leistungen für Architekten und Ingenieurleistungen enthalten sollte. Wenn durch § 50 UVGO gefordert wird, dass so viel Wettbewerb zu schaffen ist, wie dies der Natur des Geschäfts oder den besonderen Umständen nach möglich ist, dann geschieht dies im Bundesrecht vor dem Hintergrund der gerade im Bundesrecht gewollten Vereinheitlichung der Strukturen von Ober- und Unterschwellenrecht. Mithin ist positiv zu unterstellen, dass beim Erlass der Verfahrensordnung UVGO die materielle Regelung von § 76 Abs. 1 Satz 1 VgV als Grundprinzip mitgedacht ist:

> **Danach ist der nach § 50 UVGO zu schaffendem Wettbewerb in Bezug auf Architekten und Ingenieurleistungen zwingend auch im Gesetzestext als Leistungswettbewerb zu definieren.**

2.) Aufklärungsgebot unangemessen niedriger Angebote

Vermisst hat die AKH das vormals klar geregelte Aufklärungsgebot nach § 17 HVTG-Alt. Denn damit hatte der Gesetzgeber sehr deutlich erklärt, welchen Begriff des Wirtschaftlichkeitsprinzips er zugrunde gelegt wissen will. Danach hatte der Gesetzgeber in § 17 Abs. 1 HVTG-Alt bislang eindeutig klargestellt, dass der niedrigste Preis nicht allein entscheidend ist. Weiterhin hat der die Vergabestelle verpflichtet, bei unangemessen niedrig erscheinenden Preisen Aufklärung durch Erläuterung zur Kalkulation nach § 17 Abs. 2 HVTG zu verlangen. Der Gesetzgeber will bislang ganz offenkundig, dass sich die Vergabestellen kritisch prüfen, ob sie sich ein Billigstangebot überhaupt auf lange Sicht leisten können. Dieser Auftrag zur kritischen Prüfung unangemessen niedrig erscheinender Angebote ist aus unserer Sicht unverzichtbar.

Nach dem neuen Entwurf reduzieren sich indessen diese einst klaren Vorgaben zur Zuschlagserteilung auf die Erwähnung des Wirtschaftlichkeitsprinzips als solchem in der Grundsatznorm des § 2 HVTG-Neu. Die Gesetzeserläuterungen verweisen in einem Satz lediglich auf § 97 GWB und können deshalb wenig zusätzlichen Aufschluss zum historischen Willen des Gesetzgebers geben.

Außerdem stellt es § 16 HVTG-Neu lediglich ins Ermessen der Vergabestelle, sich die Urkalkulation einreichen zu lassen.

Die AKH kritisiert die damit einhergehende Regelungszurückhaltung:

> **Die Wiedereinfügung einer Norm nach dem Vorbild des § 17 HVTG-Alt sollte erfolgen. Es bedarf einer Regelung dazu, wann Zuschläge wegen unangemessen niedrig erscheinender Angebote, die aufzuklären sind, nicht erfolgen soll.**

II. Vorschläge zu einzelnen Vorschriften:

1.) Zu § 1: Anwendungsbereich

Körperschaften des Öffentlichen Rechts sind nach § 1 Abs. 4 HVTG-Neu ausdrücklich vom Anwendungsbereich erfasst sind. Allerdings geschieht dies mit einem Verweis auf § 105 Abs. 1 der Landeshaushaltsordnung. Danach ist zweifelhaft ob nur solche Körperschaften in den Anwendungsbereich gehören, die landesunmittelbar sind und damit der Fach- und Rechtsaufsicht des Landes unterstehen. Die AKH als Selbstverwaltungskörperschaft gehört zur mittelbaren Staatsverwaltung und unterliegt lediglich der Rechtsaufsicht. Daher ist die AKH – obwohl Körperschaft des öffentlichen Rechts – nicht erfasst. Es wäre auch kaum mit dem Wesen funktionaler berufsständischer Selbstverwaltungskörperschaften vereinbar, mehr als dem Haushaltsrecht unterworfen zu sein. Dass die Finanzierung aus öffentlichen Pflichtbeiträgen zu seiner Beachtung zwingt, ist sicherlich zutreffend. Damit unterliegt das Beschaffungswesen einer berufsständischen Kammer dem haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgebot. Die fachliche Weisungsfreiheit der funktionalen Selbstverwaltungskörperschaft verbietet es aber, eine berufsständische Körperschaft zum Beispiel an die sozial-ökologischen Beschaffungskriterien zu binden, oder zum Weisungs- und Beratungsempfänger staatlicher Vergabekompetenzstellen zu machen; gehört es doch zum Aufgabengebiet der Kammer selbst, mit öffentlichen Vergabestellen im steten Dialog und Austausch hinsichtlich der Beratung zu Architektenwettbewerben zu stehen und diese zu registrieren. Beide Rollen sind schwerlich miteinander vereinbar und zwingen daher zur Auslegung, dass die berufsständischen Körperschaften nicht in den Anwendungsbereich des HVTG-Neu fallen.

2.) Zu § 3: Soziale, ökologische und innovative Anforderungen, Nachhaltigkeit

Wichtig erscheint, dass die Differenzierung der Verbindlichkeit erhalten geblieben ist, mit der die Grundsätze der sozialen, ökologischen, und nachhaltigen Vergabe nach § 3 Abs. 1 HVTG-Neu zu berücksichtigen sind: Für das Land gilt, dass es grundsätzlichen zur Anwendung verpflichtet ist. Für Kommunen hingegen wird eingeschränkt: Sie können diese Grundsätze berücksichtigen, müssen es aber nicht tun. Dies dürfte weiterhin praxisgerecht sein und findet die Zustimmung der AKH.

3.) Zu § 4 ff.: Tariftreuekomplex

Der bekannte Tariftreuevorbehalt nach §§ 4 ff. HVTG-Neu wird nunmehr in § 7 Abs. 4 HVTG-Neu um die Einrichtung einer Beratungs- und Koordinationsstelle ergänzt. Diese soll Unternehmen bei Fragen bezüglich der zu gewährenden Arbeitsbedingungen unterstützen. Zugleich soll sie nach § 7 Abs. 5 HVTG, sofern ein Verstoß gegen Tariftreue- oder Mindestlohnpflichten in Betracht kommt, den Kontakt

zu den zuständigen Zollbehörden koordinieren. Es bleibt ein wenig im Dunkeln, wer eine derartige Koordinationsfunktion auslöst und wie weit die Koordinationsbefugnisse dann reichen sollen.

4.) Zu § 12: Vergabeverfahren

Nunmehr ist die Öffentliche Ausschreibung und die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb gleichgestellt. Im Regelungsbestreben, möglichst große strukturelle Ähnlichkeit zwischen VGV, UVGO und HVTG zu schaffen, ist es konsequent, in § 12 Abs. 1 HVTG-Neu den bisherigen Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung zu beseitigen.
Es ist für den Erfolg der Vergabeverfahren als förderlich einzustufen, wenn der hessische Gesetzgeber, einen Teilnahmewettbewerb anstelle des bisherigen Sonderverfahrens der Interessensbekundung durchzuführen verlangt. Denn soweit dieser Teilnahmewettbewerb „lediglich“ grundsätzlich durchzuführen ist, bleibt es der Vergabestelle unbenommen, darauf zu verzichten. Sie kann dies freilich nur, sofern objektive Gründe für einen Verzicht sprechen. Dies dürfte der Vergabepraxis bei gebotener restriktiver Auslegung der eröffneten Abweichungsmöglichkeit des Verzichts und unter Beachtung von § 12 Abs. 2 HVTG-Neu die erforderlichen Handlungsspielräume eröffnen: Denn in der Vergangenheit musste es teilweise zu Interessensbekundungen von Bietern aus dem formalen Grund kommen, seitens der Vergabestelle fünf Interessensbekundungen trotz relativ bescheidener Auftragsvolumina vorweisen zu können, die allerdings kaum immer von echten materiellen Bieterinteresse an der Ausschreibung getragen waren. Wenn nunmehr derartige Zwänge, den Anschein von Transparenz zu schaffen, zugunsten der Fälle beseitigt sind, in denen die Ausschreibung tatsächlich auf hohes Teilnahmeinteresse stößt, ist das gerade im Sinne gewünschter Transparenz eine Verbesserung.

Die Grenzen für Beschränkte Ausschreibung werden in § 12 Abs. 2 Ziff. 1 HVTG-Neu anders als bislang geregelt.

Bei Liefer- oder Dienstleistungen ähnelt sich die Regelungstechnik des § 12 Abs. 2 Ziff. 2 HVTG-Neu durch Verweis auf die Zulässigkeit nach der Unterschwellenvergabeordnung und einen Schwellenwert von 100.000 €/netto.

Freihändige Vergabe bei Liefer- oder Dienstleistungen ist bei Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs gem. § 12 Abs. 3 Ziff. 2 HVTG-Neu bis zu 100.000 €, ohne Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs bis zu 50.000 €/netto möglich.

Diese Abstufung bei den Vergabeformen zu freiberuflichen Leistungen in § 12 Abs. 3 Ziff. 2 HVTG-Neu erscheint sachgerecht.

Allerdings wäre sie zu verknüpfen mit den nachstehenden Anregungen. Es sollte zumindest in der Begründung des Gesetzes klargestellt werden, dass der nach § 12 Abs. 3 Ziff. 2 b) HVTG-Neu erforderliche Teilnahmewettbewerb für

Architektenleistungen in der Regel in der Form eines Planungswettbewerbs auszugestalten ist, es sei denn es sprechen objektive Gründe für eine andere Form des Teilnahmewettbewerbs.

5.) Zu § 12 Abs. 5: Freiberufliche Leistungen

Die zentrale Norm aus Sicht der planenden Berufsstände ist § 12 Abs. 5 HVTG-Neu. Mit dem Verweis auf § 50 UVGO ist die Forderung der Wiesbadener Erklärung dem Grunde nach verwirklicht. Architektenleistungen werden künftig nach dem Grundgedanken, soviel Wettbewerb wie möglich und nötig vergeben. Üblicher Weise wird man von der Einholung von zumindest drei Angeboten ausgehen, ohne jedoch den hohen Grad an Förmlichkeiten nachweisen zu müssen, die typischer Weise bislang im Interessensbekundungsverfahren zu beachten waren und Verfahrensaufwände aufseiten der Bieter erzeugt hatten, die diese zusehends häufiger von der Abgabe eines Angebots abgehalten hatten. Gleichwohl soll grundsätzlich ein Teilnahmewettbewerb vorgeschaltet sein und damit für die Transparenz im Sinne von § 2 HVTG-Neu dort sorgen, wo dies angebracht ist.

Die AKH fordert trotz der Zustimmung zu § 12 Abs. 5 HVTG allerdings dringend als klarstellende Formulierung folgende Verbesserung:

> „Für Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden, gilt § 50 der Unterschwellenvergabeordnung. **Handelt es sich dabei um Architekten- und Ingenieurleistungen im Sinne von § 650 p BGB, so erfolgt die Vergabe im Leistungswettbewerb. Es gelten die §§ 76 und 77 VgV.“**

Dieses Zusatzes bedarf es im Hinblick auf den mit dem Gesetz angestrebten Gleichlauf von Oberschwellen- und Unterschwellenrecht. Einen Grund, von der im Oberschwellenrecht seit 2016 erprobten Vergabepraxis zu Architekten- und Ingenieurleistungen im Unterschwellenbereich abzuweichen, ist nicht ersichtlich. Es findet durch diesen geforderten Verweis auf §§ 76, 77 VgV ein erforderlicher Hinweis an die Vergabestellen statt, bewusst zwischen einem Verhandlungsverfahren ohne vorgeschalteten Planungswettbewerb und/oder einem Planungswettbewerb mit anschließenden Verhandlungsverfahren zu wählen. (Der wettbewerbliche Dialog erweist sich als zu schwerfällig und wird für typische Aufgaben im Unterschwellenbereich kaum je ein geeignetes Verfahren sein.) Die AKH fordert diese bewusste und begründete Entscheidung für bzw. als Aktenvermerk in der Vergabedokumentation insbesondere, wenn sie gegen einen Planungswettbewerb ausfällt, schon seit geraumer Zeit gegenüber zahlreichen öffentlichen Vergabestellen. Sie tritt bei dieser Anhörung zum Gesetzesentwurf erneut dezidiert dafür ein.

Wer mit öffentlichen Geldern in öffentliche Gebäude investiert, sollte stets als erstes Vergabeziel die bestmögliche Lösung der Bauaufgabe für den gesamten Lebens-

bzw. Nutzungszyklus eines Gebäudes verfolgen. Der Planungswettbewerb bietet Auftraggebern die große Chance, unterstützt durch eine kompetente Fachjury, unter mehreren qualifizierten Entwürfen das beste Konzept zu finden und so zu ästhetischen, funktionalen und zugleich wirtschaftlich tragfähigen Lösungen zu kommen. Im Vergleich zu herkömmlichen Vergabeverfahren werden daher die Bieter nicht anhand historischer Leistungen (durch Darstellung von Referenzprojekten) bewertet, sondern anhand ihrer Lösung der konkreten Bauaufgabe. Die bestmögliche Lösung sollte daher als qualitatives Leitkriterium die Auswahl- und Zuschlagsentscheidung prägen. Eine hohe gestalterische und funktionale Qualität zahlt sich langfristig aus. Sie prägen das Image von Orten, fördern die Identifikation der Bürgerinnen und Bürger mit ihrer Stadt und werden zum Standortfaktor. Es ist sinnfällig, die Auswahl des Bieters als natürliche Folge der vorgeschlagenen überzeugenden Entwurfslösung anzusehen.

Es kann mit Sicherheit festgestellt werden, dass weder das preisgünstigste noch das im Preis am höchsten liegende Honorarangebot stets die beste Lösung der Bauaufgabe bietet, worin das eigentliche Vergabeziel aber liegt.

Immer dort, wo die gute, qualitätvolle und/oder wegen der Besonderheit des Ortes einzig- und neuartige Lösung einer gestellten Bauaufgabe im Vordergrund steht und den Schwerpunkt der ausgeschriebenen Leistungserbringung darstellen soll, sind Planungswettbewerbe einzusetzen. Denn nur diese Verfahrensweise stellt sicher, dass inhaltlich im Zeitpunkt der Vergabe durch den Auslober oder Bauherren abgeschätzt werden kann, in welcher Art die Lösung der gestellten Bauaufgabe erfolgt

Diese Notwendigkeit stellt sich keineswegs bei jeder Bauaufgabe. Verhandlungsverfahren ohne Planungswettbewerbe können in solchen Fällen rascher zum Ziel führen, in denen komplexe technische Aspekte wie etwa häufig in Zusammenhängen mit (Schadens-)Sanierungen den Schwerpunkt der Leistungserbringung darstellen. Sie unterscheiden sich von den vorgenannten Aufgabenstellungen dadurch, dass die funktional beschreibbaren Anforderungen sich im Vorhinein deutlich klarer etwa durch das Schadensbild oder die funktionalen Anforderungen abgrenzen lassen, wiewohl sie dennoch dadurch aufgrund der erforderlichen Planungskomplexität nicht abschließend beschreibbar sind.

Wenn aber die Eigenart der zu lösenden Bauaufgabe so ist, dass man den durchgearbeiteten Vorentwurf der Lösung der Bauaufgabe als wesentliche Entscheidungshilfe für die Vergabeentscheidung kennen und mit anderen Lösungsansätzen vergleichen können muss, dann bleibt im Sinne der Anforderung an ein faires Verfahren gem. § 2 HVTG nur der Weg zum Planungswettbewerb mit anschließendem Verhandlungsverfahren. Daher fordert die AKH:

> **Der Gesetzgeber sollte den Anhaltspunkt dafür im HVTG setzten, dass die Vergabestellen eine bewusste Abwägung zum richtigen Vorgehen treffen und diese auch in den Vergabeakten begründen müssen.**

In diesem Zusammenhang wäre es dringend geboten und wird hiermit zugleich gefordert, die Gelegenheit des Gesetzgebungsverfahrens zu nutzen, um, wie anderen Bundesländern auch, den Erlass zur Anwendung der Richtlinien für Planungswettbewerb RPW 2013 in Hessen auch für die Kommunen verbindlich zu machen. Das Regelwerk hat sich bundesweit bewährt bietet Auftraggebern und Auftragnehmern gleichermaßen ein transparentes und klar strukturiertes Verfahren.

6.) Zu § 14: Mittelstandsförderung

§ 14 HVTG-Neu gilt ausdrücklich und deutlich prominenter als bislang der Mittelstandförderung. Er macht die losweise Ausschreibung zur Pflicht und er schafft die Verpflichtung, bei der Dokumentation der Vergabeverfahren die Berücksichtigung mittelständischer Interessen aktenkundig zu machen. Das ist positiv.

Die Präqualifikationsmöglichkeiten nach § 15 HVTG-Neu bleiben erhalten.

7.) Zu § 16: Urkalkulation und ggf. 2-Umschlagsverfahren

§ 16 HVTG-Neu behält die Möglichkeit der Urkalkulation bei. Das war insbesondere im Bereich von städtebaulichen Aufgaben bislang schon von der AKH nicht in Frage gezogen werden. Seit dem Wegfall der preisrechtlichen Kontrollwirkung der HOAI stellt sich der Berufsstand konsequent hinter das sogenannte 2-Umschlagsverfahren: Denn es stellt eine Einschränkung des Preiswettbewerbs dar, die über das Hinterlegen von Urkalkulationen für die spätere Vertragsanpassung hinausgeht. Es wäre von Interesse, ob sich nicht in Verbindung mit § 12 Abs. 5 HVTG die Chance böte, der Praxis mancher Kommunen entgegenzutreten, Pauschalabschläge am Ende eines Angebots zu verlangen, die der Logik einer Angebotsabgabe nach HOAI in Leistungsphasen nicht entsprechen. Daher werden als Ergänzung des HVTG-Entwurfs folgende Sätze gefordert:

> „Öffentliche Auftraggeber können von Bietern verlangen, die Urkalkulation in einem gesonderten Umschlag vor Auftragsvergabe (Zuschlag) einzureichen. **Sie sollen die Urkalkulation bei Leistungen nach § 12 Abs. 5 HVTG-Neu verlangen**. Der Umschlag mit der Urkalkulation kann bei Angebotswertung, bei einem Nachtrag oder bei sonstigen zusätzlichen Vergütungsforderungen im Rahmen eines abgeschlossenen Vertrages zur Prüfung der Grundlage der Preise geöffnet werden. **Er ist bei Leistungen nach § 12 Abs. 5 HVTG dann zu öffnen, wenn das Honorarangebot ungewöhnlich erscheint.**
> **Im Falle von Leistungen nach § 12 Abs. 5 sollen zudem die Angebote grundsätzlich unterteilt nach Kriterien des Leistungswettbewerbs und nach dem Honorarangebot in zwei Umschlägen abgefordert werden.**

8.) Zu § 18 Vergabekompetenzstellen

Weiterhin werden nach § 18 Vergabekompetenzstellen eingerichtet. Sie beraten öffentliche Auftraggeber und sind zugleich auch diejenigen Stellen, die Beanstandungen durch Aufklärung und Abhilfeempfehlungen nachgehen. Bei Architektenleistungen soll die Anrufung der Vergabekompetenzstelle durch Bieter oder Bewerber ab einem geschätzten Auftragswert von 50.000 € möglich sein.

Die entscheidende Sanktion ist hierbei, dass die Erteilung des Zuschlags hinausgezögert wird. Ein sehr ausgebauter, sogenannter „Unterschwellenrechtsschutz“ ist hier im Interesse der Funktionsfähigkeit der Verwaltung und des Vergabewesens nicht gewollt.

> **Allerdings ist anzuregen, dass diese Vergabekompetenzstellen verpflichtet sind, zumindest alle zwei Jahre über die erfolgten Beanstandungen und deren Ausgang dem zuständigen Ministerium, dem zuständigen Landtagsausschuss und den einschlägigen IHK; Handwerks- und Architekten und Ingenieurkammern öffentlich Bericht erstattet. Andernfalls würde die Tätigkeit der Vergabekompetenzstellen womöglich zu sehr am Rande der öffentlichen Wahrnehmung stattfinden.**

Der Anreiz für die Kommunen und betroffenen Vergabestellen, den Beanstandungen durch die Vergabekompetenzstellen auch wirklich abzuhelfen, wäre höher, wenn man Gefahr liefe, andernfalls in dem Jahresbericht der Vergabekompetenzstellen aufzutauchen.

> **Weiterhin sollte eine Verordnungsermächtigung klären, wer als Beisitzer in die Vergabekompetenzstellen berufen werden kann.**

Denn des dürfte wünschenswert sein, an dieser Stelle wie ansonsten auch häufig, in der Gerichtsbarkeit sogar regelmäßig, anzutreffen, die Bürgerfunktion aus den betroffenen Kreisen mit in die Beanstandungsempfehlung einzubinden. So könnte man dann in Architektenfällen die Beanstandung unter Beiziehung von zwei Beisitzern aus dem Berufsstand, einer für die Auftraggeberseite, einer für die Bieterseite, pragmatisch und im Lichte der Praxiserfahrung entscheiden lassen.

Mit freundlichen Grüßen

M. Kraushaar

Dr. Martin Kraushaar

BUSFAHREN DIE CLEVERE ALTERNATIVE

Landesverband Hessischer Omnibusunternehmer LHO e.V.

Marburger Straße 44, 35390 Gießen

LHO e.V. - Marburger Str. 44 - 35390 Gießen

Hessischer Landtag
Die Vorsitzende des Ausschusses für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen
Frau Janine Wissler
Postfach 3240
65022 Wiesbaden
- per E-Mail -

Telefon: 0641-93293-0
Fax: 0641-93293-33
E-Mail: info@lho-online.com
Internet: www.lho-online.com

25. Mai 2021

Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktionen CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zur Novellierung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes und zur Änderung der Hessischen Landeshaushaltsordnung, Drs. 20/5277

Sehr geehrte Frau Wissler,

wir bedanken uns für die Möglichkeit, in dieser Form zum o.g. Gesetzesentwurf Stellung nehmen zu dürfen.

Vorab möchten wir generell zum Ausdruck bringen, dass aus unserer Sicht die Stoßrichtung des Entwurfes richtig ist, Regelungen generell zu vereinfachen und zu beschleunigen und das Gesetz nicht mit Vorgaben zu überfrachten. Insbesondere halten wir es für sinnvoll, die Auswahl der Vergabeaspekte für kommunale Auftraggeber nach deren Ermessen zu ermöglichen und keine generelle Verpflichtung auf bestimmte Kriterien vorzugeben.

Auch macht sich positiv bemerkbar, dass die Struktur des gesamten Gesetzes in Richtung einer besseren Übersichtlichkeit etwas verändert wurde.

Ferner möchten wir zu folgenden Einzelaspekten des Gesetzentwurfs unsere Auffassung übermitteln:

I. § 8 Besteller, Tariftreuepflicht

- Absatz 1

Gemäß Absatz 1 gilt das Gesetz auch für freigestellte Schülerverkehre, also Verkehre im Sinne der Freistellungs-Verordnung. Dies ist schon im derzeitigen HVTG in § 4 Absatz 4 so geregelt, wird jedoch seitens des Landes Hessen aus Rechtsgründen nicht angewandt. Hintergrund ist eine Entscheidung der Vergabekammer Niedersachsen aus dem Jahr 2015, wonach eine spezifische Tariftreue für den freigestellten Schülerverkehr – anders als für den ÖPNV – europarechtswidrig sei. Denn diese Verkehre seien nicht für alle Fahrgäste zugänglich, sondern nur für einen abgegrenzten Personenkreis. Es könnten daher nur für ÖPNV-Aufträge solche Vorgaben gemacht werden.

Es ist sehr zu begrüßen, dass der Gesetzgeber hier nach wir vor auch die freigestellten Schülerverkehre dem Anwendungsbereich des Gesetzes unterstellen möchte. Denn auch bei diesen Verkehren werden die Beförderungen in der Regel mit Bussen durchgeführt. Eine Zwei-Klassen-Lösung zwischen „normalem“ ÖPNV nach § 42 PBefG und den Freistellungsverkehren sollte jedoch vermieden werden.

Derzeit wird mangels spezifischer Tariftreue nach der bisherigen Rechtsanwendung in Hessen für Freistellungsverkehre lediglich die Vorgabe des (Bundes-)Mindestlohns bei der Vergütung vorgegeben. Daher wird auch für die Regelung im vorliegenden Gesetzentwurf eine vergleichbare Problemstellung bestehen. Wir bitten daher, die Anwendung der Tariftreue bei freigestellten Schülerverkehren einer eingehenden juristischen Prüfung zu unterziehen, um die gewollte Intention des Gesetzes nicht ins Leere laufen zu lassen.

- Absatz 4

Es ist ausdrücklich zu begrüßen, dass die entgeltrelevanten Tarifverträge im ÖPNV auch weiterhin durch den beim für das Tarifwesen zuständige Ministerium eingerichteten Beirat festgelegt werden. Die Tätigkeit des Beirats hat gezeigt, dass dieses Gremium, in dem Vertreter der Arbeitgeber und Arbeitnehmer einbezogen sind, ausgewogen und fachkundig über die mögliche Repräsentativität von Tarifverträgen diskutiert und dann die entsprechenden Verträge selbst feststellt. Die Zusammenarbeit für die Festlegungen im Beirat hat sich nach unserer Ansicht bewährt und als wirkungs- und sinnvoll erwiesen.

II. § 9 i.V.m. § 7 Absatz 4:

Neu sieht der Entwurf vor, beim für Tarifwesen zuständigen Ministerium eine Stelle einzurichten, die Auftraggeber, Unternehmen sowie deren Beschäftigte unterstützen kann. Gemäß § 9 ist diese Stelle auch für die Vergabe von Verkehrsleistungen zuständig. Nach dem Wortlaut und der Begründung übt sie keine Kontroll- oder Sanktionsfunktionen aus, sondern hat eher informierende und koordinierende Aufgaben. Eine inhaltliche Beratung zu den repräsentativen Tarifverträgen findet (richtigerweise) nicht statt. Fraglich ist daher, in welcher Weise und welcher Tiefe die Stelle über Einzelregelungen der jeweiligen Tarifverträge informieren kann.

Als einheitliche Anlaufstelle für alle an einem Vergabeverfahren Beteiligte kann die Einrichtung durchaus sinnvoll sein. Es bleibt jedoch abzuwarten, wie diese Stelle in der Praxis angenommen wird und welchen konkreten Nutzen sie bieten kann.

III. § 11 Leistungen im öffentlichen Personennahverkehr

Der Wortlaut der Vorschrift, vorher in § 1 Absatz 3 geregelt, wurde geändert. In der bisherigen Fassung gelten die nach diesem Gesetz begründeten Verpflichtungen auch für *selbst erbrachte Leistungen* im öffentlichen Personennahverkehr und bei Direktvergaben nach Art. 5 Abs. 2, 4, und 6 der VO (EG) 1370/07. Nunmehr wird anstelle von *selbst erbrachten* der Begriff *eigenwirtschaftlich erbrachten* Leistungen verwendet. Dies ist jedoch keine inhaltliche Entsprechung des bisherigen § 1 Absatz 3, anders als in der Begründung dargelegt.

Während gegen die derzeitige Begrifflichkeit keine Einwände bestehen, da es sich bei selbst erbrachten Leistungen nach dem Wortlaut des Art. 5 Absatz 2 VO (EG) 1370/07 um Vergaben handelt, so gilt dies nicht für eigenwirtschaftlich erbrachte Leistungen. Bei Letzteren fehlt es an einer „Vergabe bzw. einer “Ausführung öffentlicher Aufträge“. Wesenszug von eigenwirtschaftlichen Verkehren ist, dass diese Leistungen ohne vorherige Vergabe eines Auftraggebers im öffentlichen Personennahverkehr im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens aus eigenem Antrieb beantragt und dann auf eigene Rechnung erbracht werden. Die Voraussetzungen, unter denen diese Verkehre erbracht werden können, sind bundesgesetzlich in § 8 Abs. 4 und § 13 PBefG geregelt.

Unabhängig davon, welche Bedeutung diese Verkehre in Hessen überhaupt noch haben (so gut wie keine mehr), kann unseres Erachtens hierfür in einem "Vergabe"gesetz keine Regelung getroffen werden. Es sollte daher wieder der in der jetzigen Fassung des Gesetzes verwendete Wortlaut beibehalten werden.

IV. § 14 Mittelstandsförderung

Es ist zu begrüßen, dass nun im Gesetz ausdrücklich auf die Möglichkeit einer Angebots- oder auch Zuschlagslimitierung hingewiesen wird. Dies kann verhindern, dass bei zeitlichem Zusammenfallen mehrerer Ausschreibungen nur ein Bieter zum Zuge kommt. Gerade im Bereich der ÖPNV-Leistungen werden jährlich nur relativ wenige Vergaben vorgenommen. Die Laufzeiten solcher Vergaben betragen acht bis zehn Jahre. Wenn bei zeitlich mehreren parallel vergebenen Leistungen in einem begrenzten Gebiet nur ein Anbieter den Zuschlag erhält, ist dieser Markt für viele Jahre für andere Unternehmen verschlossen.

Auch die Vorgabe, dass Leistungen primär in Losen und in der Menge aufgeteilt werden (Teillose), ist sinnvoll.

Ferner sollte eine ergänzende gesetzliche Regelung dahingehend gemacht werden, dass bei allen ÖPNV-Vergaben, auch solchen, die direkt erfolgen, ab einer bestimmten Größe des Auftrags (wir schlagen eine Grenze von 700.000 Nutzwagen-km/Jahr vor) eine Verpflichtung zum Einsatz von Nachunternehmern vorgeben wird. Diese Nachunternehmerquote sollte mindestens 30 % betragen.

Die Erfahrungen mit Busausschreibungen haben die Gefahr aufgezeigt, dass kleinere Unternehmen bei reinen Preisvergaben in großen Bündeln aus dem Markt gedrängt werden, da der Bestbieter in vielen Fällen die Leistung alleine erbringt, gerade auch wegen des Preisdrucks. Ferner sind Bündelgrößen mit mehreren Mio. Nutzwagenkilometern, wie sie zum Teil in Hessen zur Vergabe anstehen, nicht dazu geeignet, kleineren Mittelständlern eine wirkliche Teilnahmemöglichkeit zu eröffnen.

Im ÖPNV sind es gerade die kleinen Unternehmen mit weniger als 10 Fahrzeugen, die besonders häufig Nachunternehmerleistungen erbringen und darauf angewiesen sind, sich im Rahmen von Subunternehmerleistungen im Markt zu halten. Sie sind teils mit den komplexen Aufgaben gegenüber öffentlichen Auftraggebern überfordert und beteiligen sich daher nicht selbst als Hauptauftragnehmer an Ausschreibungen. Daher sollten diese Unternehmen gezielt als Nachtunternehmer eingebunden werden, um ihnen Chancen im Markt zu ermöglichen. Es werden sonst ganze Teilmärkte für eine Vielzahl privater mittelständischer Busunternehmen auf viele Jahre komplett verschlossen.

Mit freundlichen Grüßen

Karl Reinhard Wissmüller
- 1. Vorsitzender -

Volker Tuchan
- Geschäftsführer -

BUND
FRIENDS OF THE EARTH GERMANY
HESSEN

BUND Hessen e.V., Geleitsstr. 14, 60599 Frankfurt am Main

Hessischer Landtag
Die Vorsitzende des Ausschusses für Wirtschaft,
Energie, Verkehr und Wohnen
Frau Janine Wissler
Schlossplatz 1-3
65183 Wiesbaden

per mail an: h.schnier@ltg.hessen.de

Frankfurt am Main, den 25.05.2021

Öffentliche Anhörung zum Gesetzentwurf der CDU-Fraktion und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zur Novellierung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes und zur Änderung der Hessischen Landeshaushaltsordnung

Sehr geehrte Frau Wissler,

für die Einladung zur schriftlichen und mündlichen Anhörung zum genannten Gesetzentwurf darf ich mich bedanken.

Der BUND Landesverband Hessen e.V. schließt sich der Stellungnahme des Entwicklungspolitischen Netzwerks Hessen (EPN Hessen e.V.) an.

Mit freundlichen Grüßen

Michael Rothkegel
Geschäftsführer

BUND Hessen e.V.
Landesgeschäftsstelle
Geleitsstraße 14
D-60599 Frankfurt am Main
Telefon: 069 / 67 73 76-0
Telefax: 069 / 67 73 76-20
E-Mail: bund.hessen@bund-hessen.de
www.bund-hessen.de

Zu erreichen
ab Frankfurt/M. Hbf mit den
S-Bahn-Linien 3, 4, 5 und 6
über Haupt- und Konstablerwache
bis Haltestelle Lokalbahnhof

Geschäftskonten
GLS Gemeinschaftsbank eG
IBAN DE69 4306 0967 8013 6150 00
BIC GENODEMIGLS

Triodos Bank N. V. Deutschland
IBAN DE92 5003 1000 1003 6810 05
BIC TRODDEF1

Spendenkonto
Frankfurter Sparkasse
IBAN DE46 5005 0201 0000 3698 53
BIC HELADEF11822

Anerkannter Naturschutzverband
nach Bundesnaturschutzgesetz

HESSISCHER STÄDTETAG

Hessischer Städtetag · Frankfurter Straße 2 · 65189 Wiesbaden

Hessischer Landtag
Die Vorsitzende des Ausschusses für Wirtschaft,
Energie, Verkehr und Wohnen
Schlossplatz 1 – 3
65183 Wiesbaden

Gesetz zur Novellierung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes und zur Änderung der Hessischen Landeshaushaltsordnung

Ihre Nachricht vom:
31.03.2021

Ihr Zeichen:
I 2.4

Unser Zeichen:
TA 045.01 Pf/Zi/Ve

Durchwahl:
0611/1702-32

E-Mail:
pflug@hess-staedtetag.de

Datum:
25.05.2021

Stellungnahme-Nr.:
042-2021

Sehr geehrte Damen und Herren,

vielen Dank für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu o.g. Gesetzentwurf, von der wir gerne Gebrauch machen.

Vorab möchten wir mitteilen, dass wir die geplante Einführung der UVgO in Hessen begrüßen. Wir würden hier allerdings - wie bereits im Rahmen der Anhörung im vergangenen Jahr zu den beiden Gesetzentwürfen der Fraktionen der SPD und der FDP dargelegt (**Anlage**: **ST 073-2020**) - eine freiwillige Anwendung bzw. Empfehlung statt einer Verpflichtung für die Kommunen bevorzugen.

Auch die mit der geplanten Einführung der UVgO notwendig werdenden Streichungen verschiedener Verfahrensregelungen begrüßen wir ausdrücklich. Allerdings weisen wir an dieser Stelle darauf hin, dass wir in dem vorgelegten Entwurf keine generelle Vereinfachung und Beschleunigung der (kommunalen) Vergabe- und Beschaffungsprozesse insgesamt

Verband der kreisfreien und
kreisangehörigen Städte im
Lande Hessen

Frankfurter Straße 2
65189 Wiesbaden
Telefon: 0611/1702-0
Telefax: 0611/1702-17

posteingang@hess-staedtetag.de
www.hess-staedtetag.de

Nassauische Sparkasse Wiesbaden
BIC: NASSDE55
IBAN: DE79 5105 0015 0100 0727 77

sehen, weil dafür wiederum (neue) Verfahrenserschwernisse in den Gesetzentwurf eingeflossen sind.
Durch das Gesamtpaket werden einerseits grundlegende Anpassung städtischer Dienstanweisungen und Handlungsempfehlungen erforderlich, andererseits sind umfangreiche programmiertechnische Aktualisierungen beim elektronischen Vergabe-Management-System notwendig. Ebenso müssen sich die Mitarbeitenden mit den neuen Regelwerken vertraut machen. Wir halten daher eine angemessene Übergangsfrist von wenigstens sechs Monaten nach Inkrafttreten für dringend erforderlich, zumal in der Vergangenheit erst spät zur Verfügung stehende Landesformulare umsetzungsverzögernd wirkten. Nicht nur bei den Aktualisierungen des VHB Bund hat sich eine solche Karenzzeit bewährt.

Im Folgenden unsere Anmerkungen zu einzelnen Regelungen des Gesetzentwurfs:

§ 1

Als Beitrag zur Flexibilisierung bzw. Beschleunigung der Beschaffung und damit zur Verfahrenserleichterung sollte aus unserer Sicht die Grenze für Direktaufträge deutlich angehoben werden. Im Hinblick auf eine Anpassung an die Meldepflicht für Vergaben ab 25.000 Euro nach Vergabestatistikverordnung erachten wir eine Anhebung der Wertgrenze für Direktaufträge auf ebenfalls 25.000 Euro für angemessen.

§ 3

Die Streichung des Kriterienkataloges sehen wir kritisch, da dieser zumindest eine gewisse Hilfestellung in einem mit Unsicherheiten behafteten Bereich schaffen konnte. Ein abschließender Katalog mag allerdings vor Ort ggf. zu sehr einschränken. Daher schlagen wir einen Katalog mit nicht abschließender Aufzählung („insbesondere“) vor.

§ 5

Die zwingend vorgesehene Verpflichtung, bei Bauaufträgen ab 10.000 € in jedem Einzelfall von dem zur Zuschlagserteilung ausgewählten Bieter vor der Erteilung des Auftrags zunächst noch eine Bescheinigung seiner Sozialkasse über die ordnungsgemäße Beitragsentrichtung anzufordern (beim Einsatz von Nachunternehmern ist auch für diese eine entsprechende Erklärungen - ebenfalls - vor Auftragserteilung vorzulegen (§ 6)), führt nicht nur zu einem zusätzlichen Verfahrensschritt, sondern wird auch den Vergabeprozess um einige Tage verzögern.

Diese in § 5 vorgesehene neue Sozialkassenbescheinigung sollte aus unserer Sicht also noch einmal überdacht werden, da sie (hessenspezifisch) für Auftraggeber und Auftragnehmer den Vergabeprozess ggf. überfrachtet. Andererseits ermöglicht die Einbindung der Sozialkassen grundsätzlich eine praxistaugliche Möglichkeit der Bekämpfung illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit, was wir in der Sache selbstverständlich unterstützen. Die Ausgestaltung der Regelung sollte allerdings ggf. nochmal angepasst werden.

Eine Mitgliedsstadt schlägt hier folgende Differenzierung vor:

> *„…sind wir der Ansicht, dass für die Fälle des öffentlichen Aufrufs zur Teilnahme am Vergabeverfahren (öffentliche Ausschreibung sowie Verfahren mit Teilnahmewettbewerb) diese Regel ein wirksames Mittel zur Bekämpfung „schwarzer Schafe" sein kann.*
>
> *Anders aber erscheint die Sachlage bei den Fällen, in denen kein öffentlicher Aufruf zur Teilnahme am Vergabeverfahren erfolgt (Beschränkte Ausschreibungen sowie Freihändigen Vergaben bzw. Verhandlungsvergaben jeweils ohne Teilnahmewettbewerb). So soll der Auftraggeber in diesen Fällen ohnehin nur solche Unternehmen beteiligen, deren Eignung und Zuverlässigkeit er zuvor geprüft hat; die er in der Regel also als seriöse Unternehmen kennt. In diesen Fällen erscheint es daher weder erforderlich noch angemessen, diese Kenntnis dann am Ende des Prozesses noch einmal in Frage zu stellen und damit die Auftragserteilung ohne Not zu verzögern.*
>
> *Daher schlagen wir vor, die in § 5 Abs. 3 und 4 des Entwurfs vorgesehene Nachweispflicht auf die Verfahren zu beschränken, die mit einem öffentlichen Aufruf zur Teilnahme am Vergabeverfahren eingeleitet werden. In allen anderen Fällen sollte die in § 5 Abs. 1 des Entwurfs vorgesehene Eigenerklärung genügen.*
>
> *Soweit sich der Landtag dieser Auffassung nicht anschließen kann, sollte aber zumindest eine Bagatellgrenze eingeführt werden, bis zu deren Erreichen auf die Nachweisführung verzichtet werden kann. Aus hiesiger Sicht könnte sich dafür der bereits für die Abfrage aus dem Wettbewerbsregister vorgesehene Betrag von 30.000 € anbieten. Neben der Schaffung einer einheitlichen Wertgrenze zur tiefergehenden Prüfung des vorgesehenen Auftragnehmers könnte auf diese Weise auch vermieden werden, dass die ins Wettbewerbsregister einzutragenden schweren Delikte (Terrorismus, Korruption, Geldwäsche u.v.m.) bis zum Auftragswert von 30.000 € unberücksichtigt bleiben dürfen, während dies für die im Vergleich dazu doch deutlich weniger schwerwiegenden Delikte nicht gilt."*

Sollte es dennoch bei der vorliegenden Regelung im Gesetzentwurf bleiben, stellt sich weiter die Frage, wie mit Bietern umzugehen ist, die die geforderten Unterlagen nicht vorlegen. Es erschließt sich derzeit weder aus dem Gesetzestext selbst, noch aus der Gesetzesbegründung, ob der Bieter in dem Fall auszuschließen ist oder ob der Auftraggeber gehalten ist, die Unterlagen nachzufordern. In § 7 Abs. 3 HVTG-E heißt es hierzu nur, dass der Auftraggeber bei Unstimmigkeiten in Bezug auf diese Erklärungen und Unterlagen die ausstellende Stelle um Aufklärung ersuchen kann. Somit wird der Vergabestelle ein Ermessen eingeräumt, ob sie die Unstimmigkeit mithilfe der ausstellenden Stelle aufklärt, nicht hingegen, wie mit fehlenden Unterlagen umzugehen ist. Hier wäre eine Klarstellung im weiteren Gesetzgebungsverfahren wünschenswert.

§ 7

Wir begrüßen, dass § 7 eindeutig klarstellt, dass die Kontrolle auf Einhaltung der Tariftreue- und Mindestlohnpflichten des Auftragnehmers zivilrechtlich (d. h. „in den Vertragsbedingungen“) zu regeln ist und damit die vertragliche Rechtsnatur für die Kontrolltätigkeit des öffentlichen Auftraggebers durch den Gesetzgeber festgelegt wird.

Eine Mitgliedstadt schlägt folgende Anpassungen des § 7 vor:

> *„Es wäre wünschenswert, wenn § 7 eine Aussage dazu treffen würde, inwieweit Baustellen- bzw. Objektkontrollen vor Ort neben der gesetzlich normierten Einsichtnahme in Geschäftsunterlagen zulässig sind. Dabei sollte klargestellt werden, ob und inwieweit tagesaktuelle Anwesenheitslisten durch den Auftragnehmer sowie aller dort tätigen Nachunternehmen/Verleihunternehmen zur Überprüfung der Einhaltung von Tariftreue und Mindestentlohnung geführt werden dürfen.*
>
> *Es wird angeregt, die in § 7 normierten Kontrolltätigkeiten, insbesondere bei der Ausführung von Bauleistungen, verdachtsunabhängig, stichprobenartig und ohne Anlassbezug erfolgen zu lassen. Die Überprüfungen sollen letztlich abhängig vom Auftragsgegenstand und der Auftragshöhe erfolgen (risikoorientierter und Flächendeckungs-Grundsatz).*
>
> *Hinsichtlich der Erhebung personenbezogener Daten bei der Kontrolltätigkeit sollte eine Aussage darüber getroffen werden, inwieweit in täglich zu führenden Anwesenheitslisten*

alle auf der Baustelle Beschäftigten vor täglicher Arbeitsaufnahme mit Name, Geburtsdatum, Adresse und täglicher Stundenzahl (insbesondere bei Teilzeitbeschäftigten) durch Auftragnehmer/ Nachunternehmen/Verleihunternehmen eingetragen werden dürfen.

Es wird angeregt, dass bei der Durchführung und Dokumentation von Kontrollen des Auftraggebers ein Ermessensspielraum hinsichtlich des Umfanges der zu erhebenden personenbezogenen Daten zu Gunsten der jeweils zuständigen Gebietskörperschaft eingeräumt wird. Sie sollte für die Kontrolltätigkeit den Rahmen der zu erhebenden/kontrollierenden Daten unter Abwägung der Zweck- und Verhältnismäßigkeit unter Beachtung der jeweils geltenden Datenschutzbestimmungen definieren dürfen."

§ 12

Abs .1

Die voraussetzungslose Gleichstellung von Öffentlicher Ausschreibung und Beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb, wie sie im Oberschwellenbereich bereits geregelt ist, halten wir für vorteilhaft.

Auch der Wegfall des Interessenbekundungsverfahrens wird aus Gründen der Rechtssicherheit begrüßt.

Abs. 2 und 3

Als weiteren konkreten Vorschlag zur Vereinfachung des Vergaberechts und zur schnelleren Umsetzung kommunaler Investitionen hatten wir uns bereits in unserer Stellungnahme vom 19.08.2020 (**s. Anlage**) im damaligen Anhörungsverfahren für eine Erhöhung der Auftragswerte für Beschränkte und Freihändige Vergaben wie folgt ausgesprochen:

- Bauvergaben: Zulassung Beschränkter Vergaben bis 3 Mio. Euro und Freihändiger Vergaben bis 1 Mio. Euro Auftragswert, jeweils ohne Teilnahmewettbewerb

- Liefer- und Dienstleistungen: Zulassung Beschränkter Vergaben und Verhandlungsvergaben (bei Einführung der UVgO) bis zu 214.000 Euro Auftragswert, je ohne Teilnahmewettbewerb.

Begründung: Mit den erleichterten Vergaben und der Erhöhung der Wertgrenzen können insbesondere kommunale Zukunftsinvestitionen in den Bereichen Digitales, Klimaschutz (Verkehrswende) sowie Bildung schnell umgesetzt werden. Auch bei diesen erleichterten Vergaben sind die Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz, der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu wahren.

Im weiteren Verfahren sollte zwingend eine Klarstellung des Begriffs des Auftrags im Zusammenhang mit Bauleistungen erfolgen. Aufgrund der Gesetzesbegründung ist uns momentan unklar, ob Auftrag als funktionale Einheit im Sinne des § 3 VgV zu verstehen ist, was der Gesetzestext grundsätzlich nahelegt. In der Gesetzesbegründung heißt es jedoch, dass sich die Wertgrenze auch auf Teillose eines Gewerkes beziehen kann, sodass innerhalb eines Gewerkes mehrere Aufträge möglich sind, wobei die Berechnung des Gesamtauftragswertes hiervon unberührt bleibt.

Abs. 4

Ausdrücklich begrüßt wird die neue Regelung in § 12 Abs. 4, wonach der Auftraggeber bei Beschränkten Ausschreibungen und Freihändigen Vergaben bzw. Verhandlungsvergaben ohne Teilnahmewettbewerb nur noch drei statt fünf Unternehmen zur Angebotsabgabe auffordern muss. Dies führt nicht nur zu einer Verringerung des Verfahrensaufwands, sondern dürfte aufgrund der damit verbundenen höheren Zuschlagsaussicht auch das Interesse auf der Seite der Unternehmen zur Angebotserstellung spürbar steigern.

§ 18

Die Beratungsfunktion der sog. Vergabekompetenzstellen wird vor allem vor dem Hintergrund der Komplexität des Vergaberechts begrüßt.

Hinsichtlich der Überprüfung von Vergabeverstößen durch die Kompetenzstellen ist zunächst positiv hervorzuheben, dass im Unterschwellenbereich kein Primärrechtsschutz eingeführt wird und die Überprüfung erst ab Überschreiten bestimmter Auftragswerte möglich ist. Somit wird verhindert, dass Vergabeverfahren mit kleineren Auftragssummen durch monierte mögliche Verstöße in die Länge gezogen werden. Ebenso positiv hervorzuheben ist, dass es sich bei der Entscheidung der Kompetenzstellen zunächst um eine Empfehlung handelt, die der Auftraggeber nicht zwingend umsetzen muss. Jedoch besteht die Befürchtung, dass hier in

der Praxis ein gewisser Druck zur Umsetzung der Empfehlungen auf den Auftraggebern lasten wird, was letztlich doch zu einem faktischen Primärrechtsschutz führen könnte.

Angesichts der geplanten Wertgrenzen würde diese Regelung also bei einer Vielzahl städtischer Vergabeverfahren absehbar zu spürbaren zeitlichen Verzögerungen, zu erheblichem Mehraufwand bei den vergabeverantwortlichen Stellen sowie zu Schadenersatzrisiken führen, weshalb wir sie insgesamt für kritisch erachten.

Mit freundlichen Grüßen

Stephan Gieseler
Direktor

Anlage

HESSISCHER STÄDTETAG

Hessischer Städtetag · Frankfurter Straße 2 · 65189 Wiesbaden

Hessischer Landtag
Die Vorsitzende des Ausschusses für Wirtschaft,
Energie, Verkehr und Wohnen
Schlossplatz 1 - 3
65183 Wiesbaden

E-Mail: h.schnier@ltg.hessen.de
E-Mail: m.eisert@ltg.hessen.de

Gesetzentwurf der Fraktion der SPD für ein Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz und Gesetzentwurf der Fraktion der FDP für ein Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs und zum Abbau von Bürokratie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge - Landtagsanhörung

Ihre Nachricht vom:
08.07.2020

Ihr Zeichen:
I A 2.4

Unser Zeichen:
TA 045.01 Pf/Zi

Durchwahl:
0611/1702-32

E-Mail:
pflug@hess-staedtetag.de

Datum:
25.05.2021

Stellungnahme-Nr.:
073-2020

Sehr geehrte Damen und Herren,

zunächst möchten wir uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme bedanken.

I. Allgemeines

Bevor wir auf die beiden Entwürfe im Einzelnen eingehen, nutzen wir vorab die Gelegenheit, unsere Auffassung zu einer möglichen Einführung der UVgO in Hessen und der in diesem Zusammenhang notwendigen Anpassung des HVTG noch einmal allgemein darzulegen:

Wir sprechen uns insgesamt für eine Anwendungsvorschrift zur Einführung der UVgO, die jedoch für die Kommunen eine freiwillige Anwendung bzw. eine Empfehlung vorsehen sollte, und gleichzeitig für eine nahezu komplette Streichung der

Verband der kreisfreien und
kreisangehörigen Städte im
Lande Hessen

Frankfurter Straße 2
65189 Wiesbaden
Telefon: 0611/1702-0
Telefax: 0611/1702-17

posteingang@hess-staedtetag.de
www.hess-staedtetag.de

Nassauische Sparkasse Wiesbaden
BIC: NASSDE55
IBAN: DE79 5105 0015 0100 0727 77

Verfahrensvorschriften im HVTG sowie gegen etwaige Modifikationen im Vergleich zur UVgO (bis auf die Regelung zur Direktvergabe) aus.

Dies insbesondere aus Gründen der Verfahrenserleichterung. Ein Nebeneinanderher von Verfahrensvorschriften aus der UVgO und Verfahrensvorschriften im HVTG ließe ein großes Durcheinander und Rechtsunsicherheiten befürchten.

Lediglich die Grenze für Direktaufträge sollte abweichend von der UVgO geregelt werden. Im Hinblick auf eine Anpassung an die Meldepflicht für Vergaben ab 25.000 Euro nach Vergabestatistikverordnung sollte die Wertgrenze für Direktaufträge auch mit 25.000 Euro (statt der in § 14 der UVgO vorgesehenen 1.000 Euro) im HVTG festsetzt werden.

Als weiteren konkreten Vorschlag zur Vereinfachung des Vergaberechts und zur schnelleren Umsetzung kommunaler Investitionen sprechen wir uns für eine Erhöhung der Auftragswerte für Beschränkte und Freihändige Vergaben wie folgt aus:

- Bauvergaben: Zulassung Beschränkter Vergaben bis 3 Mio. Euro und Freihändiger Vergaben bis 1 Mio. Euro Auftragswert, jeweils ohne Teilnahmewettbewerb
- Liefer- und Dienstleistungen: Zulassung Beschränkter Vergaben und Verhandlungsvergaben (bei Einführung der UVgO) bis zu 214.000 Euro Auftragswert, je ohne Teilnahmewettbewerb.

Begründung: Mit den erleichterten Vergaben und der Erhöhung der Wertgrenzen können insbesondere kommunale Zukunftsinvestitionen in den Bereichen Digitales, Klimaschutz (Verkehrswende) sowie Bildung schnell umgesetzt werden. Auch bei diesen erleichterten Vergaben sind die Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz, der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu wahren. Im Übrigen weisen wir darauf hin, dass die Landesregierung Thüringen es Corona-bedingt Kommunen schon bis zum 31.12.2020 erlaubt hat, Beschränkte und Freihändige Vergaben im Baubereich bis zu 3 Mio. Euro sowie im Liefer-/Dienstleistungsbereich Beschränkte Vergaben und Verhandlungsvergaben jeweils ohne Teilnahmewettbewerb bis zu 214.000 Euro durchzuführen. Es gibt also bereits ein in der Praxis umgesetztes Vorbild.

II. Gesetzentwurf der Fraktion der FDP

Die Streichung des § 3 HVTG zu den Nachhaltigkeitskriterien halten wir nicht für erforderlich. Zwar stimmt es, dass § 2 Abs. 2 HVTG dem Land ohnehin eine Pflicht zur Berücksichtigung der Aspekte einer nachhaltigen Entwicklung in Bezug auf den Beschaffungsgegenstand und dessen Auswirkungen auf das ökologische, soziale und wirtschaftliche Gefüge vorschreibt und den Gemeinden und Gemeindeverbänden erlaubt, eine nachhaltige Entwicklung bei ihren Beschaffungsmaßnahmen und den zu erlassenen Richtlinien zu berücksichtigen, jedoch ist die Regelung andererseits auch – da die Anwendung freiwillig ist – unschädlich und kann aber auf der anderen Seite im Zweifel eine gewisse Hilfestellung bieten, wenn die Vergabestellen Nachhaltigkeitskriterien bei der Auftragsvergabe berücksichtigen wollen.

Bei einer Streichung des § 3 HVTG befürchten wir noch mehr Unsicherheiten rund um diese Thematik.

Die Anhebung der Wertgrenze für Veröffentlichungspflichten wird grundsätzlich begrüßt. Wir würden allerdings vorschlagen, mit Blick auf die Vereinheitlichung und Vereinfachung des Vergabeprozesses, eine Wertgrenze von 25.000 Euro analog zur Vergabestatistikverordnung (s. auch oben bei der Wertgrenze für Direktaufträge) vorzusehen. Wird dann entsprechend auch der Wert für den Direktauftrag auf 25.000 Euro gesetzt, hätte man an dieser Stelle mit drei gleichen Werten für unterschiedliche Sachverhalte schon eine hilfreiche Vereinfachung, die die Handhabung erleichtern dürfte.

III. Gesetzentwurf der Fraktion der SPD

Eine solche umfangreiche Neuauflage des HVTG halten wir nicht für sinnvoll. Der Entwurf ist aus unserer Sicht sehr weitgehend und würde die Anwendung wenig handhabbar und sehr kompliziert machen. Er würde auch insbesondere aufgrund der Vielzahl an Nachweis- und Kontrollpflichten für spätere Auftraggeber und Auftragnehmer die Vergabeverfahren so stark bürokratisieren, dass eine effiziente Auftragsvergabe bereits im Vorfeld nicht ausführbar wäre.

Zu einzelnen Normen:

Den in § 2 Abs. 4 vorgesehenen Anwendungsbefehl für die Unterschwellenvergabeordnung bewerten wir an sich positiv, wobei wir uns jedoch für eine freiwillige und nicht die zwingende Anwendung der UVgO durch die Kommunen aussprechen (s.o.).

Positiv bewerten wir die vorgesehene Regelung des § 16 Abs. 2, wonach eine Wertgrenze eingeführt wird, ab der die Auskömmlichkeit eines ungewöhnlich niedrigen Angebots zu prüfen ist. Allerdings würden wir in Anbetracht der durchaus weiten preislichen Spannbreite der Angebote in Anlehnung an die Rechtsprechung eine Prüfpflicht erst ab einer Abweichung von mindestens 20 % zum nächsthöheren Angebot vorschlagen.

Sehr kritisch bewerten wir § 23, der pauschal einen Primärrechtsschutz auch für den Unterschwellenbereich vorsieht. Wir bezweifeln, dass hiermit die Interessen der Auftraggeber und Auftragnehmer in Einklang gebracht werden können. Die Regelung läuft der Zielsetzung der Novellierung, nämlich der Beschleunigung und Vereinfachung des Vergabeprozesses zuwider. Sie wird daher abgelehnt.

Ergänzend möchten wir Ihnen im Folgenden eine Stellungnahme zu den §§ 19 bis 21 des Gesetzentwurfs der SPD, die uns aus der Stadtkämmerei Frankfurt am Main erreichte, im Ganzen übermitteln:

"Zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der SPD "Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairem Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Hessen" (Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz, HTVG) wird wie folgt Stellung genommen:

§ 19 Kontrollen

Es würde begrüßt, wenn § 19 Art und Umfang der für den Auftraggeber möglichen (zivilrechtlichen) Gestaltungsbefugnisse in Vergabe- und Vertragsunterlagen für Kontrolltätigkeiten normieren würde. Die nach gegenwärtiger Rechtslage durchzuführenden Kontrolltätigkeiten der Stadt Frankfurt am Main basieren auf den vereinbarten stadtspezifischen Vertragsregelungen und sind damit zivilrechtlicher Natur. Hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Auftraggebers bestehen dagegen bisher nicht (Klärung der künftigen Rechtsnatur). Dies ist für die Stadt Frankfurt am Main relevant, da sie vertragsrechtliche Grundlagen für die Kontrolle von Tariftreue und Mindestentgeltzahlung während der Vertragsausführung auf städtischen Baustellen durch spezifische Vertragsklauseln für Bauvergaben ihrer

Ämter und Eigenbetriebe (also zivilrechtlich) geschaffen hat. Diese stadtspezifischen Ergänzungen werden im Vergabeverfahren zum Bestandteil der Vergabe- und Vertragsunterlagen gemacht.

Es wäre wünschenswert, wenn § 19 eine Aussage dazu treffen würde, ob und inwieweit Baustellen- bzw. Objektkontrollen neben der normierten Einsichtnahme in Geschäftsunterlagen zulässig sind. Bei den Kontrollen ist schon nach bisheriger Rechtslage die Einsichtnahme in Entgeltabrechnungen, Arbeitsverträge, Steuer- und Sozialversicherungsunterlagen sowie weitere Geschäftsunterlagen des Auftragnehmers, dessen Nachunternehmer/ Verleihunternehmen in den Geschäftsräumen zulässig. § 19 sollte eine Aussage treffen, ob bei der Leistungsausführung darüber hinaus die Möglichkeit besteht, vor Ort auf Baustellen bzw. bei Objekten entsprechende Kontrollen durchzuführen. Dabei sollte klargestellt werden, ob und inwieweit tagesaktuelle Anwesenheitslisten durch den Auftragnehmer sowie aller dort tätigen Nachunternehmer/Verleihunternehmen zur Überprüfung der Einhaltung von Tariftreue und Mindestentlohnung geführt werden dürfen.

Hinsichtlich der Erhebung personenbezogener Daten sollte eine Aussage darüber getroffen werden, ob und inwieweit in täglich zu führende Anwesenheitslisten alle auf der Baustelle Beschäftigten vor täglicher Arbeitsaufnahme mit Name, Geburtsdatum, Adresse und täglicher Stundenzahl {insbesondere bei Teilzeitbeschäftigten) durch die Auftragnehmer/ Nachunternehmer/Verleihunternehmen eingetragen werden dürfen.

Es wird angeregt, dass bei der Durchführung und Dokumentation von Kontrollen des Auftraggebers ein Ermessensspielraum hinsichtlich des Umfangs der zu erhebenden personenbezogenen Daten zu Gunsten der jeweils zuständigen Gebietskörperschaft eingeräumt wird. Sie sollte für die Kontrolltätigkeit den Rahmen der zu erhebenden/kontrollierenden Daten unter Abwägung der Zweck- und Verhältnismäßigkeit unter Beachtung der jeweils geltenden Datenschutzbestimmungen definieren können.

Es wird angeregt, die Kontrolltätigkeiten, insbesondere bei der Ausführung von Bauleistungen, verdachtsunabhängig, stichprobenartig und ohne Anlassbezug erfolgen zu lassen. Die Überprüfungen sollen letztlich abhängig vom Auftragsgegenstand und der Auftragshöhe erfolgen (risikoorientierter und Flächendeckungs-Grundsatz).

Es ist unklar, weshalb der Umfang der Kontrollen durch Auftraggeber wesentlich kürzer als im derzeit geltenden § 9 HVTG geregelt ist. Soll damit eine Verlagerung der Kontrolltätigkeit durch Auftraggeber auf die gemäß § 20 geplante Prüfbehörde erfolgen?

§ 20 Prüfbehörde

Es wird begrüßt, dass nunmehr eine Regelung zur Einrichtung einer Prüfbehörde beabsichtigt ist, die Kontrollen durchführt, um die Einhaltung der dem Auftragnehmer als auch dessen Nachunternehmen aufgrund des Gesetzentwurfs auferlegten Verpflichtungen zu überprüfen. Dies deckt sich inhaltlich mit dem durch die städtischen Fraktionen von CDU, SPD und Bündnis 90/Die GRÜNEN beschlossenen Koalitionsvertrag (2016-2021), wonach die Einhaltung von Vergabekriterien – insbesondere die Einhaltung der Tariftreue – noch stärker überprüft und Verstöße dagegen nach Möglichkeit geahndet werden. Sollten die im Gesetzentwurf definierten Prüftätigkeiten durch eine Prüfbehörde wahrgenommen werden, wäre dies ein Fortschritt.

Sofern beabsichtigt ist, diese Prüfbehörde einzurichten, sollte zunächst das Verhältnis der §§ 19, 20 zueinander geklärt werden. Insofern sollte klargestellt werden, ob und inwieweit daneben die Gebietskörperschaft gemäß § 19 weiterhin berechtigt sein soll, ihre bisherigen Kontrolltätigkeiten in dieser Sache auf zivilrechtlicher Basis durch spezifische Vertragsregelungen weiterhin durchzuführen: Unterstützt die geplante Prüfbehörde den Auftraggeber bei seinen Kontrollen gemäß § 19 oder ist die Prüfbehörde allein zuständig? (Stichwort: konkurrierende oder ausschließliche Zuständigkeit der Prüfbehörde?). Denn nach Maßgabe des städtischen Koalitionsvertrages wurde ein neues Sachgebiet "Vergabe- und Nachtragskontrolle" im Bereich der Abteilung "Zentrales Einkaufs- und Vergabemanagement" der Stadtkämmerei der Stadt Frankfurt am Main geschaffen, für das drei Stellen zur Verfügung stehen. Im Leitfaden zur Vergabe- und Beschaffungsordnung der Stadt Frankfurt am Main sind die Einzelheiten der stadtweiten Kontrolltätigkeit durch das Sachgebiet "Vergabe- und Nachtragskontrolle" der Stadtkämmerei organisationstechnisch definiert.

§ 21 Sanktionen

In § 21 ist die Vertragsstrafe mit 10% des Auftragswerts bewehrt. Diese Neubewertung der Vertragsstrafe ist vor dem Hintergrund höchstrichterlicher Rechtsprechung zu überprüfen. Bisher wurde beispielsweise mit den Weiteren Besonderen Vertragsbedingungen unter

Ziffer 10.2 "Vertragsstrafe nach § 18 Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz" eine Vertragsstrafe von einem Prozent der Nettoauftragssumme vereinbart (Landesformular Hessen für den Hochbau). Insgesamt wurde die Vertragsstrafe bisher auf 5% der Nettoauftragssumme begrenzt."

Mit freundlichen Grüßen

Stephan Gieseler
Direktor

TRANSPARENCY INTERNATIONAL Deutschland e.V.
Die Koalition gegen Korruption.

Transparency International Deutschland e.V.
Alte Schönhauser Str. 44 | 10119 Berlin

Geschäftsstelle
Alte Schönhauser Str. 44
10119 Berlin
Tel. +49 30 549898-0
Fax +49 30 549898-22
E-Mail: office@transparency.de
www.transparency.de

per E-Mail an h.schnier@ltg.hessen.de und m.eisert@ltg.hessen.de.

Berlin, 25. Mai 2021

Stellungnahme von Transparency International Deutschland e.V. zum Entwurf der Fraktion der CDU sowie der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN des hessischen Landtags zur Novellierung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes und zur Änderung der Hessischen Landeshaushaltsordnung | Drs. 20/5277

Sehr geehrte Frau Schnier,

haben Sie vielen Dank für Ihre Anfrage bezüglich einer schriftlichen Stellungnahme von Transparency International Deutschland e.V. (Transparency Deutschland) zu dem Antrag der Fraktion CDU sowie Fraktion BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN zur Novellierung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes und zur Änderung der Hessischen Landeshaushaltsordnung.

Wir nehmen diese Möglichkeit sehr gerne wahr, Sie finden unsere Stellungnahme anbei. Wir sind mit einer Veröffentlichung auf der Webseite des Landtags einverstanden.
Von der Teilnahme an der Anhörung sehen wir ab.

Vielen Dank und mit freundlichen Grüßen

Christian Heuking
Leiter der Arbeitsgruppe Vergabe

Dr. Christian Lantermann
Vorstandsmitglied

Stellungnahme von Transparency International Deutschland e.V. zum **Antrag der Fraktion CDU und der Fraktion BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN zur Novellierung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes und zur Änderung der Hessischen Landeshaushaltsordnung | Drs. 20/5277**

Verfasser: Arbeitsgruppe Vergabe, unter der Leitung von Christian Heuking

1. Zur Einrichtung der Informationsstelle

Die Einrichtung der in § 17 vorgesehenen Informationsstelle ist zu begrüßen. Es ist rechtlich zulässig und in der Sache richtig, für die öffentlichen Auftraggeber diejenigen Informationen zu sammeln und vorzuhalten, die einerseits für die Beurteilung der Integrität der Unternehmen von Bedeutung sind und es andererseits ermöglichen, unzuverlässige Unternehmen von der Vergabe auszuschließen. Dazu können - wie hier in § 17 Abs. 3 vorgesehen - alle geeigneten Informationen genutzt werden; eine rechtskräftige Entscheidung über das betreffende Fehlverhalten ist dazu weder erforderlich noch ist eine solche sachgerecht, was in der Gesetzesbegründung zu § 17 Abs. 3 zutreffend festgestellt wird. Denn entgegen verbreiteter Ansicht sind das Vergaberecht und der im Vergaberecht vorgesehene Ausschluss unzuverlässiger Unternehmen von Vergabeverfahren keine Mittel zur Unternehmenssanktionierung; das Vergaberecht dient der Bedarfsdeckung und sollte nur mit größter Zurückhaltung für vergabefremde Zwecke genutzt werden. Da der Ausschluss von Verfahren keine Sanktion ist, ist es nicht geboten, die Beurteilung der Zuverlässigkeit an (straf-)gerichtlichen Entscheidungen festzumachen. Umgekehrt ist es im Sinne der sachgemäßen Bedarfsdeckung wichtig, Unternehmen, die ihre Zuverlässigkeit durch Selbstreinigung gemäß § 125 GWB wiederhergestellt haben, zügig wieder zum Wettbewerb zuzulassen, damit die Auftraggeber auf einen möglichst breiten und funktionierenden Markt zugreifen können.

Damit Unternehmen, die schwere Verfehlungen begangen haben, im Sinne den Wettbewerb stützender und schützender Beschaffung von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können, ist es von zentraler Bedeutung, dass die Informationsstelle möglichst viele Informationen erhält. In der Begründung zu § 17 Abs. 9 wird diese Bedeutung zu Recht hervorgehoben. Unzureichend ist es allerdings, wie in § 17 Abs. 9 vorgesehen, nur die öffentlichen Auftraggeber nach § 1 Abs. 4 für die Meldung in die Pflicht zu nehmen. Diese erfahren in der Regel nur selten von schwerwiegenden Verstößen, haben kein Interesse an einer Meldung und sind in dem Meldeverhalten nicht kontrollierbar. Vielmehr ist es geboten, die Meldepflicht auf Ermittlungsbehörden, insbesondere die Staatsanwaltschaften und die Hauptzollämter, zu erstrecken, da diese die notwendigen Informationen erhalten. Die Erfahrungen aus der Vergangenheit belegen, dass gerade die Bereitstellung von Informationen nicht funktioniert. Um dies zu verbessern

ist es dringend geboten, den Kreis der Pflichtigen zu erweitern, die neuen Meldepflichten dort gezielt vorzustellen und ihre Einhaltung zu überwachen.

Vor dem Hintergrund einer sich globalisierenden Wirtschaft und der Lage Hessens in der Mitte Deutschlands (mit Grenzen zu sechs Bundesländern) und Europas sind in Hessen viele nicht-hessische oder europaweit operierende Unternehmen an öffentlichen Vergaben beteiligt. Es ist sicherzustellen, dass Informationen über Verfehlungen von Unternehmen, die außerhalb Hessen begangen wurden, nicht unberücksichtigt bleiben. Auch wenn dies nur teilweise in die Kompetenz des hessischen Gesetzgebers liegt, wäre es wünschenswert, wenn hier eine deutschland- oder europaweite Transparenz hergestellt werden könnte. Das Register der hessischen Informationsstelle ist insoweit nur eine - leider unzureichende - Insellösung neben den fortbestehenden Landesregistern.

Der Gesetzesentwurf schweigt zur Frage nach der Ausstattung der Informationsstelle, anders als zu den bei dem HMIS 1,5 bereitzustellenden Personalstellen. Eine angemessene Personalausstattung der Informationsstelle ist sicherzustellen.

Die Effektivität der Informationsstelle ist spätestens zwei Jahr nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zu überprüfen. Die Ergebnisse der Prüfung und der Kontrolle des Meldeverhaltens sollten veröffentlicht und erforderlichenfalls Maßnahmen zu Korrektur festgestellter Defizite empfohlen werden. Denn aufgrund der nun vorgesehenen Maßnahmen ist zu befürchten, dass die Informationsstelle mangels verfügbarer Informationen keine große Bedeutung erlangen wird. Eine Verbesserung der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität ist so nicht zu erreichen.

In das Gesetz ist die Pflicht zu einem Monitoring der Effektivität der Informationsstelle zwei Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes aufzunehmen. In die Überprüfung sollten sowohl das Meldeverhalten als auch das Abfrageverhalten einbezogen werden.

2. Zu den Abfragepflichten bei der Informationsstelle

Es ist zu kritisieren, dass eine Abfragepflicht für die Auftraggeber der in § 17 Abs. 7 Satz 3 benannten kommunalen Stellen nicht vorgesehen ist. Erfahrungsgemäß sind die Risiken wegen der engen Beziehung zwischen den Verfahrensbeteiligten hier besonders hoch. Es ist nicht ersichtlich, dass diesen Risiken auf andere Weise, z.B. durch Verbesserung des Rechtsschutzes gegen benachteiligende Entscheidungen über den Zuschlag, begegnet würde.

Vor allem wird in der Gesetzesbegründung lapidar darauf hingewiesen, dass eine solche verbindliche Abfragepflicht für Gemeinden, Gemeindeverbände, Eigenbetriebe,

kommunale Arbeitsgemeinschaften und Zweckverbände nicht bestehe, ohne auch nur den Ansatz einer Begründung für diese weitrechende Ausnahme anzubieten.

Die Abfragepflicht sollte für alle in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallenden öffentlichen Auftraggeber gelten.

3. Zu den Vergabekompetenzstellen

Die Einrichtung der Vergabekompetenzstellen ist grundsätzlich zu begrüßen. Der damit beabsichtigte Schutz der Unternehmen wird im Hinblick auf vergaberechtliche Fehlentscheidungen aber nicht erreicht.

In der Gesetzesbegründung wird zutreffend darauf hingewiesen, dass Unternehmen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit keinen Anspruch darauf haben, dass der Staat für die Unterschwellenvergabe einen Primärrechtsschutz vorsieht. Der sog. Primärrechtsschutz ermöglicht es Unternehmen, im vergaberechtlichen Rechtsschutzverfahren den Zuschlag an sich zu bewirken. Um den Unternehmen dies zu ermöglichen, sind die öffentlichen Auftraggeber zur rechtzeitigen Vorab-Information der Bieter über den beabsichtigten Zuschlag verpflichtet, ein trotzdem erteilter Zuschlag ist nichtig. Übergangene Bieter haben so die Möglichkeit der Überprüfung der Entscheidung.

Unterhalb der Schwellenwerte haben Unternehmen grundsätzlich nur die üblichen zivilprozessualen Möglichkeiten, ihre Rechte durchzusetzen. Diese sind in der Regel wenig effektiv. Rechtsmittel auf Erteilung des Zuschlags sowie einstweiliger Rechtsschutz scheitern in der Regel an der mangelnden Kenntnis unterlegener Bieter, weil eine Vorab-Information nicht vorgesehen ist. Daran fehlt es auch hier. Dabei haben die Länder durchaus die Möglichkeit, den Rechtsschutz auch für Unterschwellenvergaben zu verbessern: Vorab-Information, Zuschlagsverbote und Auskunftsrechte der Unternehmen sind Maßnahmen, die den Rechtsschutz der Unternehmen deutlich verbessern und in anderen Bundesländern eingeführt wurden (so etwa in Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen). Generell gilt, dass eine Vorab-Information und Auskunftsrechte die Möglichkeit zur Überprüfung von Vergabeentscheidungen fördern. Das so gesteigerte Entdeckungsrisiko für korruptive Manipulationen dient dem Schutz aller.

Die stattdessen für die Vergabekompetenzstellen vorgesehenen Befugnisse bleiben hinter diesen Möglichkeiten weit zurück. Die vorgesehenen Schwellenwerte (Auftragswert von 500.000 Euro für Bauleistungen bzw. 50.000 Euro für Liefer- und Dienstleistungen) mögen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit akzeptabel sein. Unakzeptabel ist für einen effektiven Schutz aber, dass Unternehmen ihre Beschwerde bei der Vergabekompetenzstelle erst anbringen dürfen, nachdem sie den Verfahrensverstoß zuvor bei dem öffentlichen Auftraggeber beanstandet haben und dieser nicht abgeholfen

hat. Damit ist der Rechtsschutz praktisch auf allgemeine Verfahrensverstöße beschränkt, auf solche, die aus dem Verfahrensablauf sichtbar werden und im Prinzip für alle Bieter gelten. Auf die Zuschlagserteilung werden sich die so geschaffenen Befugnisse nicht auswirken können.

Es kommt hinzu, dass die Vergabekompetenzstelle nur Empfehlungen aussprechen kann. Dies gilt sowohl für die Sachentscheidung als auch für die Verschiebung des Zuschlags durch den Auftraggeber. So schafft man keinen effektiven Schutz.

Deshalb sollten Vorab-Information, Zuschlagsverbote und Auskunftsrechte der Unternehmen in dem Gesetzentwurf eingeführt werden.

4. Zur Gleichstellung von öffentlicher Ausschreibung und beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb

Die Gleichstellung von öffentlicher Ausschreibung und beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb entspricht den Regelungen im Oberschwellenbereich, begegnet aber gerade im Hinblick auf die Korruptionsprävention Bedenken. Der öffentlichen Ausschreibung ist daher grundsätzlich der Vorrang einzuräumen.

Verzichtet man auf den Vorrang, so sind geeignete Sicherungsmaßnahmen vorzusehen. Im Prinzip geeignet ist dazu die für öffentliche Auftraggeber des Landes in § 17 Abs. 7 vorgesehene Pflicht, für die Beschränkte Ausschreibung, die Freihändige Vergaben, das nicht offene Verfahren und das Verhandlungsverfahren schon vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe bei der Informationsstelle das Vorliegen von Informationen über die zu beteiligenden Unternehmen abzufragen. Da diese Pflicht für die in § 17 Abs. 7 Satz 3 genannten kommunalen Stellen nicht gilt, bleiben - wie bereits dargestellt - Lücken. Voraussetzung für eine effektive Prüfung ist zudem, dass die Informationsstelle über die relevanten Informationen verfügt.

5. Fazit

Bei näherer Betrachtung der in dem Gesetz vorgesehenen Regelungen, die - auch - der Korruptionsprävention dienen, ist festzustellen, dass diese Verbesserungspotential aufweisen. Umso wichtiger ist, es die Effektivität der Maßnahmen zwei Jahre nach dem Inkrafttreten zu überprüfen.

Das **Entwicklungspolitische Netzwerk Hessen** (EPN Hessen e.V.) vertritt gegenwärtig über 100 entwicklungspolitisch engagierte Organisationen und Initiativen in Hessen. Viele unserer Mitglieder unterhalten beständig Beziehungen mit Projektpartner*innen in Ländern des Globalen Südens und sind mit der Bedeutung globaler Lieferketten für Wirtschaft, Arbeitsbeziehungen und Umweltverhältnisse in diesen Ländern wohl vertraut. Aus unserer Arbeit mit Kommunen, darunter viele der rund 60 hessischen Fairtrade-Towns, kennen wir die Hürden und Bedarfe zum Thema nachhaltige Beschaffung.

Entwicklungspolitisches Netzwerk Hessen e.V. * Vilbeler Straße 36 * 60313 Frankfurt

An die Mitglieder des
Ausschusses für Wirtschaft, Energie,
Verkehr und Landesentwicklung
im Hessischen Landtag

Frankfurt am Main, den 25.05.2021

Schriftliche Stellungnahme zum

Gesetzentwurf der Fraktionen CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Gesetz zur Novellierung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes und zur Änderung der Hessischen Landeshaushaltsordnung – Drucks. 20/5277

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir kommen sehr gern der Einladung nach, schriftlich Stellung zu dem oben genannten Gesetzentwurf zu nehmen. Unserer Expertise entsprechend konzentrieren wir uns bei der Bewertung des vorliegenden Gesetzentwurfs im Folgenden auf diejenigen Aspekte, die für die Umsetzung einer **nachhaltigen und fairen Vergabe** in Hessen förderlich oder auch hinderlich sein können.

Wir begrüßen, dass soziale und umweltbezogene Aspekte in § 3 für öffentliche Vergaben des Landes Hessen verbindlich berücksichtigt werden müssen. Die Muss-Bestimmung wird jedoch durch die Formulierung „grundsätzlich“ abgeschwächt. Wir empfehlen, diese in „zwingend“ abzuändern oder eine **Pflicht zur Dokumentation von Ausnahmen** aufzunehmen (vgl. § 8 VGV).

Notwendig wäre, dass auch die kommunalen Akteure dazu verpflichtet werden, soziale und umweltbezogene Belange zu berücksichtigen. Dies ergibt sich u.a. aus Art. 26b und Art 26c der hessischen Verfassung.

Nicht nachvollziehbar ist, warum Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts nach § 105 Abs. 1 der Hessischen Landeshaushaltsordnung sowie Besteller im öffentlichen Nahverkehr nicht in § 3 genannt werden, obwohl sie in § 1 als öffentliche Auftraggeber aufgezählt werden.

Die Formulierungen in § 3 im Gesetzentwurf sind sehr vage und wir empfehlen eine **Konkretisierung der Vorgaben**. Der §3 gibt Beschaffungsverantwortlichen keine Anhaltspunkte an die Hand, in

welchen Fällen sie wirklich tätig werden müssen und welche Nachweisführung den größten Nutzen sicherstellt. So allgemein formuliert - so befürchten wir - verkommt der Grundsatz zum Allgemeinplatz und wird nicht in der Breite angewandt. Beschaffungsstellen benötigen Konkretisierung und Unterstützung, um dieses für viele neue Thema anzugehen. Beschaffungsverantwortliche brauchen Antworten auf Fragen zu Verhältnismäßigkeit, Nachweisführung, relevanten Produktgruppen, Gütezeichen etc.

Für die Konkretisierung der Vorgaben empfehlen wir folgende Anpassungen/Ergänzungen:

Nennung von ILO-Kernarbeitsnormen und Fairem Handel: Die offene Formulierung bietet mehr Freiheit als der bisher abgeschlossene Kriterienkatalog. Gleichzeitig möchten wir anregen, neben „Klimaschutz“ **weitere Beispiele für soziale und umweltbezogene Aspekte** aufzuführen, um Beschaffungsverantwortlichen die Breite von möglichen sozialen Kriterien aufzuzeigen. Insbesondere empfehlen wir die Aufnahme von ILO-Kernarbeitsnormen und Fairem Handel als weitere Beispiele.

Konkretisierende Verwaltungsvorschrift/ Rechtsverordnung: Wir empfehlen darüber hinaus, in einer ergänzenden Verwaltungsvorschrift/ Rechtsverordnung gewisse Konkretisierungen vorzunehmen, um die beschaffenden Stellen zu entlasten, ihnen praktikable und unbürokratische Vorgehensweisen zu ermöglichen sowie den Verwaltungsaufwand gering zu halten.[1] Sie sollte folgende Punkte enthalten[2]

- eine dynamisch zu ergänzende **Liste relevanter Produktgruppen**, bei denen häufig Arbeitsrechtsverletzungen (und massive Umweltverschmutzung) auftreten. Für sensible Produktgruppen, die vergaberechtlich bereits in neun Bundesländern geregelt sind, muss gelten, dass diese nicht ohne nachweisliche Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen beschafft werden dürfen.
- eine dynamisch zu ergänzende produktspezifische Auflistung von anerkannten Zertifizierungen und Nachweisen;
- erlaubte Formen der Nachweis-Erbringung und deren nach Glaubwürdigkeit abgestufte Behandlung, z.B. in Form eines Punkte-Systems.

Nachweise zur Einhaltung von sozialen und umweltbezogenen Kriterien: Für die Nachweisführung zur Einhaltung von sozialen und umweltbezogenen Aspekten wird im Gesetzentwurf keine Aussage getroffen. Einfache Eigenerklärungen ohne Nachweiswert sollten jedoch nur in begründeten Ausnahmefällen anerkannt werden, etwa wenn unabhängige Zertifikate nicht zur Verfügung stehen. Die Beweispflicht dafür sollte beim Auftragnehmer liegen.[3] Wir empfehlen stattdessen

[1] Wie z.B. in Bremen, vgl. Bremische Kernarbeitsnormenverordnung , unter https://www.transparenz.bremen.de/sixcms/detail.php?gsid=bremen2014_tp.c.68151.de&asl=bremen203_tpgesetz.c.55340.de&template=20_gp_ifg_meta_detail_d

[2] Wir stehen bei der Erstellung der Auflistungen von Produktgruppen und Nachweisen gern für Beratung zur Verfügung.

[3] In der Praxis führen einfache Verpflichtungserklärungen häufig zu Frustration bei Vergabestellen und Bietern, da sie Aufwand bedeuten, zugleich aber keinen glaubwürdigen Nachweis liefern und von Vergabestellen kaum effizient überprüft werden können. Gleichzeitig führen sie zu einer Wettbewerbsverzerrung: Unternehmen, die die Beachtung internationaler Arbeitsstandards von Siegel- oder Monitoringorganisationen nachweisen und kontrollieren lassen, werden gleichgestellt mit den Bietern, die lediglich mit einer Eigenerklärung unterschreiben, dass sie Sozialstandards einhalten.

ein **glaubwürdiges Nachweis-Instrumentarium im Rahmen einer Verwaltungsvorschrift** auszugestalten, das folgende Formen der Nachweiserbringung beinhaltet:

a. Gütezeichen, die die Bedingungen aus § 34 VgV bzw. § 24 Abs. 2 UVgO erfüllen, oder nachweislich gleichwertige [4] Gütezeichen (eine produktspezifische Auflistung von anerkannten Gütezeichen kann ebenfalls in die Verwaltungsvorschrift aufgenommen werden) und/oder
b. Nachweis der Mitgliedschaft in einer anerkannten Multi-Stakeholder Initiative und/oder
c. Formulierung verbindlicher zielführender Maßnahmen, z.B. Berichtspflichten, Anforderungen an das Managementsystem oder Offenlegung der Nachunternehmer.

Es ist zu empfehlen, dass die Nachweise abgestuft nach ihrer Glaubwürdigkeit behandelt werden, z.B. über die Einführung eines Punktesystems.

Mit diesen Formen der Nachweiserbringung könnten öffentliche Auftraggeber die Einhaltung der geforderten Kriterien und deren Kontrolle deutlich zielführender bewerkstelligen. Dass solche Nachweispflichten in der Praxis rechtlich sicher und praktisch umsetzbar sind, zeigen diverse Praxisbeispiele sowie die Anwendung in Niedersachsen gem. § 2 NKernVO.

Empfehlungen für begleitende Maßnahmen

In unserer Arbeit mit Kommunen und Kreisen, darunter die rund 60 hessischen Kommunen und Kreise, die als Fairtrade-Towns[5] ausgezeichnet sind, wurde deutlich, dass nachhaltige Beschaffung in vielen Fällen angestrebt wird, gleichzeitig jedoch Hürden in der Umsetzung bestehen. Beschaffungsverantwortliche brauchen Antworten auf Fragen zu Verhältnismäßigkeit, Nachweisführung, relevanten Produktgruppen, Gütezeichen etc.

Daher sollte das Land Hessen Beratungs- und Servicekapazitäten für Beschaffer*innen bereitstellen, um die Umsetzung einer nachhaltigen öffentlichen Beschaffung in der Praxis zu unterstützen und Beschaffungsstellen zu entlasten. Wir empfehlen die Einrichtung einer **Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung**, welche Beschaffungsstellen in Hessen in allen relevanten Fragen berät.[6] Vergleichbare Einrichtungen gibt es bereits in vier Bundesländern (Berlin, Bremen, Hamburg und Schleswig-Holstein).[7]

[4] Auftraggeber müssen andere als die geforderten Gütezeichen akzeptieren, wenn diese gleichwertige Anforderungen stellen. Diesbezüglich sollte entsprechend § 24 Abs. 4 der Unterschwellenvergabeordnung ausdrücklich festgelegt werden, dass die Beweislast für die Gleichwertigkeit beim Bieter liegt.

[5] Vgl. www.fairtrade-towns.de

[6] Die Auftragsberatungsstelle Hessen leistet dies nicht und auch die Kapazitäten der Bundes-Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung sind für diese Aufgabe nicht ausreichend.

[7] Es ist zu gewährleisten, dass ausreichend personelle und finanzielle Ressourcen zur Verfügung stehen, um nicht nur den bestehenden Beratungsbedarf zu decken, sondern die nachhaltige Beschaffung proaktiv voranbringen zu können. Mögliche Leistungen neben Schulungs-, Beratungs-und Serviceleistungen könnten sein: Durchführung von Bieterdialogen (Bsp. Bremen), Bündelung von Aufträgen und Bedarfen für Rahmenverträge (Bsp. Hamburg), Öffentlichkeitsarbeit zur Stärkung der nachhaltigen Beschaffung, Beteiligung an der statistischen Erfassung von öffentlichen Aufträgen auf Landesebene etc. Beiräte unter Beteiligung maßgeblicher Stakeholder (wie z.B. Kommunen und Nichtregierungsorganisationen) sollten die Arbeit der Servicestellen unterstützen.

Flankierend dazu muss möglichst zügig eine **angemessene Datenbasis** aufgebaut werden, um die Fortschritte bei der nachhaltigen Beschaffung erfassen und darstellen zu können (**Monitoring**). Dazu müssen die Beschaffungen auf Landesebene insgesamt sowie außerdem jene Beschaffungsvorgänge, bei denen soziale oder umweltbezogene Aspekte berücksichtigt/nicht berücksichtigt wurden, statistisch erfasst und aussagekräftig aufbereitet werden.

Nachhaltige Beschaffung muss darüber hinaus fester Bestandteil der **Aus- und Weiterbildung** der Verwaltungsmitarbeiter*innen und in den entsprechenden Curricula fest verankert werden.

Um die nachhaltige Beschaffung zu stärken, sollte das Land Hessen darüber hinaus **Zielmarken und Stufenpläne** festlegen, auch für einzelne Beschaffungsstellen und Produktgruppen.

Der Nutzen einer verantwortungsvollen nachhaltigen Beschaffung

Der Nutzen einer verantwortlichen Beschaffung nach ökologischen und sozialen Kriterien ist vielfältig:

- Verantwortung gegenüber zukünftigen Generationen.
- Beitrag zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen entlang der Lieferkette weltweit;
- Schaffung eines gerechten Wettbewerbs auf Grundlage der Einhaltung fairer, sozialer und ökologischer Kriterien aller an öffentlichen Ausschreibungen beteiligten Unternehmen;
- Wahrnehmen der Vorbildrolle für einen nachhaltigen privaten Konsum;
- Verhinderung von Tarif- und Sozialdumping;
- Langfristige Spareffekte durch nachhaltige Beschaffung (Stichwort Lebenszykluskosten);
- Orientierung für Unternehmen: Hinreichendes Maß an Entwicklungsdruck und Planungssicherheit vermitteln. Gerade für mittelständische Unternehmen können umweltverträgliche Innovationen und menschenrechtliche Sorgfalt auch international, einen entscheidenden Wettbewerbsvorteil darstellen.

Umso wichtiger ist es, dass das Land Hessen bei der öffentlichen Beschaffung seine Einkaufsmacht einsetzt und seiner Verpflichtung und Verantwortung für gute Arbeitsbedingungen weltweit sowie gegenüber verantwortungsbewussten Unternehmen und der Bevölkerung nachkommt.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Dorothe Sommer Elfriede Harth

Vorstand Entwicklungspolitisches Netzwerk Hessen e.V.

[GGSC]
[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.] Stralauer Platz 34 | 10243 Berlin

Hessischer Landtag
Die Vorsitzende des Ausschusses
für Wirtschaft, Energie, Verkehr
und Wohnen
Schlossplatz 1-3
65183 Wiesbaden

per E-Mail: H.Schnier@ltg.hessen.de
M.Eisert@ltg.hessen.de

Berlin
EnergieForum Berlin
Stralauer Platz 34
10243 Berlin
Tel. 030 726 10 26 0
Fax. 030 726 10 26 10
berlin@ggsc.de
www.ggsc.de

Berlin
Prof. Hartmut Gaßner
Dr. Klaus-Martin Groth
Wolfgang Siederer
Katrin Jänicke
Caroline von Bechtolsheim
Dr. Achim Willand
Dr. Jochen Fischer
Dr. Frank Wenzel
Dr. Maren Wittzack
Dr. Gerrit Aschmann
Dr. Georg Buchholz
Jens Kröcher
Dr. Sebastian Schattenfroh
Prof. Dr. Jörg Beckmann
Dr. Joachim Wrase
Isabelle-Konstanze Charlier, M.E.S.
Dr. Markus Behnisch
Wiebke Richmann
Annette Sander
Linus Viezens
Udo Paschedag
Till Schwerkolt
Dr. Manuel Schwind
Dr. Benjamin Tschida
Franziska Kaschluhn
René Hermann
Daniela Weber
Laurenz Schleicher
Gina Benkert
Stefanie Jauernik
Linda Reiche
Janna Birkhoff
Ida Oswalt
Henriette Albrecht
Felix Anlauf

Augsburg
Dr. Thomas Reif
Robert Kutschick
Prof. Dr. Valentin Köppert, LL.M.
Julia Bollinger

Berlin, 25.05.2021
Unser Zeichen: 000485-20/JK/nm

Dokumentennummer: 452847 -

Stellungnahme Gesetzentwurf Fraktion der CDU, Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Gesetz zur Novellierung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes und zur Änderung der Hessischen Landeshaushaltsordnung – Drucks. 20/5277 –

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben in der oben angeführten Angelegenheit und bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Gesetz zur Novellierung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes (im Folgenden: HVTG-E) und zur Änderung der Hessischen Landeshaushaltsordnung (im Folgenden: LHO-E)

Unsere Stellungnahme beschränkt sich dabei auf die mit der Vergabe öffentlicher Aufträge in engerem Zusammenhang stehenden, wesentlichen Aspekte des Gesetzesentwurfs. Aus Zeitgründen ist es uns leider nicht möglich, zu Fragen der Zweckmäßigkeit und Praktikabilität aller Normen umfassend Stellung zu nehmen.

Wir konzentrieren uns daher nachfolgend auf die wesentlichen vergaberechtlichen Kritikpunkte an dem Entwurf. Insgesamt ist zu konstatieren, dass die gesetzgeberischen Ziele zu begrüßen sind und auch weitgehend konsequent umgesetzt werden.

Nachfolgend gehen wir zunächst allgemein auf die mit dem Gesetzentwurf verbundenen Fragestellungen (hierzu unter I.) ein, bevor wir zu den Einzelregelungen in dem Gesetzesentwurf Hinweise geben (hierzu unter II.)

I. Allgemeine Anmerkungen

Dem Gesetzesentwurf gelingt es in weiten Teilen, das HVTG der zukünftig auch in Hessen geltenden UVgO anzupassen, indem Regelungen, welche die UVgO enthält, aus dem HVTG gestrichen wurden. An einigen unter II. näher bezeichneten Stellen besteht allerdings noch die Möglichkeit weitere Vereinfachungen vorzunehmen und dadurch Doppelungen zu vermeiden, welche zu Rechtsunsicherheiten führen könnten.

Die aktuelle Umsetzung des im Entwurf bezeichneten zweiten Zieles – der Stärkung der nachhaltigen Beschaffung – gelingt hingegen nicht vollständig. Die Ausgestaltung des § 3 HVTG-E ist zu unbestimmt. Auch an anderen Stellen wurden Formulierungen mit weitem Auslegungsspielraum gewählt, bei denen eine weitere Konkretisierung wünschenswert ist, um Unklarheiten in der Vergabepraxis zu vermeiden.

Des Weiteren sollen drei Verwaltungs-/Kompetenzstellen geschaffen bzw. gesetzlich verankert werden, deren Rollen bisweilen aber nicht klar beschrieben sind. Es sollte jeweils noch einmal grundsätzlich bedacht werden, welche Aufgaben und Funktionen diese Stellen genau haben sollen und ob durch deren Einrichtung tatsächlich eine Förderung der gesetzgeberischen Ziele zu erwarten ist. Ein mehr an Akteuren bedeutet nicht automatisch eine bessere Qualität der Vergabeverfahren.

II. Stellungnahme zu den einzelnen Regelungen in den Gesetzesentwürfen

Im Folgenden gehen wir auf ausgewählte Regelungen des HVTG-E und des LHO-E ein. Wir beschränken uns dabei auf die wesentlichen, aus der Vergabepraxis relevanten Hinweise.

1. Regelungen des HVTG-E

Insgesamt sollten vor der Verabschiedung im gesamten Entwurf die Verweise auf den Stand der jeweils in Bezug genommenen gesetzlichen Bestimmungen überprüft und ggf. korrigiert werden. Die bisherigen Angaben sind teilweise seit der ersten Lesung des Gesetzes wieder veraltet (bspw. wurde das GWB zuletzt mit Gesetz vom 9. März 2021 (BGBl. I S. 327) geändert).

a) Soziale, ökologische und innovative Anforderungen, Nachhaltigkeit (§ 3 HVTG-E)

In Abs. 1 ist vorgesehen, dass die sozialen, ökologischen und innovativen Anforderungen „grundsätzlich“ zu berücksichtigen sind. Dadurch stellt sich unmittelbar die Frage, in welchen Fällen Abweichungen erlaubt sein sollen. Darüber gibt der Entwurf jedoch keine Auskunft. Hier bedarf es einer Klarstellung.

Die Streichung des Kataloges in§ 3 Abs. 2 HVTG verfolgt zwar das begrüßenswerte Ziel, dem öffentlichen Auftraggeber die Anwendung weiterer Kriterien zu ermöglichen, dies könnte allerdings auch erreicht werden, indem die Liste der Kriterien nicht abschließend, sondern beispielhaft formuliert wird. Dem Gesetzesanwender (Vergabestellen und Bietern) würde ein solcher Katalog jedenfalls Orientierung bieten, was zu mehr Transparenz und Vorhersehbarkeit beitragen würde.

b) Tariftreue, Mindestlohnpflicht (§ 4 HVTG-E), Verpflichtungserklärung, Sozialkassenbescheinigung (§ 5 HVTG-E)

Die nunmehr übersichtlichere Gestaltung des § 4 HVTG-E ist ausdrücklich zu begrüßen. Da hier eine gesetzliche Verpflichtung geschaffen werden soll, ist es allerdings widersprüchlich, wenn nach § 5 Abs. 1 HVTG-E eine entsprechende Verpflichtungserklärung nur auf Verlangen der Vergabestelle abzugeben ist. Hier könnte aber auch ganz auf eine Erklärung verzichtet werden, da die Verpflichtung des Bieters bereits aus dem Gesetz folgt. Möglich wäre auch die Verpflichtung als Vertragsklausel aufzunehmen und dem Bieter seine Verpflichtung so nochmals vor Augen zu führen. In jedem Fall ist der Nutzen solcher Generalerklärungen ohnehin beschränkt.

Durch Abs. 3 und 4 des § 5 HVTG-E soll die Verwendung von Muster-Eigenerklärungen abgeschafft und durch eine Bescheinigung bei Bauleistungen der gemeinsamen Einrichtung iSd. § 2 Abs. 4 TVG bzw. bei sonstigen Leistungen der Krankenkasse ersetzt werden. Diese Abweichung vom Grundsatz der Eigenerklärung nach § 35 Abs. 2 UVgO stellt aus unserer Sicht eine (unnötige) bürokratische Belastung der Bieter dar. Es ist nicht ersichtlich, warum dies notwendig ist. Ein großes Missbrauchspotential besteht jedenfalls im Dienstleistungsbereich nicht, da eine Kontrolle im Einzelfall relativ leicht möglich ist.

c) Nachweise und Kontrollen (§ 7 HVTG-E)

Durch § 7 Abs. 4 HVTG-E soll beim für das Tarifwesen zuständigen Ministerium eine neue Stelle eingerichtet werden, welche sowohl für die öffentlichen Auftraggeber als auch für die Bieter Ansprechpartner sein soll. Die genaue Rolle dieser Stelle bleibt jedoch unklar. Sie soll zwar Auskunft zu den Vorgaben der genannten Gesetze geben, jedoch ausweislich der Entwurfsbegründung keine Rechtsberatung anbieten. Hier wird die Abgrenzung in der Praxis sehr schwerfallen.

Hinzukommt, dass die Stelle nach Abs. 5 ausdrücklich berechtigt ist, mögliche Verstöße zu melden. Dies wird dazu führen, dass sich Unternehmen, bei denen Beratungsbedarf besteht, vermutlich gerade nicht an die Stelle wenden werden aus Angst vor einer möglichen Anzeige. Daher sollte der Gesetzgeber nochmals prüfen, welche Ziele mit der Einrichtung der Stelle erreicht werden sollen. Sofern hier aus Sicht des Gesetzgebers ein Informationsdefizit der Auftraggeber und der Bieter bestehen sollte, sollte diese auch entsprechend ausgestaltet werden. Sofern die Stelle Kontrollfunktionen erfüllen soll, bedürfte es einer Abgrenzung zu Zuständigkeiten anderer Behörden.

Wir regen daher an, die Rolle und Funktion dieser Stelle nochmal grundsätzlich zu überdenken.

d) Vergabeverfahren, Bauleistungen zu Wohnzwecken (§ 12 HVTG-E)

Grundsätzlich gelungen ist der Aufbau des § 12 HVTG. Dieser enthält eine Gleichstellung von Öffentlicher Ausschreibung und Beschränkter Ausschreibug mit Teilnahmewettbewerb. Insoweit werden – was erfreulich ist – auch die Begriffe vereinheitlicht.

Einzig die Einführung besonderer Regeln für „Bauleistungen für Wohnzwecke“ in § 12 Abs. 2 Nr. 1 lit. c) HVTG-E sollte überdacht werden. Hier verweist die Begründung auf den Einführungserlass des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat zur VOB/A vom 20.02.2019 (BW 1 7 – 70421). Uns sind keine Untersuchungen bekannt, die belegen würden, dass die Anwendung dieser Regelungen den anerkennenswerten Zweck – eine Vereinfachung des (öffentlichen) Wohnungsbaus – gefördert hätten. Die Durchführung von Vergabeverfahren dürften hier kaum der entscheidende „Hemmschuh“ sein. Eine Evaluation der Bestimmung auf Bundesebene steht – soweit ersichtlich - bisher aus.

e) Vergabe von freiberuflichen Leistungen (§ 12 HVTG-E)

Fragen wirft auch der Verweis in § 12 Abs. 5 HVTG-E auf. § 50 UVgO für die Vergabe freiberuflicher Tätigkeiten. § 50 UVgO lautet:

> *„§ 50 Sonderregelung zur Vergabe von freiberuflichen Leistungen*
>
> *Öffentliche Aufträge über Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden, sind* ***grundsätzlich im Wettbewerb*** *zu vergeben. Dabei ist so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist.“*

Wir gehen davon aus, dass hiermit keine Einschränkung des § 55 LHO einhergehen soll, wonach, wenn die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände es rechtfertigen, ein Wettbewerb ganz unterbleiben kann. Das betrifft insbesondere Leistungen, die ein besonderes Vertrauensverhältnis vo-

raussetzen. Da es ausweislich der Entwurfsbegründung vornehmlich darum ging, das Verfahren freier zu gestalten, ist aber keine Ausweitung des Wettbewerbsgrundsatzes vorgesehen. Dies sollte daher nicht nur in der Begründung, sondern auch im Gesetz selbst klargestellt werden.

f) Mittelstandsförderung (§ 14 HVTG-E)

§ 14 HVTG-E enthält weitgehend die Grundsätze zur Mittelstandsförderung, die bisher in § 12 HVTG enthalten waren. Dabei wurden die bisherigen Regelungen, welche nun in der UVgO enthalten sind – im Grundsatz zu Recht - gestrichen. Davon betroffen ist auch der ehemalige Abs. 4.

Dieser lautet:

> *„(4) Hauptauftragnehmer sind verpflichtet, auf Verlangen des öffentlichen Auftraggebers oder des Bestellers im Angebot oder spätestens vor Beginn der Auftragsausführung die geeigneten Nachunternehmen und Verleihunternehmen zu benennen und die Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers oder Bestellers einzuholen."*

Der Auftraggeber war daher weitegehend frei, das ob und den Zeitpunkt der Benennung von Nachunternehmern festzulegen.

Insoweit ergibt sich nunmehr allerdings eine relevante Abweichung zu § 26 UVgO:

> *„(1) Der Auftraggeber kann Unternehmen in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen auffordern, bei Angebotsabgabe die Teile des Auftrags, die sie im Wege der Unterauftragsvergabe an Dritte zu vergeben beabsichtigen,* ***sowie, falls zumutbar, die vorgesehenen Unterauftragnehmer zu benennen****. Vor Zuschlagserteilung kann der Auftraggeber von den Bietern, deren Angebote in die engere Wahl kommen, verlangen, die Unterauftragnehmer zu benennen und nachzuweisen, dass ihnen die erforderlichen Mittel dieser Unterauftragnehmer zur Verfügung stehen. (...).*

Hier sollte dem Gesetzgeber bewusst sein, dass die bisherige Regelung im HVTG den öffentlichen Auftraggebern mehr Möglichkeiten gibt, als dies nach der UVgO der Fall ist.

Zu der Frage der Unzumutbarkeit einer entsprechenden Anforderung in Vergabeunterlagen hat unter anderem das OLG München für den Oberschwellenbereich ausgeführt, dass im Einzelfall jedenfalls eine sehr frühe Benennung bereits mit Angebotsabgabe unzumutbar sein kann (OLG München, Beschluss vom 22. Januar 2009 – Verg 26/08 –, juris, Rn. 49). Der Bieter wäre nämlich u.U. bereits verpflichtet Verträge mit Dritten zu schließen, ohne zu wissen, ob er überhaupt eine realistische Chance auf einen Zuschlag hat (*Scharf*, in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, UVgO, 2. Auflage 2019, zur gleichlautenden Vorschrift des § 36 Abs. 1 VgV, Rn. 14). Die Regelung in der UVgO ist vor diesem Hintergrund aus unser Sicht durchaus interessengerecht. Bisher dürfte der Beurteilungsspielraum der Auftraggeber im Unterschwellenbereich aber größer gewesen sein.

§ 14 HVTG-E sieht einen weiteren Abs. 2 vor, nachdem die Berücksichtigung mittelständischer Interessen aktenkundig zu machen ist. Diese Regelung ist entbehrlich, da sich die Pflicht zur umfassenden Dokumentation bereits aus § 6 UVgO ergibt.

g) Urkalkulation (§ 16 HVTG-E)

In Bezug auf § 16 HVTG-E ist zu begrüßen, dass das Zwei-Umschlagsverfahren abgeschafft wurde. Dieses hat sich in der Praxis nicht bewährt.

Im Vergleich zur bisherigen Formulierung regelt der Abs. 1 nun nur noch, dass öffentliche Auftraggeber Urkalkulationen verlangen „können“. Dabei ist jede weitere Spezifizierung weggefallen. Dadurch werden neue Unsicherheiten geschaffen. Eine Konkretisierung wäre hier wünschenswert.

Die jetzige Reform sollte außerdem dazu genutzt werden, klarzustellen, dass die Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festlegen können, ob Bieter das Recht haben, bei der Öffnung der Urkalkulation anwesend zu sein. Zwingend ist die Anwesenheit der Bieter hingegen nicht.

h) Ausschluss von unzuverlässigen Unternehmen, Informationsstelle (§ 17 HVTG-E)

§ 17 Abs. 4 HVTG-E sieht eine Informationsstelle vor. Diese soll neben dem Wettbewerbsregister des Bundes bestehen und zusätzlich Eintragungen zu fakultativen Ausschlussgründen nach § 124 GWB und § 21 SchwarzArbG vornehmen. Jedenfalls der Verweis auf das SchwarzArbG ist an dieser Stelle überflüssig, da die arbeitsrechtlichen Verpflichtungen bereits von § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB erfasst sind.

Auch ansonsten ist aus unser Sicht eher zweifelhaft, ob ein weiteres Register notwendig und sinnvoll ist. In der Entwurfsbegründung heißt es:

> *„Das Informationsverzeichnis soll ein ergänzendes Instrument zu dem auf Bundesebene eingerichteten Wettbewerbsregister darstellen, in welches solche Unternehmen eingetragen werden, deren fehlende Integrität sich aus den in der Vorschrift genannten Ausschlussgründen ergibt, die wiederum zu den fakultativen Ausschlussgründen des § 124 GWB zählen.* ***So stehen damit zuverlässige Informationen bereit, um unzuverlässige Unternehmen bereits vor einem rechtskräftigen Urteil, das häufig erst nach einem jahrelangen Gerichtsverfahren gefällt wird, von der Vergabe auszuschließen.“***

Diese Begründung überzeugt nicht. Die Regelung im HVTG-E ändert nichts daran, dass strafrechtliche Verstöße nach § 123 GWB auch weiterhin erst nach einem gerichtlichen Verfahren im Wettbewerbsregister eingetragen werden. Die Verstöße iSd. § 124 GWB betreffen dagegen gerade die Grauzone, bei der eine Strafbarkeit z.B. bei einer regulären Insolvenzeröffnung (§ 124 Abs. 1 Nr. 2 GWB) nicht ohne Weiteres gegeben ist. Das Argument bereits während eines laufenden Gerichtsverfahrens Informationen sammeln zu können bzw. durch ein solches daran gehindert zu sein, greift daher nur bedingt.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass das Wettbewerbsregister des Bundes erst gerade seine Arbeit aufnimmt, in dem die Auftraggeber aufgerufen

sind, sich zu registrieren. In einer solchen Phase des Starts des Wettbewerbsregisters die Auftraggeber mit weiteren Meldepflichten zu belasten, erscheint nicht zielführend. Zunächst sollten die Erfahrungen mit dem Wettbewerbsregister auf Bundesebene ausgewertet werden.

Wenn aktuell Abfragen bei der OFD durch Auftraggeber in Hessen auf Grundlage von §§ 18 Abs. 2, 3 HVTG i.V.m. dem gemeinsamen Runderlass vom 23.10.2020 (StAnz. 48/2020, S. 1216) durchgeführt werden, erfolgt jedenfalls immer die Auskunft „derzeit liegen keine Vergabesperren vor".

i) Vergabekompetenzstellen (§ 18 HVTG-E)

§ 18 HVTG-E zielt darauf ab, ein neues (kleines) Nachprüfungsverfahren einzuführen. Dieses ist dem Verfahren bei den Vergabekammern angelehnt, was die Fristenregelung betrifft für den Unterschwellenbereich aber sehr weitgehend, wohingegen die tatsächlichen Eingriffsmöglichkeiten der „Vergabekompetenzstellen" begrenzt bleiben. Wir sehen keinen Bedarf für die Einführung dieser Kompetenzstellen und würden dem Beschleunigungsgrundsatz im Unterschwellenbereich den Vorrang einräumen.

Im Einzelnen:

Der Bieter hat die Möglichkeit sich bei der Vergabekompetenzstelle zu beschweren, § 18 Abs. 2 HVTG-E. Vorher muss er allerdings eine Art „Widerspruchsverfahren" beim Auftraggeber selbst durchgeführt haben, § 18 Abs. 2 S. 1 HVTG-E.

Die Kompetenzstelle kann dann den Auftraggeber dazu auffordern den Zuschlag auszusetzen. Dem „soll" der Auftraggeber nachkommen. Nach der Entwurfsbegründung soll der Auftraggeber zur Aussetzung verpflichtet sein, „es sei denn, es bestehen in dem konkreten Fall Gründe, vom Regelfall abzuweichen". Welche Gründe dies sein könnten, müsste hier in jedem Fall benannt werden. Nach unserer Einschätzung ist zu erwarten, dass die Kompetenzstellen - wie die Vergabekammern - nach einer nur überschlägigen Prüfung zunächst eine Aufforderung zur Aussetzung erteilen, um Zeit für ihre eigentliche Prüfung zu gewinnen. Dadurch käme es bei den meisten Beanstandungen zu einer Aussetzung des Verfahrens. Für die Auftraggeber

ist es deshalb von zentraler Bedeutung, wann sie sich darüber hinwegsetzen können.

Ein solches Überprüfungsverfahren dürfte daher regelmäßig dazu führen, dass die Frist des Abs. 3 abzuwarten ist. Dadurch kommt es unweigerlich zu einer Verzögerung des Vergabeverfahrens. Die tatsächliche Entscheidung der Kompetenzstelle ist dann allerdings nicht verbindlich, sondern hat lediglich den Charakter einer „Empfehlung". Warum dann aber vorher abgewartet werden muss, wenn der Auftraggeber schon zu erkennen gegeben hat, dass er seine Entscheidung nicht ändern wird, ist nicht nachvollziehbar.

2. Änderung der Hessischen Landeshaushaltsordnung (LHO-E)

In der Hessische Landeshaushaltsordnung werden die Begriffe zutreffend an § 12 HVTG-E angepasst. Bezüglich einer möglichen neuen Konfliktlage mit § 50 UVgO wird auf II. 1. e) der Stellungnahme verwiesen.

Nach derzeitigem Stand wird dem Linksunterzeichner wahrscheinlich eine Teilnahme an der Anhörung am 02.06.2021 möglich sein und er steht für ergänzende Fragen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Jens Kröcher
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht

Franziska Kaschluhn
Rechtsanwältin

ekom21 – KGRZ Hessen · Postfach 42 02 08 · 34071 Kassel

Olaf Orth
Olaf.Orth@ekom21.de
0561 204 1203
0561 204 2182
25.05.2020

Hessischer Landtag
Die Vorsitzende
des Ausschusses für Wirtschaft, Energie,
Verkehr und Wohnen
Schlossplatz 1 - 3
65183 Wiesbaden

per E-Mail an:
h.schnier@ltg.hessen.de
m.eisert@ltg.hessen.de

Landtagsanhörung - Stellungnahme
Fraktion der CDU, Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Gesetz zur Novellierung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes und zur Änderung der Hessischen Landeshaushaltsordnung

Sehr geehrte Frau Wissler,
Sehr geehrte Damen und Herren,

für die Gelegenheit und das Vertrauen des Hessischen Landtags, zu dem vorgelegten Gesetzentwurf Stellung nehmen zu können, bedanken wir uns.

Wir, die ekom21 - Kommunales Gebietsrechenzentrum Hessen (ekom21), sind eine nach dem Datenverarbeitungsverbundgesetz (DV-VerbundG) errichtete Körperschaft des öffentlichen Rechts auf die die Vorschriften des Zweckverbandsrechts und des Eigenbetriebsrechts Anwendung finden. Für die hessischen Verwaltungen stellen wir Informations- und Kommunikationstechnik (IKT) aller Art bereit. Zu den Gesetzesentwürfen nehmen wir daher vorrangig aus Sicht eines Auftraggebers Stellung, der überwiegend Liefer- und Dienstleistungen aus dem IKT-Bereich ausschreibt und beschafft.

I. Zum Inhalt des Gesetzentwurfs

Der vorgelegte Gesetzentwurf sieht eine umfassende Modernisierung des Landesvergaberechts „mit dem Ziel der Vereinfachung und Beschleunigung" sowie sich aus der beabsichtigen Einführung einer ergänzenden Geltung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) und der VOB/A Abschnitt 1 ergebende Anpassung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes (HVTG) und der Hessischen Landeshaushaltsordnung (LHO) vor. Als weitere Leitmotive des Gesetzesvorhabens treten die „Stärkung der nachhaltigen Beschaffung", neue Nachweis- und Kontrollinstrumente in Bezug auf Mindestlohn und Tariftreue sowie die Mittelstandsfreundlichkeit hinzu. Ferner sollen Vergabekompetenzstellen eingerichtet werden, um Bieter und Auftraggeber bei Fragen des Vergaberechts präventiv zu beraten und um Unternehmen bei Ihrem Interesse an der Durchführung von ordnungsgemäßen Vergabeverfahren zu unterstützen.

II. Position der ekom21
Seitens der ekom21 wird der Gesetzentwurf im Grundsatz unterstützt. Einige Punkte sind jedoch noch konkretisierungsbedürftig bzw. sollten nicht wie vorgesehen Einzug in das beschlossene Gesetz finden.

1. Vereinfachung und Beschleunigung
Die Vorschriften der öffentlichen Auftragsvergabe setzen in ihrer praktischen Anwendung ein sehr hohes Maß an Kenntnissen und Fähigkeiten voraus. Einerseits betrifft dies die Vorschriften an sich, die wiederum ständigen Änderungen und Anpassungen unterworfen sind. Andererseits ist aber auch das Wissen um die Markgegebenheiten und die sich stetig fortentwickelnde Rechtsprechung zwingend. Kleinere Beschaffungen müssen in der Regel mit dem gleichen bürokratischen Aufwand betrieben werden, wie Beschaffungen mit höheren Auftragswerten. Die Praxis braucht daher ein vereinfachtes, schlankes und zugleich flexibel ausgestaltetes Vergaberecht. Aus Sicht der ekom21 muss es bei einer Änderung des Vergaberechts jedoch oberste Priorität sein, keine komplizierten und detailreichen Neuregelungen einhergehend mit Abgrenzungs- und Auslegungsschwierigkeiten zu schaffen. Es sollte zudem darauf geachtet werden, dass eine Doppelung oder inhaltliche Überschneidungen von Regelungen, vermieden werden. Zum einen führt die Doppelnennung zu einer Überfrachtung der zu beachtenden Regelwerke und zum anderen trägt dies nicht zur Vereinfachung des Vergaberechts bei.

Die vorgenannten Anforderungen werden in der Gesetzesbegründung mit dem „Ziel der Vereinfachung und Beschleunigung" aufgegriffen, ohne diesem Leitmotiv bei der Umsetzung im Gesetz immer Gerecht werden zu können.

2. Harmonisierung des Vergaberechts

a) Allgemeines
Das derzeitige HVTG ist zu wenig anwenderfreundlich und lässt die laut Begründung des Gesetzentwurfs angestrebte Vereinheitlichung des Vergaberechts im Unterschwellenbereich durch Einführung von Verfahrensvorschriften aus der UVgO und VOB/A Abschnitt 1 nicht sinnvoll zu. Seitens der ekom21 wird eine weitgehende Homogenisierung des Vergaberechts im Gründen der Verfahrenserleichterung für die an Vergaben beteiligten Akteure vom Grundsatz unterstützt. Jedoch nur dann, wenn für die Vergabestellen bestehende Vereinfachungen und Erleichterungen bestehen bleiben und noch erweitert werden. Diesbezüglich ist der Gesetzesentwurf jedoch an einigen Stellen noch ausbaufähig (z.B. weitere Stärkung der Vergabefreigrenzen und flexiblere Wahl der Vergabearten).

b) „Anwendungsbefehl" und sich abzeichnende Probleme
Unklar bleibt, wo genau der „Anwendungsbefehl" für die UVgO und die VOB/A Abschnitt 1 zu verorten ist. Nach unserem Verständnis des Gesetzentwurfs bleibt dieser einem weiteren Umsetzungsakt vorbehalten. Zumindest findet sich um Gesetzentwurf selbst keine unmittelbarere Regelung zur Anwendung der UVgO und VOB/A Abschnitt 1. Für dieses Verständnis spricht auch die Gesetzesbegründung zu § 1 Abs. 6, wonach mit dieser Bestimmung "insbesondere die ergänzende Anwendung von VOB/A Abschnitt 1 und der neu einzuführenden UVgO sowie des Vergabeerlasses sichergestellt" wird. Hier wird vorsorglich bereits jetzt angeregt, eine pauschale Verpflichtung zur Anwendung aller Vorschriften der UVgO kritisch zu hinterfragen, um etwaigen Problemen in der Praxis vorzubeugen.

Als praxisrelevantes Beispiel dafür, welche Schwierigkeiten bei einer pauschalen in Bezugnahme der Vorschriften der UVgO bzw. VOB/A Abschnitt 1 entstehen können, lässt sich gut an folgendem Praxisfall darstellen:
Im Sinne der Effizienz und Zweckmäßigkeit ist es in der aktuellen Unterschwellen-Vergabepraxis weit verbreitet, bei Aufträgen innerhalb der Vergabefreigrenzen die Einreichung von Angeboten mittels (einfacher) E-Mail zuzulassen. Die Angebotsabgabe per E-Mail ist sehr einfach, Anlagen sind schnell hinzugefügt, die Bearbeitung erfolgt „von beiden Seiten" auf gewohnte Art und Weise.

Bei unveränderter Anwendung der UVgO in Hessen kann es jedoch zu größeren Problemen führen. Die einfache E-Mail ist zwar ganz offensichtlich ein alltagserprobtes elektronisches Kommunikationsmittel (vgl. § 126b BGB), jedoch erfüllt die einfache E-Mail als solches nicht die strengen Anforderungen an die nach der UVgO zu verwendenden elektronischen Mittel (vgl. § 7 Abs. 4 UVgO mit Verweis aus § 10 VgV sowie § 38 UVgO und § 40 Abs. 1 UVgO). Aus technischer Sicht setzen elektronische Mittel im Sinne der UVgO nämliche einen verschlüsselten Sende- und Übermittlungsvorgang und eine verschlüsselte Aufbewahrung der Angebote bis zum Ablauf der Angebotsfrist voraus. Um auch weiterhin die Abwicklung bestimmter Vergabeverfahren (insbesondere Verhandlungsvergabe) per einfacher E-Mail schnell und einfach zu ermöglichen, müsste dies dann jedenfalls für die hier relevanten Fälle der Vergabefreigrenzen ausdrücklich für zulässig erklärt werden. Etwa durch Nichtanwendung von § 7 Absatz 4 und §§ 39, 40 Abs. 1 UVgO in den hier beschriebenen Fällen. Eine solche Möglichkeit hat etwa das

Land Nordrhein-Westfalen ausdrücklich in Anspruch genommen (siehe dazu die Verwaltungsvorschrift zur Landeshaushaltsordnung (VV zur LHO) im Ministerialblatt (MBl. NRW 2018 Nr. 14).

3. Stärkung der nachhaltigen und innovativen Beschaffung
In Bezug auf soziale, ökologische und Nachhaltige und Innovative Aspekte unterstützen wir den in § 3 Abs. 1 des Gesetzesentwurfs gewählten Ansatz, dass kommunale Auftraggeber bei der Berücksichtigung der genannten Kriterien Ermessen eingeräumt wird. Eine generelle Verpflichtung zur Anwendung nachhaltiger Kriterien würde die kommunalen Vergabeverfahren gerade auch angesichts der im Unterschwellenbereich in Rede stehenden Auftragswerte unnötig aufwendig und komplex machen.

4. Nachweis- und Kontrollinstrumenten
Die vorgesehenen Nachweis- und Kontrollmöglichkeiten in § 5 Abs. 3 und Abs. 4 sowie § 7 Abs. 3 für alle Auftraggeber ist zwar im Hinblick auf den Gesetzeszweck folgerichtig, es besteht aber die Gefahr das jedenfalls kleinere Auftraggeber und Unternehmen überfordert werden und Unternehmen von der Teilnahme an Vergabeverfahren abgehalten werden. Der Entwurf macht aus unserer Sicht nicht deutlich genug, warum die bestehenden Regeln zur Tariftreue und Mindestlohn nicht ausreichend sind. Die vorgeschlagenen weiteren umfassenden Nachweis- und Kontrollinstrumente werden das Vergabeverfahren komplizierter, bürokratischer und länger machen. Wir befürchten, dass dadurch beim Auftraggeber erhebliche Mehraufwände entstehen. Die Kontrolle und Durchsetzung von geltenden sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen sollte im Kern bei den dafür zuständigen und entsprechend ausgestatten Behörden (z.B. Zoll, Gewerbeaufsichtsämter etc.) liegen und nicht den Vergabestellen „aufgebürdet" werden. Die Vorschriften sollten daher so keinen Einzug in das Gesetz finden.

5. Vergabebeschwerden bei den Vergabekompetenzstellen
Neu ist, dass den Unternehmen mit § 18 Abs. 2 bis 4 die Möglichkeit eröffnet wird, sich ab den im Gesetz festgelegten Wertgrenzen bei den Vergabekompetenzstellen über vermeintliche Vergabeverstöße der ausschreibenden Stelle zu beschweren. Zusätzlich sollen die Vergabekompetenzstellen nach Abs. 1 Auftraggeber und Unternehmen in vergaberechtlichen Fragen „präventiv" beraten. Diese Regelungen verstehen wir insgesamt als Versuch, im Spannungsfeld der Widerstreitenden Interessen vom Grundsatz her eine „vermittelnde Lösung" vorzuschlagen.

Unabhängig davon, ob es für Unternehmen im Unterschwellenbereich gesonderte Rechtsschutz- oder Beschwerdemöglichkeiten wirklich bedarf, möchten wir im Kontext der Vorschrift darauf aufmerksam machen, dass es wichtig sein wird, die Vergabekompetenzstellen mit ausreichend qualifizierten Personal und Sachmitteln auszustatten. Andernfalls sehen wir die Gefahr, dass die Vergabekompetenzstellen die ihnen vom Gesetzentwurf zugewiesenen Aufgaben (vergaberechtliche Beratung und Bearbeitung von Vergabebeschwerden) ggf. nur unzureichend nachkommen können.

Unsere diesbezügliche Sorge begründet sich auf folgenden Umständen, auf die wir hiermit den Hessischen Landtag zugleich Aufmerksam machen wollen: Im Oberschwellenbereich mussten wir in der Vergangenheit leider immer wieder erleben, dass die Vergabenachprüfungsverfahren durch die Vergabekammer nicht immer in der gesetzlich vorgesehenen „Regelentscheidungsfrist" von 5 Wochen (§ 167 Abs. 1 S. 1 GWB) bzw. 7 Wochen (§ 167 Abs. 1 S. 2 GWB) entschieden werden (könne). Die Entscheidungsfristen werden regelmäßig unter Hinweis auf Kapazitätsengpässe („hohe Anzahl der anhängen Vergabeverfahren") nicht nur unerheblich verlängert.
Neben einem bereits beendeten Nachprüfungsverfahren, bei dem die Entscheidung der Vergabekammer erst nach 6 Monaten erfolgte, betrifft dies aktuell zwei weitere Nachprüfungsverfahren, die ebenfalls bereits 6 Monate andauern, ohne dass zum jetzigen Zeitpunkt absehbar wäre, wann in der Sache eine Entscheidung ergeht. Die Überlange Verfahrensdauer scheint auch kein Einzelfall zu sein, der nur die ekom21 betrifft. Vielmehr scheint diese Problematik auch andere Auftraggeber zu betreffen und dort zu erheblichen Probleme bei der zeitnahen Beschaffung zu führen. Bei den beiden aktuellen Nachprüfungsverfahren der ekom21 ist diese überlange Verfahrensdauer besonders misslich, weil die ekom21 Ausschreibungen nicht abschließen kann, die dazu dienen dringend benötigte moderne IT-Ausstattung für die hessischen Schulen zu beschaffen („Interaktive digitale Tafelsysteme"). Hinzu kommt, dass bei weiteren Verzögerungen können Fördermittel zur Umsetzung des DigitalPakts Schule 2019-2024 nicht mehr rechtzeitig (nämlich zum 31.12.2021) abgerufen werden.

Um sowohl für Auftraggeber als auch Bieter weitere Schäden und Verzögerungen bei den Beschaffungen abzuwenden, sollten aus Sicht der ekom21 die hessischen Vergabekammern daher dringend so ausgestattet und organisiert werden, dass ihre Entscheidungen regelmäßig innerhalb der vom Gesetz vorgesehenen „Regelfrist" (5 bzw. 7 Wochen) ergehen können.

III. Stellungnahme zu den einzelnen Regelungen in dem Gesetzentwurf
Im Folgenden wird auf ausgewählte Regelungen des Gesetzentwurfs, insbesondere solche in Artikel 1 des Gesetzes (im Folgenden HVTG-E), eingegangen:

1. Zu § 1 Abs. 1
Nach dem Gesetzentwurf soll – wie bisher - der sachliche Anwendungsbereich des Gesetzes bei Aufträgen ab einem Auftragswert von 10.000 Euro ohne Umsatzsteuer greifen. Um eine schnelle und einfache Vergabe bei kleineren Beschaffungen zu ermöglichen, spricht sich die ekom21 dafür aus, diese Wertgrenze auf 25.000 Euro ohne Umsatzsteuer zu erhöhen. Die vorgeschlagene Wertgrenze ergibt sich im Hinblick darauf, dass Meldepflichten für Vergaben nach § 2 Abs. 2 Vergabestatistikverordnung (VergStatV) erst ab 25.000 EUR eingreifen.

Alternativ dazu könnte die Wertgrenze für zulässige Direktaufträge auch mit 25.000 Euro (statt der in § 14 UVgO vorgesehenen 1.000 Euro) ohne Umsatzsteuer im HVTG-E festsetzt werden.

Gerade vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie sollte eine schnelle und einfache Vergabe ermöglicht und das Vergaberecht nicht weiter verkompliziert werden.

2. Zu § 1 Abs. 3
Die ekom21 unterstützt ausdrücklich die von § 1 Abs. 3 umfasste gesetzliche und rechtspolitische Klarstellung, dass das HVTG-E insbesondere auf In-House und In-State-Vergaben auf Sachverhalte keine Anwendung findet.

3. Zu § 2
Die Vorschrift benennt die materiell-rechtlichen „Säulen" des Vergaberechts. Sie entspricht inhaltlich § 2 UVgO bzw. § 2 VOB/A Abschnitt 1 und sollte daher zur Vermeidung von Doppelung und inhaltliche Überschneidungen gestrichen werden.

4. Zu § 3 Abs. 1
In Bezug auf soziale, ökologische und Nachhaltige und Innovative Aspekte wird der in § 3 Abs. 1 S. 2 des Gesetzesentwurfs gewählte Ansatz, dass kommunalen Auftraggeber hinsichtlich der Berücksichtigung der genannten Kriterien ein Ermessen eingeräumt wird. Dies wird ausdrücklich unterstützt. Eine generelle Verpflichtung zur Anwendung nachhaltiger Kriterien würde die kommunalen Vergabeverfahren gerade auch angesichts der im Unterschwellenbereich in Rede stehenden Auftragswerte unnötig aufwendig und komplex machen.

Das hingegen die Auftraggeber des Landes, „grundsätzlich" (also nur im begründeten Ausnahmefall nicht?) Nachhaltige, innovative und qualitative Aspekte bei ihren Vergabeverfahren verpflichtend zu berücksichtigen haben ist insoweit nicht verständlich, als dass selbst im Oberschwellenbereich der Preis das einzig ausschlaggebende Zuschlagskriterium darstellen kann (siehe etwa § 58 Abs. 2 VgV). Nach der vorliegenden Regelung wäre dies jedoch nur in begrenzten Fällen als Ausnahme möglich bzw. bei einer Verortung der Aspekte außerhalb der Zuschlagkriterien. Hier sollte aus Sicht der ekom21 berücksichtigt werden, dass durch die generelle Verpflichtung nach § 3 Abs. 1 S. 1 die Beschaffung gerade im „Bagatellbereich" unverhältnismäßig überfrachtet wird und damit für Unternehmen uninteressant wird.

5. Zu § 3 Abs. 2
Die Notwendigkeit von § 3 Abs. 2 erschließt sich vor dem Hintergrund etwaiger Doppeltregelungen nicht. In der zur Umsetzung vorgesehenen UVgO gibt es bereits detaillierte Regelungen wie mit qualitativen, umweltbezogenen oder sozialen Aspekten im Rahmen der Vergabe umgegangen werden kann (vgl. etwa §§ 2 Abs. 3, 23 Abs. 2, und 43 Abs. 2 UVgO).

6. Zu § 4 Abs. 3
Liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass der Auftragnehmer gegen die im Rahmen von § 4 Abs. 1 oder 2 übernommene Verpflichtungen verstoßen hat, soll der Auftraggeber die Möglichkeit haben, sich auf Anforderung vom Auftragnehmer deren Einhaltung nachweisen zu lassen. Die gesetzliche Regelung lässt insoweit aber offen, was für Handlungsoptionen dem Auftraggeber (z.B. unter dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) für den Fall zustehen, dass kein oder nur ein unzureichender Nachweis beigebracht wird und wem hier die Beweislast trifft. Denkbar wäre hier aus Sicht der ekom21, dass im Rahmen einer Muster-Verpflichtungserklärung entsprechende Sanktionsregelungen (wie z.B. Kündigung oder Vertragsstrafen) geregelt sind. Ob derartiges geplant ist oder der Auftraggeber eigene Vertragsregelungen aufstellen kann, lässt der Gesetzentwurf jedoch offen.

7. Zu § 12 Abs. 1
Die voraussetzungslose Gleichstellung der Vergabearten „Öffentliche Ausschreibung" und „Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb" wird ausdrücklich unterstützt. Hier wäre es jedoch aus Sicht der kommunalen

Vergabepraxis angezeigt, auch die flexiblere Vergabearte der Verhandlungsvergabe bzw. für den Baubereich die Freihändige Vergabe zu stärken, etwa großzügigere Vergabefreigrenzen (siehe dazu Punkt 8, zu § 12 Abs. 2).

Begrüßenswert ist auch, dass öffentliche Auftraggeber ausweislich der Gesetzesbegründung potentielle Bewerber oder Bieter gezielt auf Bekanntmachungen des Auftraggebers ansprechen können, ohne sich dem Vorwurf eines Vergabeverstoßes ausgesetzt sehen zu müssen. Damit kann etwaigen Fehlvorstellungen entgegengewirkt werden.

8. Zu § 12 Abs. 2
Die ekom21 spricht sich dafür aus, die Vergabefreigrenzen gegenüber dem Gesetzentwurf weiter anzuheben. Gerade vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie sollte eine schnelle und flexible Vergabe ermöglicht und das Vergaberecht nicht weiter verkompliziert werden. Konkret Vorgeschlagen wird bei Liefer- und Dienstleistungen die Zulassung der Beschränkten Ausschreibung und Verhandlungsvergabe bis zu einem Auftragswert von 214.000 Euro jeweils ohne Teilnahmewettbewerb. Bei Bauaufträgen wird bis zu einem Auftragswert

- von 1.000.000 Euro die Zulassung einer Freihändigen Vergabe
- von 3.000.000 Euro die Zulassung einer Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb

vorgeschlagen. Die Angaben zu den Auftragswerten verstehen sich jeweils ohne Umsatzsteuer.

Mit der Erhöhung der Vergabefreigrenzen können insbesondere Zukunftsinvestitionen in den Bereichen Digitales, Klimaschutz (Verkehrswende) sowie Bildung schnell umgesetzt werden. Auch bei diesen erleichterten Vergaben können aufgrund der allgemein geltenden Vergabegrundsätze das Wettbewerbs-, das Transparenz-, das Nichtdiskriminierungs- und das Wirtschaftlichkeitsprinzip gewahrt werden. Im Übrigen weisen wir darauf hin, dass die Landesregierung Thüringen es Corona-bedingt Kommunen schon erlaubt hat, Beschränkte und Freihändige Vergaben im Baubereich bis zu 3 Mio. Euro sowie im Liefer-/ Dienstleistungsbereich Beschränkte Vergaben und Verhandlungsvergaben jeweils ohne Teilnahmewettbewerb bis zu 214.000 Euro durchzuführen. Es gibt also bereits ein in der Praxis umgesetztes Vorbild.

9. Zu § 12 Abs. 4
Positiv zu bewerten ist, dass in den Fällen des § 12 Abs. 2 und 3 bei der Beschränkten Ausschreibung, der Freihändigen Vergabe von Bauleistungen und der Verhandlungsvergabe es anstelle von bisher mindestens fünf Unternehmen (§ 11 Abs. 3 S. 2 HVTG) es künftig ausreichen soll, grundsätzlich nur noch drei Unternehmen zur Angebotsabgabe aufzufordern. Dies wird – ohne dass damit eine Einschränkung des Wettbewerbs zu befürchten wäre – zu einer wesentlichen Erleichterung und Beschleunigung bei den Beschaffungen führen.

10. Zu § 12 Abs. 4
Ebenfalls positiv für die Praxis zu bewerten ist, dass für die Vergaben von freiberuflichen Leistungen oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen wegen der dortigen Besonderheiten die Sonderregelung des § 50 UVgO für anwendbar erklärt wird. Die Vorschrift kann damit Wirksam zur Vereinfachung und Flexibilisierung von Vergaben beitragen.

11. Zu § 14
Es dürfte für die Rechtsanwendungspraxis nicht nachvollziehbar sein, weshalb in vorliegendem Gesetzentwurf zusätzlich die Mittelstandsförderung aufgegriffen wird, wenn doch beabsichtigt ist künftig die UVgO und die VOL/B Abschnitt 1 in Hessen anzuwenden. Die Förderung der mittelständischen Interessen ist insoweit in § 2 Abs. 4 UVgO und der VOL/B Abschnitt 1 in Hessen bereits angemessen geregelt. Die dortigen Regelungen entspricht nach unserem Verständnis auch den Anforderungen des Koalitionsvertrags. Eine zusätzliche Normierung ist daher nicht erforderlich und führt wegen der nicht wortgetreuen Doppelung nur zu Verunsicherung.

12. Zu § 13
Die Fortführung der im derzeitigen § 11 Abs. 1 HVTG angeordnete Pflichtbekanntmachung auf der Hessischen Ausschreibungsdatenbank (HAD) in § 13 des Gesetzentwurfs wird ausdrücklich begrüßt. Sie ist damit ein zentrales Element für Transparenz und ein modernes Instrument zur Digitalisierung bei Unternehmen und öffentlichen Auftraggebern.

13. Zu § 17
Ob es mit Blick auf die deckungsgleichen „Ausschlussgründe" wirklich sinnvoll ist, neben dem bundesweit geführten Wettbewerbsregister (Wettbewerbsregistergesetz - WRegG) noch ein nur für Hessen geltendes „Informationsverzeichnis" aufzubauen, kann bezweifelt werden und sollte daher überdacht werden. Positiv festzuhalten bleibt jedoch, dass die kommunalen Auftraggeber bei Ihren Vergaben nach § 7 Abs. 7 S. 3 HVTG-E nicht verpflichtet sind, die Informationsstelle abzufragen, ob „Informationen zu dem zur Auftragsvergabe vorgesehenen Unternehmen" vorliegen.

14. Zu § 18
§ 18 Abs. 1 HVTG-E weist den Vergabekompetenzstellen die Aufgabe zu, die Unternehmen und Auftraggeber bei vergaberechtlichen Fragen zu beraten. Dieser, gegenüber den bisherigen VOB-Stellen deutlich erweiterte neue Ansatz wird von ekom21 ausdrücklich unterstützt. In den Vergabekompetenzstellen kann sich so im Laufe der Zeit tiefgehendes Vergabefachwissen und Erfahrung bilden und im Rahmen konkreter Vergabeverfahren nutzbringend für Unternehmen und Auftraggeber wirksam werden.

Ferner eröffnet § 18 Abs. 2 bis 4 HVTG-E für Bewerber und Bieter die Möglichkeit, sich ab den im Gesetz festgelegten Wertgrenzen bei den Vergabekompetenzstellen über vermeintliche Vergabeverstöße der ausschreibenden Stelle zu beschweren. Wir als ekom21 teilen die Einschätzung der Gesetzesbegründung, dass ein sog. Primärrechtsschutz wie im Oberschwellenbereich bei nationalen Vergabeverfahren unverhältnismäßig wäre. Seitens der ekom21 wird die Vorschrift des § 18 daher als eine vom Grundsatz her „vermittelnde Lösung" verstanden, die einen Ausgleich zwischen dem öffentlichen Interesse an effizienten, kostengünstigen und rechtssicheren Vergabeverfahren mit dem Interesse der Unternehmen an der ordnungsgemäßen Durchführung von Vergabeverfahren schaffen kann.

Es wird allerdings angeregt, die die in § 18 Abs. 2 genannten Wertgrenzen deutlich zu erhöhen. Etwa bei Liefer- und Dienstleistungen auf 100.000,00 EUR ohne Umsatzsteuer.

15. Zu § 21 HVTG-E und Artikel 3 des Gesetzesentwurfs
Nach §21 HVTG-E und Artikel 3 des Gesetzesentwurfs soll das modernisierte HVTG am Tag nach der Verkündung in Kraft treten. Damit wird die Vergabepraxis nicht nur auf Seiten der Vergabestellen, sondern auch auf Seiten der Unternehmen vor erhebliche Herausforderungen gestellt, weil Ihnen keine Zeit gegeben wird, sich auf die Neuregelungen einzustellen. Dadurch können nicht nur unerhebliche praktische und rechtliche Probleme entstehen, z.B. weil Formulare und Unterlagen nicht rechtzeitig angepasst werden konnten. Dies gilt gerade vor dem Hintergrund, dass die UVgO und die VOB/A in der Fassung des Jahres 2019 bisher für Hessen keine Rolle gespielt hat.

Es wird daher dringend und mit Nachdruck angeregt, eine angemessene Übergangsfrist, vorzugsweise von nicht weniger als 6 Monaten, für die Anwendung des Gesetzes vorzusehen.

IV. Schlussbemerkungen

Für Ihre Fragen stehen wir Ihnen - auch Rahmen der Anhörung am 2. Juni - gerne zur Verfügung.

Darüber hinaus würden wir uns freuen, auch bei künftigen Anhörungen Berücksichtigung zu finden.

Mit freundlichen Grüßen
im Auftrag

Olaf Orth
(Leiter Fachbereich
Recht & Verträge)

Hessischer Industrie- und Handelskammertag

Hessischer Industrie- und Handelskammertag (HIHK) e. V.
Karl-Glässing-Straße 8 | 65183 Wiesbaden

Hessischer Landtag
Ausschuss für Wirtschaft, Energie, Verkehr
und Wohnen
Schlossplatz 1-3
65183 Wiesbaden

per Mail an:
h.schnier@ltg.hessen.de; m.eisert@ltg.hessen.de

Gesetz zur Novellierung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes und zur Änderung der Hessischen Landeshaushaltsordnung - Drucksache 20/5277

25. Mai 2021

Gemeinsam für Hessens Wirtschaft: Der HIHK koordiniert die landespolitischen Aktivitäten der zehn hessischen Industrie- und Handelskammern.

Ihr Ansprechpartner:
Robert Lippmann
Tel. 0611 360115-15
lippmann@hihk.de

Hessischer Industrie- und Handelskammertag (HIHK) e. V.
Karl-Glässing-Straße 8
65183 Wiesbaden
info@hihk.de | www.hihk.de

Präsident:
Eberhard Flammer

Geschäftsführer:
Robert Lippmann

Wiesbadener Volksbank eG
IBAN DE05 5109 0000 0000 6539 00
BIC (Swift-Code) WIBADE5W

Amtsgericht Wiesbaden
Register Nr.: VR 7167

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir danken Ihnen für die Möglichkeit, zu oben genannten Gesetzentwurf Stellung zu nehmen. Da die Industrie- und Handelskammern die Vorgaben des § 1 Abs. 5 IHKG zu beachten haben, klammern wir in unserer Äußerung Fragen der Tariftreue und Mindestentgelte (§§ 4 – 7 HVTG-E) aus.

Die vorliegende Stellungnahme wurde unter Einbeziehung der Expertise der Auftragsberatungsstelle Hessen (ABSt) e. V. erstellt, die als Gemeinschaftseinrichtung der Wirtschaft und des Landes Hessen hessische Unternehmen und öffentliche Auftraggeber rund um das öffentliche Auftragswesen berät.

Grundsätzliche Anmerkungen

In den Vollversammlungen der IHKs wurde wiederholt festgestellt, dass die Rechtszersplitterung im Vergaberecht zunimmt. Unternehmen haben vermehrt Probleme, sich an öffentlichen Aufträgen zu beteiligen. Fast jedes Bundesland hat eigene Vorschriften, was an Kriterien zusätzlich zu Preis und Qualität bei der Beschaffung zu berücksichtigen ist. Zudem unterscheiden sich die Wertgrenzen, ab denen öffentlich, beschränkt oder überhaupt ausgeschrieben wird.

Durchgängige elektronische Vergaben, die mehr Transparenz bereits bei der Veröffentlichung schaffen könnten, wenden öffentliche Auftraggeber kaum an. Die Unterschiede ihrer Struktur und Anforderungen,

Hessischer Industrie- und Handelskammertag

wie z. B. bei der erforderlichen elektronischen Signatur, sind hinderlich. Die öffentliche Hand sollte die Chancen für wirtschaftlichere Beschaffungen erkennen und nutzen. Klare, nachvollziehbare und unter den Bundesländern abgestimmte Regeln und Verfahren helfen den Unternehmen und den Auftraggebern. Die Regelungen für den Unterschwellenbereich bieten Gelegenheit für ein einheitliches Vorgehen. Darüber hinaus sollten einheitliche Wertgrenzen geschaffen und eingehalten werden.

Vor diesem Hintergrund unterstützen wir die **Einführung einer Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)**, da sie das EU- und nationale Recht konsolidiert. Die neuen Freigrenzen hinterlassen indes ein gespaltenes Bild. Zum einen dürften Auftragnehmer mit hohen Freigrenzen weiterhin mit ihren öffentlichen Auftraggebern gute Geschäfte machen. Andererseits dürften Newcomer weniger Zugang zu öffentlichen Auftraggebern finden oder ihn nur mit hohem Einsatz per „Klinkenputzen“ erreichen. Dennoch geht die UVgO grundsätzlich von einem wettbewerblichen und transparenten Verfahren (mit Bekanntmachungspflichten) aus, wenn sie Öffentliche und Beschränkte Ausschreibungen nach freier Wahl zulässt. Ohne Bekanntmachung sind nur Verfahren zulässig, die zuvor ohne wirtschaftliches Ergebnis endeten oder einen unzumutbaren Aufwand im Vergleich zu dem zu vergebenden Auftrag verursachen würde.

a) Der Gesetzesentwurf sieht vor, künftig auch Auftragswerte im Dienst-/ Lieferleistungsbereich zwischen 50.000 Euro und 100.000 Euro ohne Bekanntmachungspflicht zu vergeben. Das bedeutet in der Konsequenz, lukrative Aufträge ohne Transparenz an eine bereits mit öffentlichen Aufträgen versorgte Unternehmerschaft zu verteilen. Bislang war das nur bis unter 50.000 Euro Auftragswert möglich.

b) Keine formale Änderung wurde bei der Freihändigen Vergabe vorgenommen, die weiterhin als „Verhandlungsvergabe“ ohne Bekanntmachung nur bei Auftragswerten unter 50.000 Euro durchgeführt werden kann. Das wird in nicht seltenen Fällen dazu führen, dass der Auftraggeber zur Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb bei Auftragswerten bis zu 100.000 Euro wechseln wird.

c) Im Gegensatz zum HVTG 2015 sind die Freigrenzen, die über die Wahl der Verfahrensart entscheiden, bei Bauleistungen nunmehr nicht mehr nach Fachlosen (Gewerke) zu berechnen. Dies entspricht der Praxis, die für den Dienst-/Lieferleistungsbereich bereits gilt. Maßgeblich für die Freigrenzen-Berechnung ist der einzelne Auftrag. In Zukunft wird es reichen, drei Angebote, bspw. für Wohnzwecke, im Rahmen einer Beschränkten Ausschreibung von Bauleistungen ohne Teilnahmewettbewerb einzuholen, um Aufträge zu bis zu einem Wert von 1 Mio. zu beauftragen (vgl. § 3a Abs. 2 Ziff. 1 VOB/A

Hessischer Industrie- und Handelskammertag

/1 2019). Dies wird auch Auswirkungen auf die Vergabe von Dienst-/Lieferleistungen haben, die in bestimmten Fallkonstellationen auch nach VOB ausgeschrieben werden.

d) Das Interessenbekundungsverfahren (IBV) sollte ursprünglich der Kompromiss sein, ein formloses und dennoch transparentes Verfahren in Hessen einzuführen. Mit der Rückkehr zum Teilnahmewettbewerb muss jeder, auch bekannte und geeignete Bewerber, sich wiederum formal um den Auftrag bemühen. Folglich geht ein Stück Entbürokratisierung für die Unternehmen verloren. Der Aufraggeber seinerseits läuft wieder Gefahr, dass er sein Verfahren ohne „gesetzte Bieter“ nicht bis zur Auftragsvergabe führen kann, es sei denn, er informiert ihm bekannte Unternehmen vorab über den Teilnahmewettbewerb.

Zu den Regelungen im Detail:

§ 1 Abs. 1 Satz 2 HVTG-E

Der sachliche Anwendungsgereich der **Präqualifikation** ist im Gesetzesentwurf nicht über § 1 Abs. 1 Satz 2 abgesichert. Bislang war es auch ohne eine ausdrückliche Regelung im HVTG unstreitig, dass ein PQ-Zertifikat auch bei EU-Verfahren Einzelnachweise ersetzt. Im Entwurf werden erstmals einzelne Paragrafen aufgelistet (vgl. § 13 zur HAD), die auch im EU-Verfahren gelten sollen. Aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit muss § 15 Abs. 2 ebenso in der Aufzählung des § §1 Abs. 1 Satz 2 aufgenommen werden.

§ 3 HVTG-E

Hinsichtlich der **Nachhaltigkeitskriterien** begrüßen wir das Abstellen auf die Oberbegriffe „Soziale, ökologische, innovative Anforderungen“. Dies verschafft den Auftraggebern Flexibilität bei der Aufnahme qualitativer Kriterien in das Vergabeverfahren, solange weiterhin ein Auftragsbezug gegeben ist und die geforderten Kriterien im Bezug zum Beschaffungswert verhältnismäßig sind.

§ 16 HVTG-E

Die hessischen Regeln zur **Urkalkulation** sind durch eine allgemeinere, dem Bundesrecht entsprechende Regelung ersetzt worden. Damit sind spezielle, zusätzliche in Hessen geltende, bieterschützende Rechte entfallen. Insbesondere konnte der Auftraggeber nicht ohne Anlass von allen Bietern vor Auftragsvergabe die Urkalkulation verlangen. Der Bieter

Hessischer Industrie- und Handelskammertag

konnte frei entscheiden, ob er zur Aufklärung seines Angebotspreises zunächst mit einer schriftlichen Erläuterung reagiert. Die Urkalkulation durfte nur vom Bestbieter vor der Auftragsvergabe verlangt werden (vgl. §16, 17 HVTG 2015).

§ 17 Abs. 4 HVTG-E

Wir halten die **Informationsstelle bei der OFD** in Hessen u. a. wegen konkurrierender Gesetzgebungszuständigkeit für unzulässig. Beim Bundeskartellamt befindet sich bereits ein Wettbewerbsregister im Aufbau. Die Informationsstelle würde quasi zeitgleich aktiv werden.

Ein bei der OFD Frankfurt geführtes Register ist damit überflüssig; es führt weitgehend zu einer Doppelbefragungspflicht der Auftraggeber. Das hessische Register soll im Gegensatz zu dem Wettbewerbsregister ermöglichen, unzuverlässige Unternehmen bereits vor einem rechtskräftigen Urteil, das häufig erst nach einem Gerichtsverfahren gefällt wird, von der Vergabe auszuschließen. Die damit nicht 100-prozentige Deckungsgleichheit der Eintragungsvoraussetzungen und das zwangsläufige Auseinanderfallen der Ausschlusskriterien nach Wettbewerbsregister und OFD-Register ist nicht vermittelbar und wird absehbar zu Klageverfahren betroffener Bieter führen.

Daneben ist der Aufbau faktischer Doppelstrukturen auch unter dem Gesichtspunkt der hierdurch entstehenden direkten Kosten für die öffentliche Hand sowie der aus der Doppelbefragungspflicht entstehenden Bürokratiekosten für die Auftraggeber kritisch zu bewerten.

Wir empfehlen dringend, auf die nach §17 Abs. 4 HVTG-E vorgesehene Einrichtung einer eigenen hessischen Informationsstelle zu verzichten und für den Ausschluss von unzuverlässigen Unternehmen auf Eintragungen beim Wettbewerbsregister des Bundeskartellamtes abzustellen.

§ 18 HVTG-E

Zum **Rechtschutz** in Vergabeverfahren stellen wir zunächst fest, dass die zuständigen Ministerien seit 2015 eine Rechtsverordnung erlassen sollten, um dem effektiven Rechtsschutz in Anlehnung an die Vergabekammern näherzukommen. Wir bedauern sehr, dass dies in den vergangenen 6 Jahren nicht geschehen ist. Die vorgesehene Ausgestaltung des Rechtschutzes im HVTG-E ist aus Bietersicht zudem sehr enttäuschend.

a) Es ist zu befürchten, dass der Rechtsschutz im Gegensatz zu den Regelungen anderer Bundesländer (z.B. Thüringen, Sachsen, Sachsen-Anhalt; Mecklenburg-Vorpommern und Rheinland-Pfalz)

Hessischer Industrie- und Handelskammertag

sogar hinter den Ansätzen der hessischen Vergabegesetze von 2013 und 2015 zurückbleibt.

b) Die hohen Auftragswerte berechtigen Bieter erst bei größeren Aufträgen, eine Rechtmäßigkeitsprüfung der durchgeführten Vergabeverfahren bei den neuen Kompetenzstellen einzuleiten (Bauleistungen ab einem Auftragswert von 500.000 Euro / Liefer- oder Dienstleistungen ab einem Auftragswert von 50.000 Euro). Es besteht daher nur in sehr wenigen Fällen eine Nachprüfungsmöglichkeit. Von einer anzustrebenden echten Waffengleichheit zwischen Auftraggeber und Bieter ist man bei Prüfungen mit Empfehlungscharakter ohne Entscheidungspflicht weit entfernt.

c) Die Vielzahl der Vergabekompetenzstellen, einerseits für Vergabeverfahren des Landes bei der OFD und Hessen Mobil und andererseits für Vergaben sonstiger Auftraggeber und Zuwendungsempfänger bei den Regierungspräsidien (frühere VOB-Stelle und Vergabekompetenzstellen nach §18 Abs. 1 HVTG), führt zusätzlich dazu, dass in Hessen unterhalb der Schwellenwerte zu viele Nachprüfungssysteme mit unterschiedlichem Bewertungsmaßstab geschaffen werden. Zu befürchten ist damit zwangsläufig das Auseinanderfallen der Rechtsfindung.

d) Der Gesetzesentwurf bezeichnet überdies einen Primärrechtsschutz unter Abwägung aller Interessen in der Regel bei nationalen Verfahren als unverhältnismäßig. Das steht schon im Widerspruch zu der Tatsache, dass hier Steuermittel, auch von Unternehmen, ohne wirksame Kontrollmechanismen vergeben werden könnten (vgl. Begründung zu § 18 Abs.1 HVTG-E). Auch ein Konflikt mit der Rechtsweggarantie nach Art. 19 Abs. 4 (1) GG scheint nicht ausgeschlossen.

Wir empfehlen dringend, Struktur und Umfang des vorgesehenen Rechtschutzes im Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der hier vorgebrachten Anmerkungen anzupassen. Die (Neu-) Regelungen anderer Bundesländer können hierfür Orientierung bieten.

An der öffentlichen mündlichen Anhörung zu diesem Gesetzesvorhaben nehmen wir gerne teil.

Freundliche Grüße

Robert Lippmann
Geschäftsführer