

Landtag Mecklenburg-Vorpommern

8. Wahlperiode

Wirtschaftsausschuss

Stellungnahme

des Landkreistages Mecklenburg-Vorpommern

zur

öffentlichen Anhörung des Wirtschaftsausschusses am 29. Juni 2023

zum Gesetzentwurf der Landesregierung

„Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts“



Landkreistag Mecklenburg-Vorpommern

Geschäftsführendes Vorstandsmitglied

Landkreistag Mecklenburg-Vorpommern, Bertha-von-Suttner-Str. 5, 19061 Schwerin

Landtag Mecklenburg-Vorpommern
Vorsitzender des Ausschusses für Wirtschaft,
Infrastruktur, Energie, Tourismus und Arbeit
Herrn Martin Schmidt

E-Mail: wirtschaftsausschuss@landtag-mv.de

Haus der Kommunalen Selbstverwaltung
Bertha-von-Suttner –Straße 5
19061 Schwerin

Ihr Ansprechpartner:
Hans-Kurt van de Laar
Telefon: (03 85) 30 31-330
E-Mail:
Hans-Kurt.van.de.Laar@landkreistag-mv.de

Unser Zeichen: 070.19-La/Th
Schwerin, den 23. Juni 2023

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Drucksache 8/2084)

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Schmidt, sehr geehrte Abgeordnete,

wir bedanken uns für die Zusendung des o. g. Gesetzentwurfs und die Gelegenheit zur Stellungnahme. An dem Termin zur öffentlichen Anhörung wird für den Landkreistag der Vorsitzende unseres Ausschusses für Wirtschaft, Umwelt und Entwicklung des ländlichen Raumes, Landrat Stefan Sternberg ggf. mit einer Mitarbeiterin bzw. einem Mitarbeiter der „KSM Kommunalservice Mecklenburg AöR“ teilnehmen, da sich der Ausschuss in seiner letzten Sitzung mit dem Gesetzentwurf befasst hat.

Im Übrigen verweisen wir auf diese schriftliche Stellungnahme, die wir nach Beteiligung der Landkreise und ihrer Vergabestellen abgeben und in der wir uns insbesondere auf eine ausführliche Rückäußerung des Landkreises Mecklenburgische Seenplatte stützen.

I.

Der Ausschuss für Wirtschaft, Umwelt und Entwicklung des ländlichen Raumes des Landkreistages M-V hat festgestellt, dass zwischen den gestiegenen Anforderungen an das Vergabeverfahren und dem gleichzeitig geäußerten Bestreben, die Vergabe zu entbürokratisieren und zu beschleunigen, ein Spannungsverhältnis besteht. Die Ausschussmitglieder vermuten, dass das Vergabeverfahren im Zuge der Umsetzung des hier vorliegenden Gesetzentwurfs aufwendiger werden wird. Es würden auf Seiten der Verwaltung zusätzliche Ressourcen in Anspruch genommen. Außerdem würden insbesondere kleinere Wirtschaftsunternehmen ebenfalls vor größere Herausforderungen gestellt. Eine Überforderung sowohl der Verwaltung als auch von Teilen der Wirtschaft sollte vermieden werden.

II.

Die gegenüber der ersten Fassung erzielte Konkretisierung des **Anwendungsbereiches** in § 2 Absatz 2 ist zu begrüßen. Daneben wurde die Härtefallregelung neu in § 2 Absatz 9 geregelt (Die Begründung in Drucksache 8/2084 bezieht sich auf S. 34 noch auf Absatz 8). Die in der

Begründung genannte Anwendung in besonderen Situationen und bei wenigen oder einzelnen Produktanbietern erscheint sachgerecht. Jedoch dürfte der hier ebenfalls angebrachte Bezug auf pandemiebedingte Beschaffungen wegen der damit verbundenen Dokumentations- und Anzeigepflichten im Allgemeinen nicht praktikabel sein. Wie die jüngere Vergangenheit zeigte, sind solche Umstände zumeist mit zahlreichen Einzelbeschaffungen verbunden (auch oberhalb des aktuellen Werts für Direktaufträge). Der Aufwand, hierfür jeden Einzelfall zu betrachten und beim zuständigen Ministerium anzeigen zu müssen, ist im Hinblick auf den Grund für die beabsichtigte Öffnung bzw. Erleichterung unverhältnismäßig.

Aus Anwendersicht wäre daher sinnvoll, wenn das zuständige Ministerium im Rahmen der Verordnungsermächtigung nach § 4 bei Pandemien oder pandemieähnlichen Konstellationen die Ausnahmen so wie in § 2 Absatz 9 Satz 1 regeln kann; ohne dass die Pflichten aus Satz 2 einschlägig werden.

Grundsätze des Vergabeverfahrens

Neben den Abschnitten 3 bis 5, die sich vornehmlich den Arbeitsbedingungen und anderen Kriterien widmen, enthält der Gesetzentwurf nur noch die wesentlichsten Grundsätze. Diese sollen sich ausweislich der Gesetzesbegründung an den Regelungen im für den Oberschwellenbereich einschlägigen GWB orientieren. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, warum insbesondere in § 3 Absatz 4 Satz 2 von der Formulierung im Oberschwellenbereich abgewichen wird. Zu begrüßen wäre insoweit eine Regelung in der Rechtsverordnung, die abseits der bisher existierenden Ausnahmen den Losbildungsgrundsatz definiert. In dem Rechtsgefüge sollte sichergestellt werden, dass es keine strengeren Regelungen gibt als im Oberschwellenbereich.

Die Regelungen zur Nachhaltigkeit in § 3 Absatz 3 sind hinsichtlich einer Definition zu begrüßen. Auch die in Satz 2 genannten Beispiele zeigen auf, in welche Richtung der Gesetzgeber gehen möchte. In dem Punkt kommt es ganz entscheidend auf die Ausgestaltung der Rechtsverordnung an. Zu beachten ist hier aber, dass deren Umsetzung noch angemessen praktikabel bleibt.

Ein Beispiel sei hinsichtlich der Transportwege aufgezeigt. Es mag offensichtlich sinnvoll sein, einen kürzeren Transportweg vom Anbieter zum Auftragnehmer höher zu bewerten (z. B. bei Schreibtischen). Da vielfach, selbst wenn die Schreibtische in Deutschland (regional oder überregional) montiert werden, die Einzelteile aus anderen Ländern an den Montageort verbracht werden, müsste, um die Nachhaltigkeit tatsächlich umfassend bewerten zu können, auch deren Transport berücksichtigt werden. Welche Ausmaße dies annehmen kann, dürfte unmittelbar ersichtlich werden. Insofern muss in der Ausgestaltung der Rechtsverordnung auf ein realistisches und praktikables Maß geachtet werden.

Mindestarbeitsbedingungen

Trotz der gegenüber dem ersten Entwurf erfolgten Anpassungen verbleibt insbesondere hinsichtlich der Ausführungsbedingungen nach § 6 Absatz 1 die Folge, dass der Auftraggeber zunächst anhand des Beschaffungsbedarfs feststellen muss, welche Mindestarbeitsbedingungen durch Rechtsverordnung vorgesehen und in den Vergabeunterlagen aufzunehmen sind. Soweit das aktuell mangels bisheriger Erfahrungen abschätzbar ist, muss der Auftraggeber dazu beurteilen, in welcher Branche die nachgefragte Leistung erbracht wird. Mit Blick auf die saarländischen Regelungen kann konkret als Beispiel die Frage angeführt werden, die der

Auftraggeber zu beantworten hätte: Wann sind die Bedingungen des Einzelhandels und wann die des Groß- und Außenhandels einschlägig?

Offensichtlich ist hinsichtlich dessen § 11 zur praktischen Vereinfachung aufgenommen worden. Eine zentrale Datenbank ist grundsätzlich zwar zu begrüßen. Gleichwohl verleiht nach dem aktuellen Gesetzentwurf beim Auftraggeber die wenig triviale Ermittlung der „für den jeweiligen Auftrag geltenden Mindestarbeitsbedingungen“.

III.

Nachfolgend wird zu ausgewählten Fragen Stellung genommen, die für Anwenderinnen und Anwender der Vorschriften zum öffentlichen Auftragswesen maßgeblich erscheinen.

Zu Frage 5:

Eine Effizienzsteigerung ist mit dem vorgelegten Gesetzentwurf für Kommunen nur marginal zu erkennen. Dies wäre vor allem dann gegeben, wenn sich die Vergabeverfahren verkürzen oder die formalen Anforderungen verringern. Eine Verfahrensverkürzung ist aus dem Gesetz direkt nicht abzuleiten. Ursprünglich war diesseits angenommen worden, die Informations- und Wartepflicht des § 12 VgG M-V entfalle künftig. Die Begründung enthält nunmehr jedoch einen Hinweis darauf, dass diese Verpflichtung künftig in der Rechtsverordnung nach § 4 geregelt wird. Eine Verringerung der formalen Anforderungen insbesondere in „kleineren“ Verfahren wird dagegen durch die Klarstellung gegenüber dem bisherigen Anwendungsbereich des § 1 Absatz 3 VgG M-V gesehen. Insbesondere, dass die Vorgaben zur Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen explizit und vollständig nicht einschlägig sein sollen, wenn die im § 2 Absatz 2 Satz 2 genannten Wertgrenzen nicht erreicht werden, wirkt effizienzsteigernd. Dagegen wird für die Mehrzahl der Verfahren jedoch insbesondere hinsichtlich der Feststellung der zu vereinbarenden Ausführungsbedingungen durch den Auftraggeber eher eine Effizienzminderung aus den oben geschilderten Gründen zu erwarten sein.

Zu Frage 21:

Bei den hier genannten Regelungen ist gründlich abzuwägen, ob das vorgesehene Ziel mit dem damit verbundenen Aufwand für die Unternehmen angemessen umgesetzt werden kann.

Eine Bewertung von Zuschlagskriterien zur Nachhaltigkeit setzt voraus, dass von Unternehmen entsprechende Angaben gefordert werden müssen, die vom Auftraggeber schließlich bewertet werden. Angesichts des Nachforderungsverbotes für derartige Unterlagen (z. B. § 41 Absatz 3 UVgO) besteht ein erhöhtes Ausschlussrisiko, falls Unternehmen nicht alle geforderten Angaben mit dem Angebot übermitteln. Darüber hinaus muss der Auftraggeber für die Unternehmen die Anforderungen verständlich und transparent formulieren, sodass der Umfang der Vergabeunterlagen, die die Unternehmen bearbeiten müssen, zunehmen wird.

Die Kriterien zur Nachhaltigkeit dürfen (nach der einschlägigen Rechtsprechung) zudem nicht nur Scheinkriterien sein. Vielmehr muss mit ihnen ein nicht nur minimaler Einfluss auf die Zuschlagsentscheidung verbunden sein. Entsprechend höher ist der Aufwand beim Auftraggeber, um die Leistungsbeschreibung, die Kriterien, die Bewertungsmethode und die Dokumentation rechtssicher und für die Unternehmen transparent, fair und dem Beschaffungsgegenstand entsprechend aufzustellen.

Darüber hinaus erscheint mit der Formulierung in § 3 Absatz 3 Satz 1 („haben darauf hinzuwirken“) auch nicht ausreichend klar zu werden, wie verbindlich die nachhaltige Beschaffung zu berücksichtigen ist (ähnlich wie bei der Formulierung zu den ILO-Kernarbeitsbedingungen in § 13). Hier verbleibt eine Rechtsunsicherheit, die zu unterschiedlichen Auslegungen bei Auftraggeber und Prüfinstanzen führen kann. § 3 Absatz 6 Satz 1 stellt die in den Verfahrensordnungen übliche Formulierung hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung dar. Satz 2 verallgemeinert die bisherige Formulierung „Kosten“ unter dem Begriff „Gegenleistung“, und dürfte insofern nicht direkt zu einer veränderten Wirkung führen. Gleichwohl kann damit deutlicher werden, dass nicht nur allein die finanziellen Verpflichtungen für die Zuschlagsentscheidung wesentlich sein können. In der Gesamtschau ist mit der Regelung des § 3 Absatz 6 allerdings nicht erkennbar, dass damit künftig weniger Verfahren „nur“ nach dem Angebotspreis entschieden werden. Selbst mit der bereits im aktuellen VgG M-V enthaltenen Formulierung „Lebenszykluskosten“ bedarf es einiger Argumentationen, um die fachlich zuständigen Stellen von der Abkehr von der vermeintlich zielführenden Preiswertung zu überzeugen.

Zu Frage 26:

Aus Sicht eines Auftraggebers lässt sich einschätzen, dass lange Zeit mit dem niedrigeren Lohnniveau in Mecklenburg-Vorpommern geworben wurde, um die Ansiedlung von Unternehmen im Bundesland attraktiver zu machen. Dementsprechend kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Unternehmen mit einem Standort in Mecklenburg-Vorpommern darauf eingestellt haben und insofern zunächst gegenüber fremden Bewerbern benachteiligt sein können. Gleichwohl ist aus dem Gesetzentwurf erkennbar, dass – insbesondere durch die beabsichtigte Berücksichtigung geringer Transportwege – für die heimische Wirtschaft ein gewisses Ausgleichspotenzial geschaffen werden soll. Angesichts der jedoch damit verbundenen Unwägbarkeiten (siehe Antwort zur Frage 21 und Ausführungen im Abschnitt „Grundsätze des Vergabeverfahrens“) ist es fraglich, ob ein Ausgleich überhaupt gelingen kann.

Zu Frage 28:

Im Weiteren wird davon ausgegangen, dass mit „Vergabebedingungen“ die Arbeitsbedingungen gemeint sind, die aufgrund des Gesetzentwurfs mit dem Auftragnehmer vereinbart werden. Die Kontrolle sollte durch Stellen erfolgen, die entsprechende Kenntnisse und Mittel haben, um die Kontrollen wirksam durchzuführen. Die Kommunen, in denen die Vergabeverfahren und die Überwachung der vertragsgemäßen Auftragsausführung zumeist zusammen mit anderen Aufgaben erledigt werden, können derartige Kontrollen nicht durchgehend sicherstellen. Eine wirksame Kontrolle ist aber für das Ergebnis der Regelungen von wesentlicher Bedeutung. In dem Wissen, die Kommunen könnten ohnehin die Kontrollen nicht gewährleisten, könnten diejenigen Unternehmen benachteiligt sein, die sich ohne „Wenn und Aber“ an die vereinbarten Arbeitsbedingungen halten.

Zu Frage 30:

Die Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen kann aus Sicht der Auftraggeber nur dadurch erzielt werden, dass die formalen und vergabefremden Aspekte in den Verfahren verringert werden. Die Beteiligung eines Unternehmens ist dann am wahrscheinlichsten, wenn der Aufwand für die Angebotsabgabe überschaubar und das Risiko des formalen Ausschlusses gering ist. In der Hinsicht sollte erwogen werden, ob es insbesondere bei einfachen Verfahren z. B. noch eines Eignungsnachweises bedarf. So wäre durchaus denkbar, bei Verfahren mit einem

beschränkten Bewerberkreis bis zu einer bestimmten Wertgrenze auf jegliche Eignungsnachweise zu verzichten. In der Praxis werden für solche Aufträge nur Unternehmen kontaktiert, die diese Leistung auch anbieten. Zudem könnte aus praktischen Erwägungen auch auf die bisher notwendige KMU-Erklärung aus Ziffer II.1.3 verzichtet werden, ohne dass damit ein nennenswerter Erkenntnisverlust eintreten würde. Der Auftraggeber wird, wo dies möglich ist, gern und in ausreichender Zahl regionale Unternehmen beteiligen, die in Mecklenburg-Vorpommern ohnehin zumeist kleine und mittlere Unternehmen sind.

Zu Frage 32:

Die bisher gesetzlich verankerte Aufgreifschwelle des § 6 Absatz 2 VgG M-V hat sich bewährt. Auch wenn hierfür eine gesetzliche Regelung nicht erforderlich ist, weil die bisherige Höhe auch in der Rechtsprechung anerkannt ist, vereinfacht eine vergleichbare Regelung den Einstieg in die Angemessenheitsprüfung für den Auftraggeber bzw. dessen Verzicht. Weitere landesrechtliche Vorgaben hierzu sind nach diesseitiger Auffassung nicht erforderlich, da die Vergabeordnungen erschöpfende Regelungen enthalten.

Auch im Hinblick auf das „neue“ Spannungsfeld der Angemessenheitsprüfung von Honorarangeboten auf Grundlage der HOAI bietet die bisherige Regelung ausreichend Orientierung. Ohnehin kann es angesichts der Diversität öffentlicher Aufträge keine allgemeingültigen Maßstäbe für die Angemessenheit von Angebotspreisen geben.

Zu Frage 38:

Auf mögliche Verbesserungen für Unternehmen wurde in der Antwort zur Frage 30 eingegangen. Für die Auftraggeber wäre zudem ein Verzicht auf die im VgE M-V geregelte Markterkundung bei Direktaufträgen denkbar. Die Direktaufträge nach den Regelungen der VOB/A und UVgO sehen eine (zwingende) Markterkundung nicht vor. Diese wurde erst mit dem VgE M-V – offensichtlich zur Rechtfertigung der demgegenüber erhöhten Wertgrenze – eingeführt. Im Hinblick auf die inflationsbedingten Preissteigerungen könnte auf die strengeren Sonderregelungen aber künftig verzichtet werden.

Hinsichtlich der einschlägigen Mindestarbeitsbedingungen, die mit den Auftragnehmern vereinbart werden sollen, ist auf möglichst eindeutige Vorgaben zu achten. Wie bereits im Abschnitt „Mindestarbeitsbedingungen“ verdeutlicht, besteht für den Auftraggeber die Pflicht, die zu vereinbarenden Arbeitsbedingungen zunächst zu ermitteln. Dies muss ohne weitere Kenntnisse im Tarifrecht möglich und handhabbar sein. Im einfachsten Fall könnte mit dem Auftragnehmer „lediglich“ vereinbart werden, dass die jeweils für die Leistung einschlägigen Bedingungen für den Vertrag (unter Bezug auf die in § 11 genannte Datenbank) gelten. Damit dies vertragsrechtlich hinreichend bestimmt werden kann, müssen geeignete Auswahlkriterien bei der Erstellung der Datenbank bzw. bei der Formulierung der Vereinbarung berücksichtigt werden.

Zu Frage 40:

Mit der Umsetzung des Vorschlags könnte für die Unternehmen eine Aufwandsverringerung verbunden sein. Für die Auftraggeberseite ergibt sich jedoch nur ein marginaler Effizienzgewinn, da der überwiegende Aufwand in der Ermittlung der einschlägigen Arbeitsbedingungen zu sehen ist, der mit dem Vorschlag nicht entfallen würde. Die Vollständigkeitsprüfung der Angebote in Bezug auf die „Tarifreueerklärung“ macht hingegen nur einen geringen Teil des Aufwands für den Auftraggeber aus. Als verfahrenshinderlich

könnte der mögliche Ausschluss wegen Nichtvorlage des Nachweises kurz vor der geplanten Zuschlagserteilung gesehen werden. Da bisher jedoch nur in sehr wenigen Fällen die Verpflichtungserklärung zu Mindestarbeitsbedingungen trotz Nachforderung nicht vorgelegt wurde, erscheint dieses Risiko als wenig wahrscheinlich.

Zu Frage 41:

Die Erhöhung der vorgesehenen Schwellenwerte für den Anwendungsbereich ist zu begrüßen. Wie oben bereits dargestellt, sind die Werte schon wegen der inflationsbedingten Preissteigerungen nicht mehr zeitgemäß. Zugleich haben sich auch die Personal- und Sachkosten auf Auftraggeberseite erhöht. Welche konkreten Schwellenwerte hier sinnvollerweise angesetzt werden sollten, kann diesseits nicht eingeschätzt werden. Mindestens eine Verdoppelung sollte aber angestrebt werden, um angemessen die aktuellen und künftigen Marktveränderungen abdecken zu können.

Zu Frage 42:

Kleinstaufträge sollten als Direktaufträge möglichst unkompliziert vergeben werden können (siehe Antwort zu Frage 38). Für freiberufliche Leistungen kann nach diesseitiger Auffassung dem Grunde nach auf eine Regelung zu Mindestarbeitsbedingungen gänzlich verzichtet werden. Einerseits ist einzuschätzen, dass es für freiberufliche Leistungen nur dann einen einschlägigen Tarifvertrag geben kann, wenn diese durch Gewerbetreibende im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen erbracht werden. Selbst das Mindestlohngesetz bezieht Freiberufler nicht mit ein. Insofern könnte durchaus erwogen werden, die freiberuflichen Leistungen generell vom Anwendungsbereich der Mindestarbeitsbedingungen auszunehmen.

Zu Frage 43:

Die nachhaltige Beschaffung auf einen Gesetzesrang zu heben, erscheint angesichts der aktuellen gesellschaftlichen Herausforderungen angemessen. Allein dadurch werden jedoch, wie auch schon in der Antwort zu Frage 21 und im Abschnitt „Grundsätze des Vergabeverfahrens“ erläutert, die Beschaffungen nicht nachhaltiger. Hierzu müssen alle Beteiligten eingebunden werden. Notwendig sind daher Beispiele, Anwendungshilfen, Schulungen und dergleichen, die es ermöglichen, den Mehrwert auch für den Auftraggeber erkennbar zu machen.

Zu Frage 47:

Eine Beratungsstelle ist durchaus als sinnvoll einzuschätzen. Diese sollte aber insbesondere dahingehend aussagefähig und -berechtigt sein, dass zum Beispiel auf eine konkrete Leistungsbeschreibung die jeweils aufzunehmenden Arbeitsbedingungen mitgeteilt werden. Damit könnten die Auftraggeber von der Feststellung der einschlägigen Arbeitsbedingungen entlastet werden.

VI.

Der vorliegende Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts ordnet sich in Vorhaben auf der Bundesebene ein, die im Rahmen des sog. „Vergaberechtstransformationspaketes“ durchgeführt werden. Durch die geplante Reform soll das Vergabeverfahren vereinfacht, professionalisiert, digitalisiert und beschleunigt werden. Gleichzeitig sollen eine wirtschaftliche, soziale, und ökologische öffentliche Beschaffung

gestärkt werden. Diese Zielstellungen gelten grundsätzlich auch für die Landesebene und die Beschaffung in den Kommunen.

Hinzuweisen ist des Weiteren auf die am 5. Mai 2023 unter Federführung des Ministeriums für Wissenschaft, Kultur und Europaangelegenheiten durchgeführte Sitzung des „Runden Tisches Entwicklungszusammenarbeit“. In dieser Beratung war das Vergabewesen ebenfalls Gesprächsgestand. Es wurde vereinbart, die interministerielle Arbeitsgruppe zur öffentlichen Beschaffung unter Einbeziehung der Kommunen und kommunalen Spitzenverbände mit neuem Leben zu erfüllen. Der Landkreistag Mecklenburg-Vorpommern bekundet sein Interesse, in diesem Prozess eingebunden zu werden.

Wir hoffen, mit unserer Stellungnahme einen hilfreichen Diskussionsbeitrag im Rahmen der Modernisierung des Vergaberechts geleistet zu haben.

Für eventuelle Rückfragen zu dieser schriftlichen Stellungnahme steht neben unserer Geschäftsstelle auch Herr Marko Hoeckberg aus der zentralen Vergabestelle des Landkreises Mecklenburgische Seenplatte (Tel: 0395/57087-2461; marko.hoeckberg@lk-seenplatte.de) gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Matthias Köpp
Geschäftsführendes Vorstandsmitglied