



Bauindustrieverband Ost e. V.
STELLUNGNAHME

Stellungnahme
des
Bauindustrieverbandes Ost e. V.
zum
**Zweiten Gesetz zur Änderung
des Berliner Ausschreibungs-
und Vergabegesetzes
(BerlAVG)**

Potsdam, 28.02.2019

Stellungnahme zum Zweiten Gesetz zur Änderung des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes (BerIAVG)

Zum zweiten Gesetz zur Änderung des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes nimmt der Bauindustrieverband Ost e. V. wie folgt Stellung:

Artikel 1

Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz (BerIAVG)

§ 1 Zweck des Gesetzes

Der normierte Zweck des Vergabegesetzes wird nicht geteilt.

Begründung:

Der Zweck eines Vergabegesetzes ist es nicht, soziale, beschäftigungspolitische und umweltbezogene Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu fördern und zu unterstützen. Im Zusammenhang mit der Erbringung von Bauleistungen ist es höchst fraglich, inwieweit ökologische und soziale Belange in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen können. Es ist zudem fraglich, ob ökologische und soziale Belange sowie geschlechtergerechte Kriterien hinreichend bestimmt werden können, sodass sie für alle Bieter gleich zu verstehen sowie zu erfüllen sind und durch den Auftraggeber für alle Bieter einheitlich gewertet werden können. Vergabefremde Aspekte gehören nicht in ein Vergabegesetz, da die Wirtschaftlichkeit immer Vorrang vor sogenannten „weichen“ Faktoren haben muss.

Zweck eines Vergabegesetzes muss es sein, faire und transparente Vergabeverfahren zu ermöglichen sowie einer Überregulierung entgegenzuwirken. Mit der weiteren und verstärkten Ausrichtung an ökologischen, sozialen und beschäftigungspolitischen Kriterien wird diese Zielsetzung jedoch nicht erreicht.

§ 5 Berücksichtigung mittelständischer Interessen

Ein erleichterter Zugang von kleinen und mittleren Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen wird grundsätzlich begrüßt.

Begründung:

Es ist positiv zu bewerten, dass die Verbesserungen für kleine und mittlere Unternehmen im Zuge der Novellierung des GWB 1:1 in Landesrecht übernommen werden sollen. Die geplante Aufteilung in Teil- und Fachlose als Regelfall wird kritisch gesehen. Denn es muss politisch gewährleistet werden, dass alle Geschäftsmodelle innerhalb der regionalen Bauwirtschaft, so auch die Generalunternehmer, bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen berücksichtigt werden. Hier ist die Vergabepaxis entscheidend, die durch klar definierte Kriterien entscheiden muss, wann eine Aufteilung aus technischen und wirtschaftlichen Gründen nicht erfolgen kann.

§ 6 Bedarfsermittlung, Leistungsanforderungen und Zuschlagskriterien im Rahmen der umweltverträglichen Beschaffung

Die grundsätzliche Berücksichtigung der vollständigen Lebenszykluskosten wird begrüßt. Allerdings wird die Beibehaltung der Bestimmungen zur umweltverträglichen Beschaffung über bestimmte Verfahrensregelungen und die weitere inhaltliche Ausgestaltung durch die Umweltverwaltung auf der Grundlage von Verwaltungsvorschriften abgelehnt.

Begründung:

Die Berücksichtigung ökologischer Aspekte belastet sowohl die öffentliche Hand als Auftraggeber als auch die Auftragnehmer in erheblichem Maße zeitlich und finanziell. Oft ist die Einhaltung der Kriterien nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich. Dies gilt insbesondere für global agierende Unternehmen mit stark untergliederten Herstellungs- und Produktionskosten, aber vor allem auch für mittelständische Anbieter. Auch auf öffentlicher Seite erhöht sich der bürokratische und finanzielle Aufwand wegen der notwendigen Kontrolle der Einhaltung der Kriterien ebenfalls erheblich.

Es ist weiterhin zweifelhaft, ob ökologische Kriterien hinreichend bestimmt werden können, sodass sie für alle Bieter gleich zu verstehen sowie zu erfüllen sind und durch den Auftraggeber für alle Bieter einheitlich gewertet werden können. Vergabefremde Aspekte sind aufgrund ihrer Unschärfe besonders anfällig für fehlerhafte Angebotswertungen.

Das Vergaberecht wird bereits jetzt in der Praxis als schwer durchschaubar, unübersichtlich und überreguliert wahrgenommen. Eine immer größere Fülle der zu berücksichtigenden Belange führt dazu, dass eine gleichzeitige Sicherstellung einer zeitnahen Auftragsvergabe unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit kaum noch möglich ist.

Vielen, vor allem mittelständischen Unternehmen wird es angesichts der nachzuweisenden Investitionen und der kreditwirtschaftlichen Situation nicht möglich sein, ihre Herstellungsverfahren und sonstigen betrieblichen Abläufe allein in Erwartung möglicher Aufträge entsprechend umzustellen. Damit werden diese Unternehmen aus dem Beschaffungsmarkt gedrängt.

§ 7 Mindeststundenentgelt

Die in § 7 Abs. 1 Ziffer 1 BerlAVG enthaltene Bestimmung, nach der Aufträge nur an Unternehmen vergeben werden, die sich verpflichten, die Regelungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes einzuhalten, ist entbehrlich.

Begründung:

Die Unternehmen sind ohnehin an das Arbeitnehmer-Entsendegesetz gebunden.

§ 9 Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen und weitergehender sozialer Gesichtspunkte

Die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen und die geplante Optimierung in einer Verwaltungsvorschrift sowie die Möglichkeit, weitergehende soziale Gesichtspunkte bei der Erbringung von Leistungen zu berücksichtigen, werden abgelehnt.

Begründung:

Die ILO-Kernarbeitsnormen betreffen allgemeingültige Sozialstandards, die in den meisten Staaten ratifiziert sind, so auch in der Bundesrepublik. Die Umsetzung dieser Verpflichtung muss jedoch vorrangig mit anderen und wirksameren Instrumenten als dem Vergaberecht erfolgen. Der Nachweis der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen stellt die Bieter vor unlösbare Probleme. Gerade wenn ein zu beschaffendes Produkt aus zahlreichen Einzelteilen besteht oder in Ländern hergestellt wird, die einer Überprüfung nur schwer oder gar nicht zugänglich sind, ist eine Nachweisführung faktisch unmöglich.

Beispielsweise existiert für einen Steinbruch in China ein Zertifikat, das besagt, dass die dortigen Natursteinmaterialien unter Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnen wurden. Dennoch ist völlig unklar, wie eine Überprüfung durch den Bieter oder die Vergabestelle erfolgen kann und muss, die zeigt, ob in irgendeinem Teil der Herstellungs- und Lieferkette gegen Sozialkriterien verstoßen wurde. Für eine konsequente Befolgung müssten nicht

nur die Hersteller eines Produktes diese Standards belegen, sondern auch seine Zuliefererunternehmen. Dies ist weder für eine Vergabestelle noch für einen Bieter prüfbar.

Die ILO-Kernarbeitsnormen stützen sich auf insgesamt acht Gesetze und Vereinbarungen – das älteste stammt aus dem Jahr 1930. Allein diese Gesetze und Verordnungen schon dem Inhalt nach zu kennen und zu verstehen stellt eine große Herausforderung für jeden Unternehmer dar. Ein Nachweis der Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen ist gerade in globalisierten Wertschöpfungsketten nicht möglich. Die Pflicht zur Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen und die damit verbundenen Nachforschungen stellen einen erheblichen Mehraufwand und eine Bürokratiebelastung sowohl auf Seiten der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer dar.

Die angestrebte Öffnungsklausel, nach der es den Auftraggebern in Einzelfällen möglich sein soll, weitere soziale Anforderungen bei der Auftragsdurchführung, wie zum Beispiel im Hinblick auf Waren des fairen Handels, Beschäftigungsmaßnahmen oder Barrierefreiheit, zu berücksichtigen, wird nicht befürwortet.

Im Zusammenhang mit der Erbringung von Bauleistungen ist es höchst fraglich, inwieweit soziale Belange überhaupt in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen können. Es ist zudem fraglich, ob soziale Belange hinreichend bestimmt werden können, sodass sie für alle Bieter gleich zu verstehen sowie zu erfüllen sind und durch den Auftraggeber für alle Bieter einheitlich gewertet werden können. Das Ansinnen, das mit der Öffnungsklausel verfolgt werden soll, gehört nicht in ein Vergabegesetz, da die Wirtschaftlichkeit immer Vorrang vor sogenannten „weichen“ Faktoren haben muss.

Eine Verknüpfung von Maßgaben im Rahmen des FairTrade mit öffentlichen Vergabeverfahren führt beispielsweise zu einer weiteren Bürokratisierung und Aufblähung des Verfahrens. Eine Prüfung von Belangen des FairTrade ist zudem schwer handhabbar und schafft möglicherweise Raum für subjektive Interpretationen.

Ziel der Novellierung muss es sein, eine Vereinfachung des Vergabeverfahrens herbeizuführen und der Überregulierung entgegenzuwirken. Mit der Einführung der geplanten Öffnungsklausel wird dieser Zielsetzung durch die Einführung weiterer vergabefremder Aspekte entgegengewirkt.

§ 10 Umweltverträglichkeit

§ 10 wird in der vorgeschlagenen Fassung abgelehnt.

Begründung:

Zur Begründung wird auf die Ausführungen unter § 6 verwiesen.

§ 11 Verhinderung von Benachteiligungen

Das Ansinnen, das mit dieser Regelung verfolgt werden soll, gehört nicht in ein Vergabegesetz.

Begründung:

Eine Überprüfung durch die Vergabestellen, ob Benachteiligungen der Beschäftigten der Auftragnehmer aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität vorliegen, ist kaum handhabbar sowie prüfbar und schafft Raum für subjektive Interpretationen. Eine Verknüpfung des Vergabeverfahrens mit Benachteiligungsverboten gemäß dem Allgemeinen Gleichstellungsgesetz führt zudem zu einer weiteren Bürokratisierung und Aufblähung des Verfahrens.

§ 12 Frauenförderung

§ 12 wird in der vorgeschlagenen Fassung abgelehnt.

Begründung:

Die Wirtschaftlichkeit muss immer Vorrang vor sogenannten „weichen“ Faktoren haben. In der Praxis könnte die Anwendung dieser Regelung dazu führen, dass sich unwirtschaftlich und damit teuer wirtschaftende Unternehmen Wettbewerbsvorteile dadurch verschaffen wollen, dass sie überdurchschnittlich viele Frauen beschäftigen. Es ist zudem zu berücksichtigen, dass in der Baubranche der Frauenanteil aufgrund der Härte der gestellten körperlichen Anforderungen äußerst gering ist.

Bauunternehmen begrüßen die Besetzung eines Ausbildungsplatzes, gleich ob durch Mann oder Frau. Doch den Zuschlag in Zeiten eines akuten Fachkräftemangels von einem Frauenanteil abhängig zu machen, ist nicht nachvollziehbar.

Eine Überprüfung der Belange des § 12 durch die Vergabestellen ist zudem schwer handhabbar und schafft Raum für subjektive Interpretationen. Die Belange des § 12 sind aufgrund ihrer Unschärfe auch besonders anfällig für fehlerhafte Angebotswertungen. Nicht zu unterschätzen sind zudem die Mehrkosten der öffentlichen Auftraggeber und der Auftragnehmer im Rahmen der Prüfung der genannten Belange.

§ 13 Vertragsbedingungen

Die vorgeschlagene Fassung von § 13 wird abgelehnt.

Begründung:

Mit den normierten Vertragsbedingungen sollen die Einhaltung der Maßnahmen gemäß §§ 7 bis 12 und die Kontrolle der Maßnahmen gemäß §§ 7 bis 10 sowie 12 festgeschrieben werden. Die Maßnahmen nach §§ 9 bis 12 werden jedoch wie bereits begründet abgelehnt. Auch die vorgesehene Vereinbarung über die Gestattung des Zugangs zu oder die Übermittlung von vollständigen und prüffähigen Unterlagen gemäß § 14 Absatz 3 und von Sanktionsmöglichkeiten gemäß § 15 werden abgelehnt; eine nähere Ausführung dazu folgt bei den §§ 14 und 15.

§ 14 Kontrolle

Der Vorschlag zu den gesetzlichen Regelungen zur Kontrolle findet keine Zustimmung.

Begründung:

Mit der Regelung werden unbegrenzte Kontrollmöglichkeiten der Auftraggeber und der zentralen Kontrollgruppe eröffnet. Es ist unakzeptabel, dass die kontrollierenden Auftraggeber und die zentrale Kontrollgruppe das Recht haben sollen, Interna der Firma, wie z. B. Entgeltnachweise, einzusehen. Eine solche Einsichtnahme dürfte schon aus datenschutzrechtlichen Gründen gemäß der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung fragwürdig sein. Die Tatsache, dass die Unternehmen insoweit vollständige und prüffähige Unterlagen bereithalten müssen, führt zudem zu einem unverhältnismäßig hohen bürokratischen Mehraufwand. Das Auftragsinteresse potenzieller Bieter wird sich durch die weitreichenden Prüfungskompetenzen seitens der Vergabestellen bzw. der Kontrollgruppe weiter verringern.

Gemäß § 14 Absatz 5 des Gesetzesentwurfs ist das Verzeichnis über ungeeignete Bewerber und Bieter bei öffentlichen Aufträgen über den Namen, die Anschrift, den Vertragsinhalt und die Art des Verstoßes unverzüglich zu unterrichten, wenn ein öffentlicher Auftraggeber oder die zentrale Kontrollgruppe einen Verstoß eines Auftragnehmers, eines Unterauftragnehmers oder Verleihers von Arbeitskräften gegen Vertragsbedingungen im Sinne von § 13 feststellt.

Da § 13 auch auf § 9 verweist, würde auch ein Verstoß gegen die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen zu einer Eintragung in das Verzeichnis führen. Es ist jedoch praktisch unmöglich, dass ein Unternehmer die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen überprüfen kann. Daher entspricht es auch nicht rechtsstaatlichen Grundsätzen, dass der Unternehmer dennoch für eine Nichteinhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen in ein Landesregister für ungeeignete Bewerber und Bieter bei öffentlichen Aufträgen eingetragen werden könnte mit der Folge, dass der Unternehmer von öffentlichen Auftragsvergaben ausgeschlossen werden kann. Nicht geklärt ist auch die Frage, wie ein Auftragnehmer gegen einen Eintrag, den er für unberechtigt hält, vorgehen könnte.

§ 15 Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung des Auftragnehmers

Die vorgesehenen Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung des Auftragnehmers finden keine Zustimmung.

Begründung:

Gemäß § 15 Absatz 2 vereinbaren die öffentlichen Auftraggeber für den Fall, dass ein Auftragnehmer gegen seine nach § 13 vereinbarten Verpflichtungen verstößt, die Zahlung einer angemessenen Vertragsstrafe, die Berechtigung, vom Vertrag zurückzutreten oder zu kündigen, und – soweit dies nach Art der Leistung und Leistungserbringung möglich ist – die Berechtigung zur Minderung und zur Zahlung von Schadensersatz.

Diese weitreichenden Regelungen zu Lasten der Auftragnehmer sind nicht gerechtfertigt. Dies kann anhand der Einhaltung von § 9 in Verbindung mit § 13 verdeutlicht werden: Es ist praktisch unmöglich, dass ein Unternehmer die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen überprüfen kann. Daher entspricht es auch nicht rechtsstaatlichen Grundsätzen, dass der Unternehmer dennoch für eine Nichteinhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen eine Vertragsstrafe zahlen muss oder gar zukünftig gemäß § 15 Absatz 3 von öffentlichen Auftragsvergaben ausgeschlossen werden kann. Auch eine Haftung des Auftragnehmers für Verstöße des Nachunternehmers ist nicht gerechtfertigt, da der Auftragnehmer Verstöße des Nachunternehmers nur schwer oder gar nicht kontrollieren kann.

Der Bauindustrieverband Ost e. V. schlägt zudem vor, folgende Regelungen in das Vergabegesetz aufzunehmen bzw. beizubehalten:

1. Beibehaltung des früheren § 3 (Wertung unangemessen niedriger Angebote)

§ 3 formulierte die Verpflichtung, Aufträge zu prüfen, die 10 % unter dem folgenden Angebot lagen. Die Wertung unangemessen niedriger Angebote hat sich in der Praxis bewährt und sollte unbedingt auch in der Novellierung beibehalten werden. Als Instrument einer wirksamen Vorabkontrolle gewährleistete sie einen fairen Wettbewerb. Der Referentenentwurf sieht vor, dass die Prüfung nun im freien Ermessen des öffentlichen Auftraggebers liegen soll. Dadurch könnten unangemessen niedrige Angebote doch wieder zum Zuge kommen.

2. Nachforderung von Eigenerklärungen

In der Praxis werden die Unternehmen stetig vor die Herausforderung gestellt, parallel zu der sehr aufwändigen Angebotsabgabe für öffentliche Bauprojekte, die Eigenerklärungen von 10-15 Nachunternehmern einzureichen. Das sind oft mehr als 100 zusätzliche Formulare für einen unsicheren Zuschlag. Die Bauindustrie Ost plädiert für die Einreichung der Eigenerklärungen der Nachunternehmer erst nach der Submission. Das erspart Verwaltung und Unternehmern eine unnötige Bürokratiebelastung.

3. Vergaberechtsschutz auch im Unterschwellenbereich

Auch im Unterschwellenbereich muss ein Primärrechtsschutz für Bieter eingeführt werden. Es ist daher eine Informations- und Wartepflicht von ca. zwei Wochen einzuführen, in der die Bieter prüfen können, ob sie von einem Nachprüfungsverfahren Gebrauch machen, sodass die Schaffung von Fakten durch Zuschlagserteilung ohne Kenntnis des Bieters verhindert wird. Dadurch wird die Transparenz eines Vergabeverfahrens deutlich verbessert. Das Nachprüfungsverfahren könnte ähnlich wie im Vergabegesetz Sachsen-Anhalt ausgestaltet werden.

4. Förderung von Innovationen

In einem Eckpunktepapier des Senats aus dem Jahr 2018 hieß es, dass stärkere Anreize für öffentliche Beschaffungsstellen gesetzt werden sollen, damit diese verstärkt neue Produkte- und Dienstleistungen nachfragen. Es sollte geprüft werden, ob Instrumente wie Innovationspartnerschaften oder der wettbewerbliche Dialog stärker in der Vergabep Praxis Anwendung finden können.

Im jetzigen Entwurf finden sich dazu jedoch keine Regelungen. Der Bauindustrieverband Ost e. V. befürwortet das Setzen stärkerer Anreize für Beschaffungsstellen, damit diese verstärkt neue Produkte und Dienstleistungen nachfragen. Es wäre zu begrüßen, wenn Instrumente wie Innovationspartnerschaften oder der wettbewerbliche Dialog stärker in der Vergabep Praxis und damit auch im Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz verankert werden würden. Die Bauindustrie setzt auf Partnerschaftsmodelle, bei denen sich alle Projektbeteiligten auf Augenhöhe begegnen und gemeinsam für den Projekterfolg einstehen. Als wesentliche Elemente eines Partnerschaftskonzepts sehen wir die Zusammenarbeit aller Projektbeteiligten auf einer digitalen Plattform, die frühzeitige Einbindung der Bauunternehmen in die Planung, die Optimierung des Bauprozesses sowie die Optimierung des Projekts über den Lebenszyklus. Gerade im Zeitalter der Digitalisierung müssen traditionelle Leitbilder des öffentlichen Bauens, wie die Trennung von Planung und Bau, überdacht werden. Durch die Nutzung von Partnerschaftsmodellen kann der öffentlichen Hand eine breite Palette von Beschaffungsmodellen angeboten werden, damit diese die jeweils beste Lösung zur Umsetzung des Projekts auswählt.

5. Stoffpreisgleitklauseln

Nach wie vor sind die Preise für Roh- und sonstige Baustoffe (Asphalt, Bitumen, Stahl, Zement, Dämmstoffe, Kupfer und Metalle) sowie Energie (Strom, Kraftstoffe etc.) sehr volatil und für die Unternehmen äußerst schwer kalkulierbar. Die Preise wechseln fast täglich und die Lieferanten gewähren keine langfristigen Zusagen und vertraglichen Bindungen. Dieses Risiko kann und soll weder von den Unternehmen noch von den öffentlichen Auftraggebern getragen werden.

Deshalb schlagen wir die Verpflichtung zur Vereinbarung von Stoffpreisgleitklauseln bei länger laufenden Verträgen von mehr als sechs Monaten vor.

6. Qualifizierungsmaßnahmen

Es sollte gesetzlich vorgeschrieben werden, dass der Dienstherr oder Arbeitgeber, der für die Vergabe öffentlicher Aufträge zuständig ist, sicherzustellen hat, dass ausreichend qualifiziertes Personal in den Vergabestellen vorhanden ist und dieser Standard durch regelmäßige Qualifizierungs- und Fortbildungsmaßnahmen auch für die Zukunft gesichert wird.