Elektronisches Verfahren wird zwingend

Die flickenhafte Digitalisierung des Vergaberechts

Vergabeverfahren oberhalb bestimmter Schwellenwerte müssen seit Oktober dieses Jahres vollständig elektronisch abgewickelt werden. Transparenz, Nachhaltigkeit, Nachprüfbarkeit und Geschwindigkeit verspricht sich der Gesetzgeber davon. Doch das Verfahren ist technisch noch unausgegoren und macht es Bietern unnötig schwer.

RA Sabine Freifrau von Berchem, Rechtsanwälting und stellv. Hauptgeschäftsführerin des VBI

RA Dr. Rainer Noch, Karlsruhe

Dr. Peter Schäfer, Referent für Recht, Wettbewerb und Verbraucherpolitik beim BDI

Angeblich tätigt die öffentliche Hand 25.000 Ausschreibungen pro Tag. Bei der Auftragsvergabe soll möglichst alles mit rechten Dingen zugehen. Für besonders hohe Auftragsvolumen ist deshalb seit 18. Oktober 2018 das elektronische Vergabeverfahren verpflichtend. Bereits seit der großen Vergaberechtsnovelle vor zwei Jahren müssen die öffentlichen Einkäufer alle Ausschreibungsunterlagen vollständig und kostenlos auf E-Vergabeportalen (zum Beispiel www.evergabe-online.de oder ted.europa.eu) im Internet zum Abruf bereitstellen. Für die Bieter sollte damit ein „barrierefreier" Zugang zu den Informationen geschaffen werden, ganz ohne aufwändige Recherche. Nun müssen sie nachziehen und ihr Angebot ebenfalls auf elektronischem Wege übermitteln.

Vorteile der E-Vergabe

Dies gilt immer dann, wenn der Wert des zu vergebenden Auftrages oberhalb eines bestimmten Schwellenwertes liegt. Für die vielen öffentlichen Beschaffer in Behörden, Kommunen und Ministerien in Deutschland liegt der Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungsaufträge derzeit bei 221.000 Euro, für Bauleistungen bei 5,548 Mio. Euro. Für den sogenannten Sektorenbereich, also zum Beispiel für Energieversorger, Trinkwasserversorger, Stadtwerke und Verkehrsbetriebe, gelten aktuell 443.000 Euro. Alle zwei Jahre passt die EU-Kommission die Werte an.

Es ist Aufgabe des Vergaberechts, dafür zu sorgen, dass alle Anbieter fair und gleich behandelt werden. Die Vergabe eines Auftrages soll transparent sein und auf festen, nachvollziehbaren Regeln beruhen. Hier können öffentliche Vergabeportale von großem Nutzen sein. „Grundsätzlich stehen wir der E-Vergabe positiv gegenüber", sagt Dr. Peter Schäfer, Referent für Recht, Wettbewerb und Verbraucherpolitik beim Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI). „Die dahinterstehenden Ziele der Transparenz, der Nichtdiskriminierung, der Gleichbehandlung und der Korruptionsprävention erkennen wir in vollem Umfang als essenzielle Faktoren für das öffentliche Auftragswesen an."

Dr. Rainer Noch, Rechtsanwalt und ausgewiesener Experte im Vergaberecht, kennt weitere Pluspunkte des elektronischen Einkaufs: „Geschwindigkeit statt langwieriger Zustellungen auf dem Postweg, Nachhaltigkeit durch weitgehendes Entfallen des Papierkrieges, Nachweissicherheit versandter Informationen und bessere Nachvollziehbarkeit von Verwaltungsvorgängen." Er weist darauf hin, dass gerade die gesetzliche geforderte Dokumentation des Verfahrens durch die E-Vergabe rechtssicher erfolgen kann. „Eine Vergabeplattform kann sich nicht irren, wann was geschah", sagt der Jurist und spielt damit auf die bisher häufige Praxis an, die Vergabevermerke erst im Nachhinein auf Anforderung der Prüfungsinstanzen anzufertigen.

Ausdrücklich warnt Noch aber vor einer Vermischung der Verfahren und sagt: „Ein klassischer Fehler bei der E-Vergabe ist es, dass man sich nicht an die vorab festgelegten Kommunikationsformen – nämlich ausschließlich über die Plattform – hält, sondern telefonische Anfragen tätigt, die dann schlimmstenfalls auch noch fernmündlich beantwortet werden."

Nur dort, wo die Komplexität eines Auftrags die Kommunikation zwischen öffentlichem Beschaffer und Bieter erfordert oder wo es um konzeptionelle Lösungen geht, bleibt das bisherige direkte Verhandeln möglich. Das gilt etwa für die Vergabe von Planungsleistungen. „Hier wird es auch zukünftig einen persönlichen Kontakt zwischen Auftraggeber und Bieter geben", erläutert Sabine Freifrau von Berchem, Rechtsanwältin und stellvertretende Hauptgeschäftsführerin des Verbands beratender Ingenieure (VBI). „Andernfalls müsste der öffentliche Auftraggeber ein Leistungsverzeichnis aufstellen, das für alle Bieter gleich zu verstehen ist – das ist bei Planungsleistungen meist unmöglich", so von Berchem.

Kritik an der Technik

Während die Schönheit der Idee eines elektronischen Vergabeverfahrens durchaus gesehen wird, gibt es jedoch Kritik an der prak-

tischen Umsetzung. „Die Einführung der E-Vergabe ist aufgrund unterschiedlicher Plattformen und nur unzureichender bundesweiter Abstimmung bisher nicht rund gelaufen“, moniert BDI-Fachmann Schäfer. „Nun hat der EU-Gesetzgeber das elektronische Verfahren zwingend gemacht, obwohl etliche Probleme noch nicht gelöst sind.“ Die föderale Struktur habe in den vergangenen Jahren einen wahren „Flickenteppich E-Vergabe“ hervorgebracht, so Schäfer. „Der Bund tut sich schwer, bereichsübergreifende Lösungen auch mit Wirkung für die Landes- und Kommunalebene zu erreichen“, konstatiert er. Bei den rund 30.000 Vergabestellen in Deutschland finde man ganz unterschiedliche IT-Landschaften vor, die Interoperabilität der Anwendungen sei bisher nicht vollständig erreicht.

Was laut Gesetzesbegründung gerade kleine und mittlere Unternehmen (KMU) fördern soll, führt dort in der Praxis häufig zu Verunsicherung und Mehraufwand. „Es gibt unterschiedliche Plattformlösungen, die teils auch unterschiedliche Nutzungs- und Haftungsbedingungen haben. Für KMU sind die verschiedenen Angebote schwer zu überblicken und werden für manche zur zusätzlichen Hürde“, berichtet Schäfer. Dies könne sogar dazu führen, dass sich Unternehmen nur noch auf Aufträge aus der Privatwirtschaft konzentrierten, wo kein derartiger Formzwang herrsche. „Schade, denn der öffentlichen Hand gehen dadurch Qualitätsanbieter verloren“, resümiert der BDI-Experte. „Das kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben.“

Auch im Unterschwellenbereich Pflicht

Zumal die Risiken für Bieter nicht zu unterschätzen sind. „Fehler, auch softwarebedingte, können zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen“, warnt Justiziarin von Berchem. Und der Verstoß gegen eine technische Verfahrensvorschrift stellt einen Vergabefehler dar, der sogar – etwa von unterlegenen Bietern – gerichtlich geltend gemacht werden kann.

Seit einiger Zeit schon widmet sich das Beschaffungsamt des Bundes im „Projekt X-Vergabe“ der Normung und Standardisierung der Prozesse auf allen Ebenen, plattform- und grenzüberschreitend. Die Dringlichkeit ist groß, denn ab 1.1.2020 wird die E-Vergabe auch im Unterschwellenbereich Pflicht. So soll die Digitalisierung des Landes vorangetrieben werden. Nach wie vor tritt die IT-Performance des Staates, auch E-Government genannt, in Deutschland nämlich auf der Stelle, wie der jährliche Digital Economy and Society Index (DESI) der EU-Kommission zeigt. Insbesondere im Bereich „Digitale öffentliche Dienste“ besteht Handlungsbedarf, hier belegt Deutschland im Ländervergleich regelmäßig einen der hinteren Plätze (2017 und 2018 jeweils Platz 21 von 28).

Die Autorin

Anja Falkenstein,
Rechtsanwältin,
Karlsruhe